

RECULL DE DOCTRINA DE LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA

Judit Florensa Miguel

*Lletrada responsable de l'àmbit jurisprudencial
Comissió Jurídica Assessora*

Sumari: 1. Disposicions generals; 1.1. Anàlisi sistemàtica que fa la Comissió Jurídica Assessora dels títols competencials invocats per a l'aprovació de les normes; 2. Procediment administratiu; 2.1. Importància que el tràmit d'audiència garanteixi el dret de defensa d'una manera efectiva i real; 2.2. L'acord de suspensió per petició de dictamen: moment procedimental per a adoptar-lo i obligació de la comunicació de la suspensió als interessats; 2.3. La incertesa normativa sobre la competència per a resoldre els procediments de revisió d'ofici dels ens locals de règim municipal comú; 3. Contractació pública; 3.1. Concessió de domini públic o concessió d'obra pública? Anàlisi de la veritable naturalesa jurídica d'un expedient de resolució sotmès a dictamen; 4. Revisió d'ofici; 4.1. L'ús excepcional de la revisió d'ofici en la contractació irregular. La pèrdua del benefici industrial de la contractista en conèixer aquesta la irregularitat de l'ordre de continuïtat de la prestació del servei; 5. Responsabilitat patrimonial; 5.1. Reclamació de danys i perjudicis derivada d'un procés selectiu especialment participatiu: el procés d'estabilització de l'ocupació temporal del personal de l'Administració de la Generalitat; 5.2. Nou supòsit de reclamació de danys per la covid-19: perjudicis causats a una activitat empresarial per les mesures de restricció i limitació adoptades per la Generalitat de Catalunya.

1. DISPOSICIONS GENERALS

1.1. ANÀLISI SISTEMÀTICA QUE FA LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA DELS TÍTOLS COMPETENCIALS INVOCATS PER A L'APROVACIÓ DE LES NORMES

En els darrers temps, la Comissió Jurídica Assessora ha mostrat un interès especial en l'examen dels títols competencials invocats en els expedients de disposicions generals sotmesos a consulta. Prova d'això és la inclusió en la seva memòria de l'any 2022 d'un es-

tudi¹ sobre aquesta qüestió que analitza diferents títols competencials invocats aquell any en l'anàlisi de la normativa sotmesa a dictamen, com ara l'ensenyament no universitari o el medi ambient en projectes de reglaments o d'ordres, entre altres qüestions d'interès.

L'examen que fa l'òrgan consultiu de la competència que empara la Generalitat de Catalunya per a aprovar les normes sotmeses a consulta s'inicia amb la identificació de l'objecte principal de la norma, enquadrament material que determina el reconeixement de la matèria i la submatèria competencials. Seguidament, la Comissió identifica la competència prevalent i la resta de competències que fonamenten l'aprovació de la norma. A continuació, al·ludeix al règim funcional de la competència en virtut dels articles 110 i 111 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC), és a dir, es pronuncia sobre si la competència és exclusiva o compartida. I, tot sovint, invoca la jurisprudència constitucional, la doctrina del Consell de Garanties Estatutàries i la de la mateixa Comissió Jurídica Assessora per a fonamentar els preceptes estatutaris esmentats.

Aquesta sistemàtica es pot veure en molts dels darrers dictàmens aprovats per l'òrgan en matèria de disposicions generals (dictàmens 217/2023, 233/2023, 242/2023 i 330/2023, entre d'altres).

Pel que fa al Dictamen 330/2023,² del 2 de novembre, sobre el projecte de decret pel qual s'aprova la política d'accessibilitat dels llocs web i les aplicacions per a dispositius mòbils de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic, en el fonament jurídic III es diu, primerament, que la regulació té com a objecte principal aprovar els instruments i l'estructura orgànica a través dels quals es facilita l'accessibilitat dels llocs web i les aplicacions per a dispositius mòbils de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el seu sector públic. I es destaca que el projecte de decret desplega la Llei 13/2014, del 30 d'octubre, d'accessibilitat, llei que s'enquadra en l'article 166 EAC. I, finalment, es conclou que el projecte de decret troba el seu fonament prevalent en la competència exclusiva que la Generalitat de Catalunya té en matèria de serveis socials, assumida en el mencionat article 166 EAC, atès que la finalitat de la norma és fer accessibles els llocs web i les aplicacions mòbils a la gent vulnerable. Addicionalment, té en compte altres títols competencials, com ara, d'una banda, la competència relativa al règim jurídic i el procediment de les administracions públiques catalanes (article 159 EAC), ja que aquest precepte estatutari empara l'objecte de la norma reglamentària, això és, els instruments a través dels quals la Generalitat implementa l'accessibilitat de caràcter digital per a tothom, no només per a les persones més vulnerables. I, d'altra banda, la competència en matèria d'organització de l'Administració, recollida en l'article 150 EAC, ja que el Decret també té per objecte l'estructura organitzativa necessària per a acomplir la finalitat de fer accessibles els llocs web i les aplicacions mòbils a la gent vulnerable.

