BOLETÍN

COMISIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Juezas y Jueces *para la* Democracia

Nº 5

SEPTIEMBRE 2022

Régimen Jurídico de "fuera de ordenación" y "fuera de norma"
Andrés Montalbán Losada

Inquietudes sobre responsabilidad patrimonial tras la epidemia COVID
María Esther Castanedo García

BOLETÍN COMISIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5

DIRECCIÓN

Esther Castanedo

Antón Gato Tellado

Andrés Montalban Losada

COORDINACIÓN

Fátima Mateos Hernández

EDITA

Juezas y Jueces para la Democracia

ISSN

ISSN 2697- 0201

MADRID

SUMARIO

Régimen Jurídico de "fuera de ordenación" y "fuera de norma"
Referencia a un caso resuelto por SJCA nº 5 de Murcia de 27-9-2021 en su PO 332/2020 que alcanzó firmeza al no ser recurrida en apelación.

Andrés MONTALBÁN LOSADA

Magistrado del Juzgado de lo contencioso Administrativo nº 5 de Murcia

Inquietudes sobre responsabilidad patrimonial tras la epidemia COVID.

María Esther CASTANEDO GARCÍA

Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria Sala Contencioso-Administrativo

Régimen Jurídico de “fuera de ordenación” y “fuera de norma”

Referencia a un caso resuelto por SJCA nº 5 de Murcia de 27-9-2021 en su PO 332/2020 que alcanzó firmeza al no ser recurrida en apelación.

Andrés MONTALBÁN LOSADA
Magistrado del Juzgado de lo contencioso Administrativo nº 5 de Murcia

El artículo 112 de la Ley 13/2015 de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia (en adelante, LOTRUM) tiene por título: **“Régimen de fuera de ordenación o de norma”** y dispone:

1 Los edificios e instalaciones erigidos con anterioridad a la aprobación del planeamiento urbanístico que resultaren *sustancialmente disconformes* con las determinaciones del mismo serán considerados fuera de ordenación.

2 El planeamiento *señalará* aquellos supuestos en que será de aplicación este régimen de fuera de ordenación y *fijará* los márgenes de tolerancia precisos para ajustar su alcance a las edificaciones incompatibles con la ordenación, que deberán

quedar identificadas en el plan. Entre estos supuestos deberán incluirse en todo caso las edificaciones que impidan la ejecución de los viales y dotaciones públicas previstas en el planeamiento.

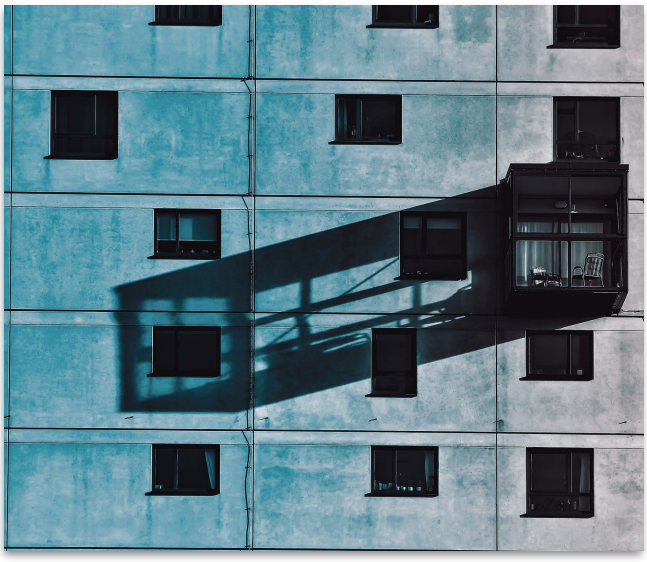
3 No podrán realizarse en ellas obras de aumento de volumen, modernización o que supongan un incremento de su valor de expropiación, aunque sí las reparaciones requeridas para el mantenimiento de la actividad legítimamente establecida, con independencia de la obligación genérica de los deberes de conservación.

4 No obstante, cuando no se dificulte la ejecución de las determinaciones previstas en el planeamiento, podrán admitirse usos, obras o instalaciones de carácter provisional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior. (artículo 111 LOTURM: sobre este precepto está la reciente obra de Juan Enrique Serrano López y Maximiliano Gómez Hita, Editorial Thompson Reuters).

5 Las edificaciones o instalaciones que incumplan alguna condición normativa pero no sean consideradas fuera de ordenación conforme a lo señalado en los apartados anteriores, serán consideradas fuera de norma, pudiendo admitirse, además de lo señalado en el apartado anterior, mediante el procedimiento que corresponda según la clase de suelo, usos, actividades económicas y obras de ampliación, mejora y reforma que no agraven el aspecto normativo que determinó dicha disconformidad, sin que estas obras incrementen el valor a efectos de expropiación.