1. <https://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/ambits_actuacio/Publicacions/Doctrina_per_materies/Disposicions-generals/Disposicions-generals-Helena-Mora-2022-CA.pdf> (consulta: 1 març 2024).

2. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=971906&validity=1999310&traceability=140_E0388_330/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

A continuació, el mateix Dictamen 330/2023 manifesta que, d'acord amb l'article 110 EAC, corresponen a la Generalitat de Catalunya, en l'àmbit de les seves competències exclusives, les potestats legislativa i reglamentària i la funció executiva.

Sobre els títols que poden afectar la competència de l'article 159 EAC, en el Dictamen es porten a col·lació els pronunciaments del Tribunal Constitucional (TC) en la Sentència 100/2019, del 18 de juliol (ECLI:ES:TC:2019:100),³ en relació amb el Reial decret 1112/2018, del 7 de setembre, sobre accessibilitat dels llocs web i les aplicacions per a dispositius mòbils del sector públic. La Comissió constata que el TC reconeix que el títol competencial bàsic estatal de règim jurídic de l'Administració i procediment administratiu empara alguns aspectes materials, però això no li impedeix afirmar que «la Generalitat pot establir la seva pròpia normativa sobre la base de l'article 166 EAC, que li permet establir un règim procedimental (art. 159 EAC) i organitzatiu (art. 150 EAC) *ad hoc*, respectant les bases estatals esmentades».

D'acord amb tot el que s'ha exposat, el Dictamen 330/2023 conclou que la Generalitat de Catalunya és competent per a adoptar la regulació continguda en el projecte de decret que analitza.

2. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

2.1. LA IMPORTÀNCIA QUE EL TRÀMIT D'AUDIÈNCIA GARANTEIXI EL DRET DE DEFENSA D'UNA MANERA EFECTIVA I REAL

El dret de defensa és un dret fonamental recollit en l'article 24 de la Constitució espanyola (CE) que garanteix que no es produeixi indefensió de la persona; és a dir, que té dret a ser assistida per una persona lletrada, a ser informada de l'acusació formulada contra ella o de totes les qüestions que afectin els seus interessos, a utilitzar els mitjans probatoris pertinents per a la seva defensa, etc. Una de les manifestacions d'aquest dret de defensa és l'audiència de les persones interessades (art. 105c CE), que és un tràmit que ha estat qualificat com a «essencial» en tot procediment administratiu i que garanteix la participació de la persona interessada. En l'actualitat, aquest tràmit és previst en els articles 82.1 de la Llei 39/2015, de l'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC), i 51 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

Certament, l'article 82.4 LPAC —i, en termes equivalents, l'article 51.2 de la Llei 26/2010— estableix que es pot prescindir del tràmit d'audiència quan no figurin en el procediment ni siguin tinguts en compte en la resolució altres fets i altres al·legacions i proves que les adduïdes per la persona interessada, de manera que en aquests casos l'omissió no és constitutiva d'un vici procedimental. Però, com ha manifestat la Comissió, «el deno-

3. <<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/26022>> (consulta: 1 març 2024).

minador comú a tots els supòsits excepcionals és que amb aquest tràmit es considera garantida la finalitat perseguida, que no és altra que evitar una situació efectiva d'indefensió material de la persona interessada». Així, s'adverteix que la possibilitat de prescindir de l'audiència té un caràcter excepcional, «en el sentit que constitueix l'excepció a la regla general que configura aquest tràmit com a preceptiu, de manera que ha de ser objecte d'una interpretació estricta» (en aquest sentit, vegeu els dictàmens 123/2023⁴ i 254/2023,⁵ entre d'altres).

D'acord amb aquesta posició, la possibilitat de defensa de la persona interessada en el procediment administratiu ha de ser sempre efectiva, de manera que, en línia amb la doctrina del Tribunal Suprem, la mera omissió del tràmit d'audiència no comporta necessàriament la retroacció de les actuacions per vulneració del seu dret de defensa, sinó que això només es produeix quan se li hagi causat indefensió real. Però, en sentit invers, la realització del tràmit d'audiència tampoc no garanteix sempre la defensa efectiva de la persona interessada en el procediment.

Justament aquesta qüestió ha estat analitzada darrerament per la Comissió en el Dictamen 279/2023,⁶ del 7 de setembre, emès en relació amb una reclamació de responsabilitat patrimonial instada davant un ajuntament pels danys i perjudicis derivats d'un accident de circulació per la caiguda a una riera.

L'expedient en qüestió plantejava l'atorgament efectiu del tràmit de vista i audiència a les persones interessades un cop portada a terme tota la instrucció i immediatament abans de redactar la proposta de resolució, tal com preveuen els articles 82.1 LPAC i 51 de la Llei 26/2010. Però es donava la circumstància que l'audiència no només es va atorgar a la reclamant, sinó també, alhora, a la companyia asseguradora de l'Administració, la qual va aprofitar el tràmit per a aportar un informe pericial. La Comissió va constatar, d'una banda, que aquest informe pericial introduïa en l'expedient nous elements que no havien estat coneguts per la part reclamant i, de l'altra, que l'Administració fonamentava la proposta de resolució en aquest informe, la qual tenia caràcter desestimatori de les pretensions de la part.

Davant d'aquests fets, la Comissió va manifestar en aquest Dictamen 279/2023:

[...] l'audiència als interessats té un component clarament material de garantia del dret de defensa, amb independència de quan i com sigui que formalment se substanciï. De manera que, si malgrat haver-se substanciat l'audiència, aquesta s'ha de reiterar o repetir, no hi ha cap obstacle procedimental perquè així es faci, sinó tot el contrari. L'audiència als interessats s'ha de substanciar les vegades que siguin necessàries per tal de complir amb el manament legal de donar vista o coneixement de l'expedient en la seva integritat a l'interessat perquè hi pugui formular al·legacions amb ple coneixement de causa sobre tot el que s'ha instruït i s'hi conté,

4. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=958385&validity=1970940&traceability=140_E0388_123/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

5. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=966808&validity=1988440&traceability=140_E0388_254/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

6. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=968528&validity=1992178&traceability=140_E0388_279/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

just abans de formular-se la proposta de resolució. I això pròpiament és el que no ha succeït en l'expedient objecte de dictamen.

En el dictamen també s'afirma que no són excepcionals els supòsits en què la Comissió constata que s'ha dut a terme un segon, nou o ulterior tràmit d'audiència en els expedients de què coneix, per haver valorat l'Administració instructora que era necessari de fer-ho així (dictàmens 265/2022, 308/2022, 309/2022, 320/2022, 333/2022, 422/2022, 54/2023, 79/2023 i 184/2023, entre els més recents). Però diu que també hi ha supòsits en què, malgrat haver-se substanciat un tràmit d'audiència, la Comissió considera que aquesta audiència s'ha de reiterar mitjançant l'obertura d'un segon tràmit, atesa la incorporació de nous documents no coneguts per la persona interessada i sobre els quals no ha pogut formular al·legacions, com succeeix en el cas que ara es comenta. I, d'una manera especialment insistent, la Comissió posa en relleu que la finalitat d'aquest tràmit és atorgar major seguretat i garanties jurídiques als ciutadans i ciutadanes, atès que el procediment administratiu es regeix pel seu caràcter contradictori, per una bilateralitat que també és característica del procés judicial.

Pel que fa als efectes de la pràctica defectuosa de l'audiència a la part reclamant, en el Dictamen 279/2023 la Comissió recorda que tradicionalment ha considerat que calia retrotraure les actuacions sempre que la no substanciació d'aquest tràmit d'audiència ulterior hagi comportat una indefensió material, és a dir, una indefensió real i efectiva per a la persona interessada, com és el cas aquí.

D'acord amb el que s'ha exposat, el Dictamen 279/2023 conclou:

[...] un cop constatada l'existència d'indefensió material, la realització deficient del tràmit d'audiència determina retrotraure el procediment al moment immediatament anterior a la proposta de resolució, a l'efecte que l'audiència pugui realitzar-se correctament (entre d'altres, dictàmens 342/2002, 481/2003, 52/2004, 226/2007, 321/2008, 212/2009, 38/2014 i 55/2015).

En conseqüència, i sense poder entrar a valorar el fons de la reclamació de responsabilitat patrimonial, és procedent retrotraure les actuacions del procediment perquè es doni un segon tràmit d'audiència als interessats en el procediment a l'efecte que puguin formular les al·legacions que considerin convenients a la vista de tota la documentació que integra l'expedient.