Muy pocos planeamientos municipales en la Región de Murcia han sido adaptados a la LOTURM (siendo aprobados con la anterior Legislación del Suelo); los planeamientos, bien preveían simplemente el régimen de fuera de ordenación como reproducción a lo establecido en la legislación sectorial sobre el suelo (desde la antigua legislación estatal hasta la legislación autonómica dictada a partir del año 2001), o bien realizaban una distinción, según la intensidad de la contravención de las determinaciones del plan, entre fuera de ordenación absoluta y relativa.

De otro lado, **la Consejería de Presidencia y Fomento de la CARM** aprobó la **Orden de 13-12-2017 de la Consejería de Presidencia y Fomento de la CARM que aprueba la Instrucción sobre la situación de fuera de ordenación prevista en el art 112 de la LOTURM** que trata de aportar luz al antedicho precepto legal, y en concreto expone como debe ser interpretada la expresión *"sustancialmente disconformes"* con las determinaciones del planeamiento, expresión recogida en el artículo 112.1 de la LOTURM como parámetro para que un uso, edificación o instalación se encuentre "fuera de ordenación"; y también expone distintas cuestiones específicas sobre "fuera de norma", para terminar publicando una serie de conclusiones, a saber:



1. Tanto las instalaciones, como las construcciones y edificaciones son susceptibles de encontrarse en situación de fuera de norma.

2. El concepto de "sustancialmente disconforme con el planeamiento" ha de fijarse técnicamente, caso a caso, disponiendo el técnico informante de criterios en la propia ley que pueden orientar la definición de este concepto, en el supuesto de que no se encuentren establecidos en el propio Plan, y entender esta situación como aquella que afecta a edificaciones o instalaciones que no impiden la ejecución de las determinaciones del planeamiento.

3. El plazo para iniciar un expediente de restitución de la legalidad urbanística es de 4 años desde que se concluyeron las obras.

4. La situación de fuera de norma se puede dar tanto por incumplimientos normativos de planeamiento urbanístico como de la planificación territorial.

5. No existe una "declaración" de fuera de norma como acto separado del título urbanístico o resolución administrativa en que se autoriza una edificación.

6. El que un inmueble se encuentre en situación de fuera de norma no impide la autorización del uso excepcional ni la licencia o título habilitante que corresponda, siempre que con ello no se agrave el aspecto normativo que determinó su disconformidad.

7. No se puede paralizar un expediente de restitución de la legalidad urbanística por el hecho de encontrarse en situación de fuera de norma, salvo lo previsto excepcionalmente en el artículo 279 de la ley.

Vista la **Orden de 13-12-2017 de la Consejería de Presidencia y Fomento de la CARM que aprueba la Instrucción sobre la situación de fuera de ordenación prevista en el art 112 de la LOTURM**, la misma establece que la declaración de *"fuera de norma" no existe como acto separado del título urbanístico o resolución administrativa en que se autoriza una edificación* (conclusión 5); esto, conjugado con la conclusión 2, que por sí sola parece razonable, genera una enorme inseguridad jurídica que no puede ser compartida por lo que se dirá más adelante.

La regulación de la Instrucción da lugar a que ante una situación de "fuera de ordenación" declarada autónomamente en un expediente de Certificado de Disciplina Urbanística, sólo después, en cada expediente administrativo donde se tramite el título habilitante, se podría valorar por el técnico informante (y por la autoridad que resuelva sobre el antedicho título habilitante) si la obra, edificación o instalación preexistente, respecto de la que se proyecta una reforma, se encuentra en un escalón menos restrictivo al genérico "fuera de ordenación", a saber, "fuera de norma".

Según la interpretación normativa dada por la Instrucción sería posible que en un expediente de Certificación de Disciplina Urbanística se resolviera si unas obras, edificaciones o instalaciones preexistentes están, o no, "fuera de ordenación" (como hacía la resolución

recurrida en el procedimiento más arriba citado); pero, sin embargo, en dicho expediente no podría existir un pronunciamiento sobre si aquellas están "fuera de norma" por no ser "sustancialmente disconformes a las determinaciones del planeamiento"; según aquélla solo podría ser declarado y tenido en cuenta el "fuera de norma" en expedientes sobre declaración responsable, licencia o autorización de obras (procedimientos sobre título habilitante o autorización -conclusión 5-).