2.2. L'ACORD DE SUSPENSÍO PER PETICIÓ DE DICTAMEN: MOMENT PROCEDIMENTAL PER A ADOPTAR-LO I OBLIGACIÓ DE LA COMUNICACIÓ DE LA SUSPENSÍO ALS INTERESSATS

La sol·licitud de dictamen a aquest òrgan consultiu es preveu en la Llei 5/2005, del 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, i es regula en el Decret 69/2006, de l'11 d'abril, d'aprovació del seu reglament d'organització i funcionament, tant per al cas de peticions facultatives com preceptives. Malgrat això, aquesta pot plantejar dubtes als tècnics de les diferents administracions catalanes sobre com fer-la efectiva. Per aquest motiu, la Comissió inclou en la seva pàgina web una Guia breu per a la sol·licitud de dictàmens,⁷ destinada tant

7. <https://cja.gencat.cat/ca/ambits_actuacio/com_sollicitar_un_dictamen/> (consulta: 1 març 2024).

a l'Administració de la Generalitat com a l'Administració local i a la resta del sector públic. Addicionalment a les qüestions que poden sorgir entorn de la substanciació del tràmit de sol·licitud de dictamen, també poden sorgir-ne en relació amb la facultat que tenen les administracions peticionàries de suspendre el procediment administratiu quan el dictamen tingui caràcter preceptiu. Aquesta possibilitat es preveu actualment en l'article 22.1d LPAC, que estableix que el termini màxim de resolució i notificació dels procediments administratius i de notificació de la resolució es pot suspendre quan s'hagin de sol·licitar informes preceptius a un òrgan de la mateixa Administració o a una de diferent, durant el temps que transcorri entre la petició i la recepció de l'informe; previsió que també es recull, per cert, en l'article 11 de la Llei de la Comissió. La suspensió, que no pot excedir en cap cas els tres mesos, no és una actuació intranscendent, sinó al contrari: incideix d'una manera directa en la temporalitat del procediment, i en els iniciats d'ofici pot evitar-ne l'eventual caducitat, com, per exemple, en els expedients de revisió d'ofici o de resolucions contractuals.

Doncs bé, la Comissió disposa d'abundant doctrina en relació amb la suspensió del termini per a resoldre i notificar la petició del seu dictamen. Aquesta doctrina parteix, d'una banda, del fet que la suspensió prevista en l'article 22.1d LPAC no opera automàticament, sinó que cal que s'acordi en l'acord de suspensió corresponent, atès que la suspensió es configura legalment com una facultat de l'Administració. D'altra banda, cal que aquesta suspensió s'efectuï en el moment adequat per a fer-ho, és a dir, en tot cas vinculada a la petició de dictamen, perquè és el supòsit de fet que la justifica. Així, no es poden tenir en compte les suspensions adoptades en el decurs del procediment quan es produeixen actuacions d'instrucció posteriors a aquesta suspensió que es troben desvinculades del tràmit de sol·licitud de dictamen. I menys encara es poden considerar les suspensions adoptades juntament amb la incoació del procediment administratiu corresponent. I és que, òbviament, després d'incoar-se el procediment cal dur a terme una sèrie d'actuacions d'instrucció, les quals justament comporten l'aixecament automàtic de la suspensió adoptada.

En diverses ocasions la Comissió ha determinat el moment adequat per a adoptar aquesta suspensió. Per exemple, en el Dictamen 319/2023,⁸ del 19 d'octubre —el qual més endavant es comentarà amb més deteniment—, relatiu a una resolució d'un contracte i on es diu el següent:

En els dictàmens 170/2020 i 243/2020, seguint el que es disposava en el Dictamen 330/2018, la Comissió Jurídica Assessora ha recordat que «de la naturalesa de la Comissió i, per tant, de la seva alta funció consultiva es deriva que cal fer la sol·licitud del seu dictamen en el moment final del procediment, immediatament abans de la presa de la resolució final. Per tant, aquesta petició s'ha de formular en la proposta de resolució. I és també en aquest moment procedimental que correspon acordar la suspensió del procediment per la sol·licitud del dictamen de la Comissió».

8. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=971391&validity=1998241&traceability=140_E0388_319/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

Convé posar en relleu, a més, la previsió continguda en l'article 22.1d LPAC sobre el deure de l'Administració instructora de comunicar la suspensió a les persones interessades; comunicació que no incideix en el còmput del termini de suspensió, segons la doctrina de la Comissió. Així, en el mateix Dictamen 319/2023 es manifesta:

Com també s'ha advertit anteriorment, no figura en l'expedient la comunicació als interessats de la petició del dictamen efectuada (article 22.1.d) de l'LPAC). Tanmateix, en relació amb aquesta qüestió, com s'ha dit en el Dictamen 345/2022: «Nogensmenys, com ha posat en relleu la jurisprudència, la data de comunicació als interessats no té cap incidència en el còmput del termini suspensiu —que s'inicia amb la petició del dictamen, si conté la previsió suspensiva, o, en cas contrari, com succeeix en aquest cas, amb l'acord de suspensió posterior—, atès que, en el supòsit de l'article 22.1, lletra d), de l'LPAC, aquesta comunicació no és un requisit d'eficàcia. En aquest sentit es pronuncia la Sentència 499/2013, de 12 de juliol [ECLI:ES:TSJCAT:2013:6525], de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Cinquena, del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, quan afirma: “En cuanto a la comunicación de la solicitud de informe, hay que señalar que la misma es en efecto obligada según impone el mismo artículo 42.5.c/. Otra cosa es si la suspensión pospone su eficacia hasta que se produzca la comunicación al afectado. Ciertamente la notificación es condición de eficacia de los actos administrativos y opera asimismo como un requisito de eficacia en otros supuestos como por ejemplo la perención del procedimiento o el silencio administrativo. Ahora bien no es éste el planteamiento en el caso de la suspensión del plazo para resolver, pues el artículo 42.5.c/ prevé inequívocamente la suspensión entre la solicitud del informe y su recepción, no desde la comunicación de aquélla —in claris non fit interpretatio—. En definitiva, la comunicación opera como una carga jurídica vinculada a la suspensión del procedimiento, pero no como una condición suspensiva de ésta”».

2.3. LA INCERTESA NORMATIVA SOBRE LA COMPETÈNCIA PER A RESOLDRE ELS PROCEDIMENTS DE REVISIÓ D'OFICI DELS ENS LOCALS DE RÈGIM MUNICIPAL COMÚ

L'article 71 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, determina amb claredat la competència per a iniciar els procediments de revisió d'ofici, com també la competència per a resoldre aquest tipus de procediments quan es tracta de disposicions reglamentàries i d'actes emesos per l'Administració de la Generalitat. En canvi, es limita a fer una remissió genèrica pel que fa a la resolució dels procediments de revisió d'ofici d'actes dictats pels ens locals. Així, l'article 71.3 de la Llei 26/2010 estableix que «[l]a competència per a resoldre els procediments de revisió d'ofici d'actes nuls dictats pels ens locals correspon als òrgans que determina la normativa de règim local».

Doncs bé, l'any 2018 la Comissió jurídica Assessora ja va manifestar que la remissió normativa de l'article 71.3 de la Llei 26/2010 és problemàtica almenys per tres motius, que va recollir en el Dictamen 330/2018:⁹

9. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=838693&validity=1720508&traceability=140_E0388_330/2018&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

D'entrada, perquè no es concreta amb precisió la regulació a què es remet, amb l'expressió genèrica de «normativa de règim local». En segon lloc, perquè la legislació de règim local pot preveure solucions diverses en vista del tipus d'ens local o a través de l'establiment de règims especials. I, a l'últim, perquè aquesta legislació pot no preveure expressament cap solució normativa.

La qüestió, per tant, ha estat objecte d'anàlisi per la Comissió Jurídica Assessora, que ha fet una interpretació sistemàtica de la legislació bàsica estatal de règim local i ha arribat a la conclusió que la competència correspon al ple de l'ajuntament. En efecte, aquest òrgan consultiu ha considerat que si es reserva al ple la competència per a declarar la lesivitat dels actes anul·lables, amb més raó li ha de correspondre també l'atribució de resoldre els procediments de revisió d'ofici dels actes nuls de ple dret.