Pues bien, a la vista del artículo 112 de la LOTURM no se puede compartir la conclusión 5 de la Instrucción (o circular), puesta en relación con la conclusión 2 de la misma:

-En primer lugar, la antedicha Instrucción de la Consejería de Presidencia y Fomento de la CARM excede, y con mucho, cual es la finalidad normativa para este tipo de instrumentos previstos en el artículo 6 de la Ley 40/2015 que dispone:

> 1. Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio.
> Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.
>
> 2. El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

Los requisitos de las Instrucciones o Circulares se recogen jurisprudencialmente por nuestro Tribunal Supremo (valga como ejemplo STS de 26 de enero de 2021 de la Sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo nº 76/2021 (rec. Casación 3439/2019).

"Tal y como está redactado el artículo 112 de la LOTURM, los conceptos legales de "fuera de ordenación" y "fuera de norma" son alternativos e incompatibles"

En el caso de la Instrucción sobre la situación de "fuera de norma" prevista en el artículo 112 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia ésta no "interpreta" un reglamento para ofrecer pautas de funcionamiento a los funcionarios de la propia Dirección General (en este caso Consejería), sino que "interpreta" directamente una norma con rango de ley, sin que exista un reglamento precedente, además de tener como principales destinatarios a los "arquitectos municipales" que son funcionarios de otra Administración distinta, y por tanto no dependiente.

Tal y como está redactado el artículo 112 de la LOTURM, los conceptos legales de "fuera de ordenación" y "fuera de norma" son alternativos e incompatibles; esto es, el fuera de norma no estaría nunca dentro del fuera de ordenación como una suerte del antiguo fuera de ordenación relativo.

Entiendo que es contrario a la seguridad jurídica y al principio de legalidad (artículo 9.3 de la CE) que en un expediente en que su promotor tenga por finalidad conseguir un certificado de

disciplina urbanística sobre su inmueble no pueda aquél obtener una resolución que declare si la edificación o instalación preexistente está "fuera de norma", máxime cuando del tenor literal del antedicho precepto legal se deduce que la situación de "fuera de norma" pueda ser tenida en cuenta con posterioridad, a la hora de autorizar obras que no serían posibles cuando existe un certificado de "fuera de ordenación".

Se trata de una información relevante, pues mientras el "fuera de ordenación" responde a obras y edificaciones sustancialmente disconformes con las determinaciones del planeamiento, el "fuera de norma" es algo distinto, pues no es sustancialmente disconforme, y se define por incumplir alguna condición normativa "sin que puedan ser consideradas fuera de ordenación conforme a lo señalado en los apartados anteriores", según dice literalmente el artículo 112.5 de la LOTURM.

De otro lado, aunque las consecuencias jurídicas del fuera de ordenación y del fuera de norma puedan asimilarse a lo que antaño algunos planes de ordenación urbana (como el de Molina de Segura) preveían como fuera de ordenación absoluto y relativo, ahora estamos ante categorías diferentes y separadas, sin que una pueda incluir la más grave (fuera de ordenación) a la menos grave (fuera de norma); esto es, "fuera de ordenación" es algo más grave y cualitativamente diferente a "fuera de norma"; son conceptos previstos en el artículo 112 como alternativos.

Es necesario hacer hincapié en la enorme inseguridad jurídica que se genera, para situaciones como la analizada en la Sentencia arriba citada cuando el Planeamiento municipal no se ha actualizado para acomodarse a la nueva Ley 13/2015 de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia. Una correcta actualización y reforma del Planeamiento conllevaría detallar qué incumplimientos normativos, de obras, edificaciones e instalaciones preexistentes, pueden ser considerados como "no sustancialmente disconformes", o bien ejemplificar aquellos que, si lo son, a través de un catálogo cerrado (numerus clausus), tal y como exige el artículo 112.2 de la LOTURM.

No existiendo dicha regulación, sin perjuicio del margen de interpretación que pueda tener cada técnico municipal a la hora de informar, el concepto "sustancialmente disconforme" debe ser interpretado de forma restrictiva, partiendo de los parámetros normativos que nos ofrece el artículo 112.2 in fine de la LOTURM y otras disposiciones sobre medio ambiente, zonas verdes,…; así, según el artículo 112.2 de la LOTURM, estará fuera de ordenación, en todo caso, toda edificación o instalación que impidan la ejecución de los viales y dotaciones públicas previstas en el planeamiento.

Los datos fácticos, que conllevaron el dictado de la SJCA nº 5 de Murcia de 27-9-2021 -PO 332/2020- son los siguientes: en este caso, la propia Administración municipal, con relación a la edificación construida sin licencia en 1982, nada hizo a lo largo de los años, hasta que los antiguos propietarios de la vivienda declararon la obra nueva en 2016 inscribiéndose en el Registro de la Propiedad; ante la notificación del Registrador de la Propiedad al Ayuntamiento indicando que la obra declarada "no tenía licencia", el Consistorio incumplió con su deber legal de promover la anotación marginal en el Registro de la Propiedad sobre si la antedicha edificación estaba o no fuera de ordenación (ex artículo 28.4 c) del TRLSRU) máxime cuando varios años después, en la resolución ahora recurrida, la autoridad municipal ha entendido que la edificación preexistente estaba fuera de ordenación. Todo ello en base a una solicitud de certificado de disciplina urbanística instada por la propietaria

vendedora meses antes de la compraventa de la finca por parte de los recurrentes.

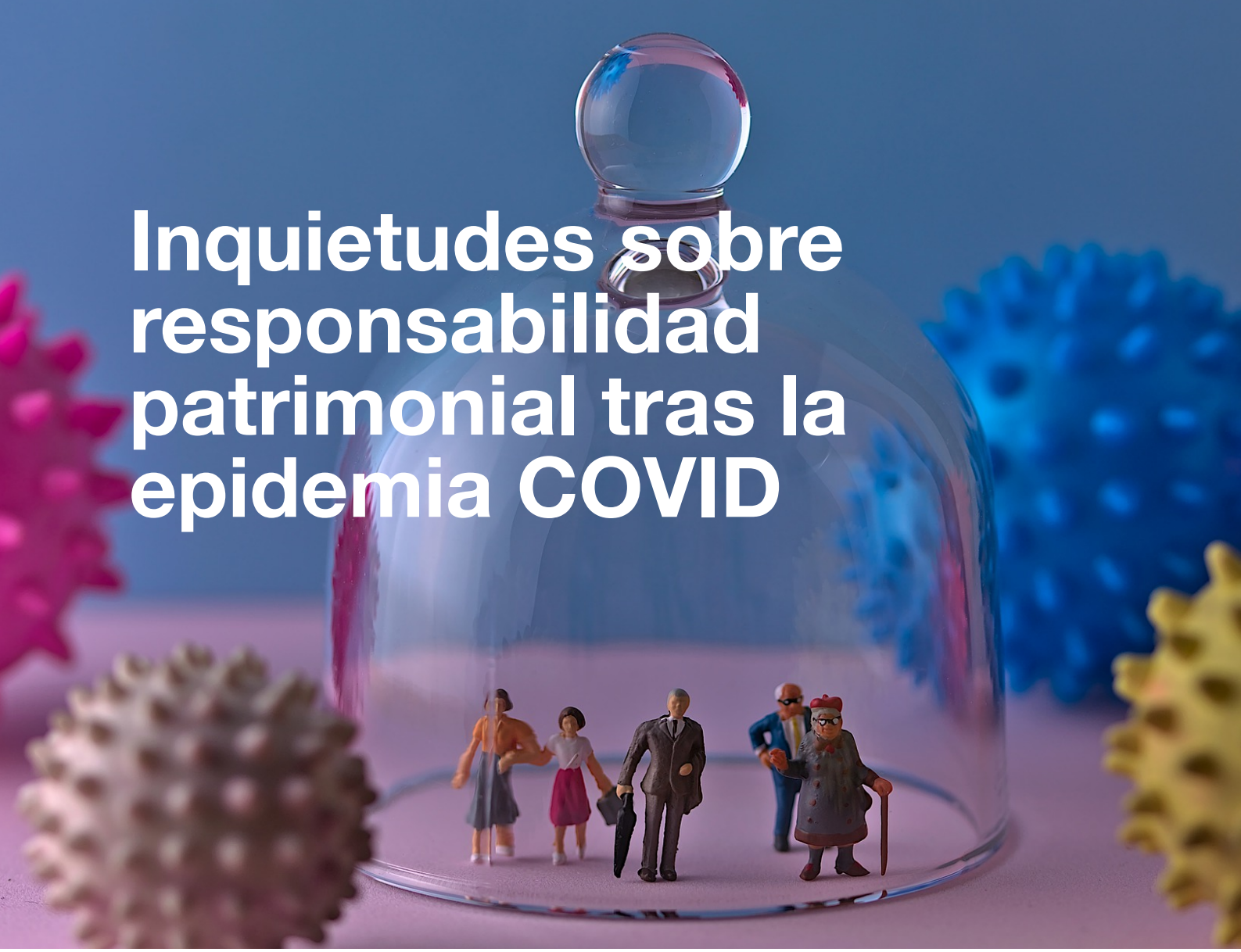
No era controvertido que la vivienda incumplía algunos de los parámetros urbanísticos que establece el plan vigente para esta zona (ZONA RESIDENCIAL 1 (ZR-1), que ahora es zona API, habiendo variado normas con posterioridad a la edificación como las de retranqueo. Tal y como depuso en la vista el arquitecto municipal la vivienda incumple en edificabilidad (mayor de la permitida), en retranqueos (menor de la permitida) y en altura (mayor de la permitida).

Tampoco fue discutido que la vivienda se encontraba integrada en un entorno de viviendas unifamiliares aisladas con similar antigüedad, tipología y altura, todas ellas construidas sin licencia y, según reconoció el técnico municipal, con exceso de edificabilidad y otros incumplimientos normativos (retranqueos,). La vivienda de los recurrentes llevaba más de 35 años en pie, sin que desde el Ayuntamiento nada hubiera objetado. La vivienda no tenía ningún expediente sancionador en curso, ni era posible iniciar un procedimiento de restitución de la legalidad urbanística, pues estaba su situación consolidada en el tiempo.

Pues bien, entrando ya a resolver la primera pretensión de la demanda, este juzgador, a la vista de lo ya razonado más arriba, entendió que, si era obligación de la Administración indicar, al resolver el expediente de certificación de disciplina urbanística, si la edificación preexistente estaba bien fuera de ordenación (tal y como hizo erróneamente), bien fuera de norma, diferenciando si las contravenciones eran o no sustanciales, tal y como el propio arquitecto municipal manifestó en la vista, podría valorarse en los expedientes posteriores relativos a petición de título habilitante.

Esta posible declaración diferenciada es obligada, pues como ya se ha dicho el concepto jurídico “fuera de ordenación” es alternativo e incompatible con el de “fuera de norma”, y no parece acorde al principio de seguridad jurídica resolver, y en su caso publicar en el Registro de la Propiedad, que una edificación está “fuera de ordenación” (concepto incompatible con el fuera de norma y con enormes limitaciones a nivel de obras permitidas) para después, en función del criterio del técnico municipal (sin unas bases mínimamente objetivables), pueda ser devaluada la antedicha catalogación jurídica, en función del proyecto de obras presentado para la obtención de su título habilitante, a la diferente de “fuera de norma” (que conlleva limitaciones menores a nivel de reforma); como se ha dicho ya son conceptos legales alternativos e incompatibles (el artículo 112.5 de la LOTURM se opone a lo regulado en los cuatro apartados precedentes del mismo precepto).

Por todo lo anterior entendí que, a la vista de la falta de regulación en el PGOU de 2006 sobre qué debe ser considerado fuera de ordenación y qué fuera de norma, si bien, sirviendo de referencia como pauta interpretativa la diferencia que hacía entre el antiguo fuera de ordenación absoluto y relativo, así como lo indicado como supuestos necesarios de fuera de ordenación del artículo 112.2 de la LOTURM (afectación de viales y dotaciones públicas), que la edificación de los recurrentes debiera haber sido conceptuada como “fuera de norma”, y no como se recoge en la resolución recurrida como “fuera de ordenación”. Por este motivo, estimé la primera de las pretensiones deducida en demanda, que en su día sustentó la única pretensión en el recurso de reposición; y, en consecuencia de lo anterior, declaré la resolución recurrida contraria a derecho y la anulé.



Inquietudes sobre responsabilidad patrimonial tras la epidemia COVID

María Esther CASTANEDO GARCÍA
Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria Sala Contencioso-Administrativo

La primera inquietud surge por el dato que revela la avalancha de reclamaciones judiciales que se nos viene encima, el Tribunal Supremo ha estimado que hay unas 35.000 reclamaciones esperando a ser resueltas en vía administrativa.

Tras rastrear lo impugnado hasta el momento en distintos juzgados y tribunales podemos concluir la existencia de varias clases de reclamaciones:

1 Las derivadas de la declaración de inconstitucionalidad de los dos estados de alarma. Que engloban todas aquellas reclamaciones de profesionales que no pudieron trabajar o sociedades que cerraron y reclaman pérdidas. Son muchas las dudas que se plantean en relación con si se reclamará al Estado o a las Comunidades autónomas, o si la alegación principal se reducirá a la inconstitucionalidad sobrevenida por la incorrecta delegación de competencias a los consejeros, o se incluirán aleaciones relativas a los agravios comparativos entre territorios que con situaciones similares se vieron sometidos a diferentes medidas.

2 Las derivadas de las sanciones impuestas durante los estados de alarma, y que han devenido

inconstitucionales. En este caso, en muchos territorios autonómicos, como en Cantabria, la delegación de Gobierno ha devuelto las cantidades pagadas en concepto de multa, en otros, como en el País Vasco, se han devuelto incluso las cantidades pagadas por multas confirmadas judicialmente. Por lo tanto, en estos territorios no se esperan recursos contenciosos en esta materia.

3 Responsabilidad patrimonial de los sanitarios afectados por el virus, por la inexistencia de medidas adecuadas para evitar los contagios. Y supuesto de responsabilidad médica por los ciudadanos que no fueron atendidos cuando estaban contagiados de COVID, por falta de medios materiales o de recursos personales. Y de todos aquellos enfermos no COVID que vieron demorada o aplazada su asistencia y acrediten daños o pérdida de oportunidad.

4 Reclamaciones de los ciudadanos por la falta de mascarillas.

5 Reclamaciones de ciudadanos por la privación de derechos cuando justifiquen que es desproporcionada.

6 Reclamaciones de empresas que no pagan el IAE, porque dicen que no han prestado servicios en esa época por culpa no imputable a ellas.

Toda esta incertidumbre se podría salvar en el futuro con una ley de catástrofes, una nueva ley de estado de alarma, que regule tanto el aspecto sancionador, como todas las consecuencias anteriormente apuntadas, pues parece que son muchas las voces que abogan que la actual ley, aprobada tras el golpe de estado de 1981 es insuficiente. También hay muchos compañeros que piensan que la Ley Reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, junto con la normativa sanitaria vigente son suficientes mimbres para solventan las situaciones de pandemia. Pero, en fin, este es otro debate.

Otra de las inquietudes que me surgen es la de determinar el alcance de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en estos casos: ¿se extiende a toda la población? ¿solo a las poblaciones afectadas con toques de queda? Mi opinión es que habrá que aplicar el sentido común y la racionalidad. En este sentido siguiendo el principio de precaución, tal y como lo define el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, habrá que examinar, entre otras cosas, la proporcionalidad de la medida por la que se exige responsabilidad. Por ejemplo, en los casos que se reclamen daños derivados de la obligación del uso de la mascarilla, el Tribunal Supremo, por medio de sentencia de fecha 13 de octubre de 2020 dijo que la medida era proporcional. Por lo que, en mi opinión, en estos casos, no cabrá exigir responsabilidad.

Otro aspecto reclamable es el de los ciudadanos que no han visto prestados los servicios públicos: sanidad, educación, transporte… y el de los concesionarios de los mismos o titulares de contratos públicos que no han podido prestarlos. En este aspecto es en el que voy a centrar mis reflexiones, partiendo de la idea de que la prestación debida y correcta los servicios públicos esenciales, es más importante, todavía, en tiempos de pandemia (imaginémonos la importancia que tuvo al principio de la crisis sanitaria la correcta prestación del servicio sanitario o de seguridad ciudadana).

Y es que este virus ha destruido muchas vidas y muchas cosas importantes para nosotros, pero no podemos dejar que afecte a nuestra esencia, nuestra identidad jurídica, a la forma en que los ciudadanos españoles hemos conseguido ser titulares de derechos y prestaciones básicos, como la recogida de basuras, los transportes públicos, la seguridad ciudadana, suministro energía, servicios de telecomunicaciones y postales, por no hablar de la propia prestación de los servicios sanitarios y, aun en otra escala, de los educativos…..y de otros muchos, alguno de ellos titularidad de los entes municipales.

“la prestación debida y correcta los servicios públicos esenciales, es más importante, todavía, en tiempos de pandemia”

La situación de absoluta excepcionalidad a la que nos ha conducido la crisis sanitaria en la que seguimos inmersos, y a la que se atendió ya desde el primer momento, de una forma excepcional, con la declaración de estado de alarma, hace que se hayan suscitado numerosas cuestiones jurídicas de gran calado, como la del planteamiento de la propia constitucionalidad de las afectaciones a las libertades de circulación y reunión que implican las medidas sanitarias adoptadas por las Comunidades Autónomas. Pero ya es momento de que reflexionemos sobre una cuestión que parece haber pasado desapercibida, por lo menos hasta ahora: ¿Qué ha ocurrido con estos servicios públicos durante la pandemia? ¿Se han seguido prestando o se han suspendido, o reducido en su frecuencia? Todos entendemos que los gobiernos y administraciones han estado tomando decisiones muy comprometidas en tiempos muy difíciles, pero ¿Qué ocurre con nuestros derechos? ¿De qué forma se han prestado esos servicios?

En una editorial del periódico la Vanguardia, de otoño del 2021, se denunciaban por los ciudadanos continuos fallos, entre otros, en el funcionamiento del transporte público, la sanidad, la educación, los trámites de extranjería y por la lentitud de las ayudas.

He estado buscando sentencias del TJUE en relación a la prestación indebida de servicios públicos en los dos últimos años, y solo he encontrado un caso, casualmente relacionado con la administración de justicia, el caso del juez italiano que entendió, al principio de la crisis, que la falta de informatización de los juzgados, la imposibilidad de asegurar medidas de seguridad para la salud los ciudadanos que acudían a los tribunales, situaciones que a veces suponían la suspensión de juicios importantes y urgentes, podría afectar a los derechos de los ciudadanos a un juicio justo, y al derecho a un juez independiente. El TJUE declaró el caso inadmisible por no verse implicada normativa de la UE, y la cuestión cayó sobre el tejado del TEDH, pero tendremos que esperar, mucho, me imagino, para conocer de la resolución del asunto, porque el TEDH, que nunca se ha caracterizado por su trabajo ágil, ahora mismo está saturado, con asuntos de vacunas, de pasaporte COVID, etcétera, y trabaja con un protocolo de prioridad en el que se da preferencia a los casos que afectan al derecho a la vida de los ciudadanos, así, que me temo, que el caso de nuestro amigo italiano está en la lista de casos no prioritarios.

Pero como la pandemia está durando más de lo inicialmente previsto y estas situaciones no se podían prolongar, en nuestro ordenamiento jurídico interno, si se han ido incorporando instrumentos que tratan de evitar la indebida prestación de servicios públicos, entre ellos, los Reales Decreto leyes 8/2020, 11/2020 y 37/2020. El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID 19, en su preámbulo dice: “*La crisis sanitaria se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la*

demanda y al bienestar de los ciudadanos". Este es el RDLey que regula instituciones tan importantes en estos tiempos como los ERTES, los bonos energéticos…. Pero también establece medidas de refuerzo de la prestación debida de los servicios esenciales y el cumplimiento de los contratos públicos.

Procediendo al estudio de este tema, el aseguramiento de las prestaciones de los servicios públicos, hemos de recordar que la Ley de Contratos le Sector Público establece que los servicios públicos pueden ser gestionados por particulares tanto a través de la nueva concesión de servicios, como a través del contrato de servicios, bajo la idea de transmisión del "riesgo operacional" al concesionario. Pues bien, el R D-L 8/2020 introdujo en su art. 34 una serie de medidas en materia de contratación pública se sustentan en la hipótesis de la imposibilidad de ejecución del contrato con consecuencias distintas según se trate de un contrato de o de una concesión.

El punto primero del artículo, en cuanto a los contratos públicos de servicios en su primer párrafo dice: "***Los contratos públicos de servicios*** *y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, c****uya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse****. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión*".

Durante la lectura de este párrafo me surgen las siguientes dudas: ¿Cuándo deviene imposible su prestación? ¿En caso de declaración de estado de alarma? o en otras circunstancias?, ¿Con ocasión de las medidas sanitarias adoptadas por las comunidades autónomas? O ¿Cuándo por causa de las numerosas bajas laborales no ha habido camioneros y no se ha podido, por ejemplo, cumplir con los contratos de suministro?'. ¿Cuáles son los supuestos de hecho que prevé el precepto?, ¿Cuándo se pueden imputar al COVID? Estas cuestiones serán objeto de precisión jurisprudencial.

Una última cuestión, ¿Pueden los ciudadanos que no han obtenido, por cualquiera de estas causas, un buen servicio público, basarse en los principios de indemnidad del daño en que se basa este RD ley para pedir una indemnización? ¿Y los que hayan sido víctimas directas del mal funcionamiento de un servicio público, por esta razón? Uno de los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, si bien dentro del ámbito social, ha sido el del Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante ha condenado a la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana a indemnizar hasta con casi 50.000 euros a los profesionales sanitarios por su exposición al Covid-19 debido a la falta de material de protección durante la primera ola. La Sentencia señala un "incumplimiento de las medidas de prevención individual" por parte del Departamento, el cual habría significado "un grave riesgo para la seguridad y la salud de todos los trabajadores sanitarios".

Siguiendo con el análisis del artículo 34 del RDLey: "*Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará totalmente en suspenso, la entidad adjudicadora deberá*

Inquietudes sobre responsabilidad patrimonial **tras la epidemia COVID**

abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista". En este caso imaginémonos un casino, que pide la cesación de la ejecución del contrato público en cuanto a las mesas de juego, ya que han sido objeto de cierre por las medias sanitarias adoptadas por casi todos los gobiernos autonómicos, pero, además, pide que se pueda seguir la actividad de hostelería y solicita abrir ampliando la licencia de restaurante y cafetería, ¿Esto podría suponer una compensación por los daños y perjuicios que se hayan sufrido en todo o en parte por la cesación de la actividad de juego?. Yo pienso que sí, que si la administración regional hubiese concedido, por cumplirse los requisitos de este precepto que estamos analizando, y hubiese permitido una trasformación de la actividad, permitiendo más actividad de restaurante y cafetería, desde mi punto de vista, sin duda, se podría hablar de compensación del daño…al menos parcialmente.

A continuación, el artículo 34 enumera los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado, que serán únicamente los siguientes (atención estamos ante un supuesto de NUMERUS CLAUSUS, separándose el legislador de la lista abierta de posibles daños alegables establecido en la Ley de Contratos del Sector público):

1. "*Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.*
2. *Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.*
3. *Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.*
4. *Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato*".

Posteriormente, se establece una previsión para el caso de suspensión parcial de la actividad, que podría enlazarse con el estudio del supuesto del casino antes alegado, y dice: "***En caso de suspensión parcial, los daños y perjuicios a abonar serán los correspondientes conforme al presente apartado de este artículo a la parte del contrato suspendida***".

Después encontramos la previsión de lo que, según mi opinión, es un requisito de procedibilidad, que supone la necesidad de que exista una previa declaración expresa de la administración, a partir de la cual ya se puede iniciar el procedimiento de indemnización. Es un requisito, por tanto, previo a un procedimiento de indemnización. Y aquí me surgen nuevas dudas, ¿De qué tipo de procedimiento resarcitorio estamos hablando? ¿De uno de responsabilidad patrimonial? ¿De uno de restablecimiento del equilibrio económico? El tenor literal del precepto dice: "*La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando* ***el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo****. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse* ***desestimatoria***". Fijémonos en que no hay plazo, sin embargo, para que el contratista presente su solicitud, que dependerá de su apreciación subjetiva de la situación de imposibilidad de ejecución, con los efectos posibles de que su demora afecte a la indemnización, acortando sus efectos en el tiempo. Pero se presentan otras dudas como: ¿Cuál es el dies a quo para contar el plazo de prescripción de este derecho del contratista, desde que fue imposible el contrato, o mientras no desaparezca la imposibilidad? y ¿Qué plazo de prescripción aplicamos, el de un año de la responsabilidad patrimonial siguiendo la regla general de la ley de procedimiento o buscamos uno específico en la ley de contratos?

En conclusión, es carga, pues, del contratista dirigir una solicitud al órgano de contratación especificando las razones que hacen imposible la ejecución del contrato, para obtener este documento que es requisito previo al procedimiento indemnizatorio. Y es su carga de la prueba acreditar sus daños, que sólo serán los relatados anteriormente en el precepto.

Finalmente señalar, respecto al punto primero del artículo 34, que el precepto establece que: "***La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos***". Parece claro que, por tanto, para la resolución del contrato habrá que acudir a lo previsto en la ley de contratos. En el punto segundo del artículo 34 se establece: "*en los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19,* ***cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor****. El órgano de contratación le*

concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato". Desde mi punto de vista, los ejemplos más claros a los que sería de aplicación esta regla serían los de imposibilidad temporal de cumplimiento de suministro de materiales, como por ejemplo de material sanitario o farmacéutico o de otra naturaleza, por razón de su más alta demanda (equipos EPI), o de su falta de stock (mascarillas quirúrgicas).

El precepto examinado también regula efectos específicos para contratos especiales, que vamos a obviar, para centrarnos en el punto cuatro del mismo, que dice: "*En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo* ***darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante****, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato*". Este es el motivo por el cual yo exponía mis dudas sobre el tipo de procedimiento resarcitorio en que el legislador estaba pensando para estos supuestos. Se podrían deducir dos interpretaciones de este artículo 34. La primera, que cuando se trate de un contrato público habrá que acudir a la figura de la responsabilidad patrimonial, y que cuando se trate de una concesión se usa la técnica del reequilibrio económico. La segunda, que al no decir nada en el primer supuesto, también se podría acudir a la regla del reequilibrio económico del contrato público.

Una última reflexión es en relación con una duda que se me ha presentado en un asunto real, es el que me introducía la administración municipal, en relación con la forma de interpretar el término "imposibilidad", y que para ella debía ser una interpretación literal que supondría total imposibilidad. El concesionario decía que se podría interpretar como imposibilidad parcial. El supuesto es relativo a la prestación de la concesión del servicio público de autobuses interurbano en un municipio. A consecuencia del primer estado de alarma, la frecuencia del servicio se modifica, se suspende por las noches, y se reduce el número de líneas y autobuses. La empresa solicita del ayuntamiento la declaración de imposibilidad de prestación del servicio, para poder iniciar el proceso de resarcimiento de los daños y perjuicios, pero el ayuntamiento alega que como no ha habido imposibilidad total no estamos en presencia del supuesto del artículo 34.4 de esta norma. La Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de Cantabria decidió que la imposibilidad debía de interpretarse en relación con la forma de prestación de la concesión fijada en el contrato original. Esta conclusión seguramente será objeto de estudio casacional, por lo que habrá que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie.

"Toda esta incertidumbre se podría salvar en el futuro con una ley de catástrofes, una nueva ley de estado de alarma, que regule tanto el aspecto sancionador, como todas las consecuencias anteriormente apuntadas, pues parece que son muchas las voces que abogan que la actual ley, aprobada tras el golpe de estado de 1981 es insuficiente."