Aquest és el criteri que reiteradament ha mantingut la Comissió, però també altres òrgans consultius, com ara el Consell Consultiu de Castella i Lleó (dictàmens 129/2015, 188/2016 i 512/2016, entre d'altres). També recentment la Comissió ha constatat que aquesta doctrina ha estat avalada pel Tribunal Suprem, com exposa en el Dictamen 345/2023,¹⁰ del 16 de novembre, relatiu a una revisió d'ofici d'un acte d'atribució de funcions i complement retributiu a un funcionari:

[...] la legislació reguladora del règim municipal comú no determina d'una manera expressa l'òrgan competent per a resoldre els procediments de revisió d'ofici dels actes nuls de ple dret dictats en seu municipal. A aquests efectes, la Comissió Jurídica Assessora s'ha pronunciat en el sentit que una interpretació sistemàtica de la legislació local permet concloure a aquest òrgan consultiu que, amb independència de l'òrgan municipal que hagi estat competent per a incoar-los —en cas que s'hagin iniciat d'ofici—, la resolució dels procediments de revisió d'ofici és competència del Ple, per equivalència amb l'atribució a aquest mateix òrgan de la declaració de lesivitat dels actes anul·lables emanats de l'Ajuntament (art. 22.2.k) de l'LRBRL i 52.2.k) del TRLMRLC) (dictàmens 216/2022, 400/2022 i 89/2023). En el mateix sentit s'expressa la recent Sentència 1646/2022, de 13 de desembre, de la Sala Contenciosa Administrativa, Secció Cinquena, del Tribunal Suprem (ECLI:ES:TS:2022:4547),¹¹ fonament de dret segon, la qual ha afirmat que, mentre no se satisfaci l'evident buit legal, l'òrgan competent per a conèixer de les revisions d'actes nuls de ple dret dels presidents de les corporacions locals de règim comú és el Ple de l'Ajuntament, sense que sigui possible la delegació, de conformitat amb els articles 22.2.j) i 121 de l'LRBRL i 47 i 106.1 de l'LPAC.

Per tant, en aquell cas es va concloure que la competència per a resoldre el procediment de revisió corresponia al ple i no era delegable, mentre que la proposta de resolució assenyalava que l'òrgan competent era l'alcalde.

10. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=972744&validity=2001028&traceability=140_E0388_345/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

11. <<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/10210011/accion%20administrativa/20221228>> (consulta: 1 març 2024).

Finalment, convé tan sols recordar que, en canvi, l'atribució de competència per a resoldre els procediments de revisió d'ofici dels actes dictats pels municipis de gran població sí que es troba resolta en el seu règim municipal especial. En aquest règim especial previst en la Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), la competència no es concentra en el ple, sinó que els principals òrgans municipals tenen atribuïda expressament la facultat de revisió d'ofici dels seus propis actes (art. 123.1*l*, 124.4*m* i 127.1*k* LBRL).

3. CONTRACTACIÓ PÚBLICA

3.1. CONCESSIÓ DE DOMINI PÚBLIC O CONCESSIÓ D'OBRA PÚBLICA? ANÀLISI DE LA VERITABLE NATURALESA JURÍDICA D'UN EXPEDIENT DE RESOLUCIÓ SOTMÈS A DICTAMEN

Una de les competències de la Comissió Jurídica Assessora és l'emissió de dictàmens en matèria de resolució de contractes administratius, quan existeix oposició de la contractista, d'acord amb el que ha establert la legislació contractual i la normativa reguladora de l'òrgan (art. 191.3*a* de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic, i 8.3*e* de la Llei 5/2005, del 2 de maig).

En l'exercici d'aquesta competència, recentment la Comissió ha conegut d'un interessant supòsit de fet remès per una Administració local, com acostuma a ser habitual. Es tracta del Dictamen 319/2023,¹² del 19 d'octubre, en què la Comissió analitza amb caràcter previ al fons de l'assumpte la veritable naturalesa del contracte, atès que és doctrina de l'òrgan —i de la jurisprudència— que la qualificació jurídica efectuada per l'Administració no és vinculant ni exclou tampoc la possibilitat de comprovar la veritable relació existent entre les parts.

Concretament, se sotmetia a dictamen la resolució d'un contracte denominat per l'ens local com de concessió administrativa per a l'ús privatiu d'estacionament de vehicles pesants ubicat en un bé demanial municipal. Així, el supòsit plantejava si es tractava d'una concessió demanial sotmesa a la legislació patrimonial —és a dir, a la Llei 33/2003, del 3 novembre, de patrimoni de les administracions públiques; al text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, del 28 d'abril, i al Decret 336/1988, del 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de patrimoni dels ens locals— o si, en canvi, es tractava d'un contracte administratiu de concessió d'obra pública, sotmesa a la legislació de contractes corresponent.

La Comissió conclou en el Dictamen que el negoci jurídic té naturalesa contractual i enumera fins a sis arguments que sostenen aquesta conclusió. Així, en primer terme, analitza l'objecte del negoci jurídic subscrit entre l'ajuntament i l'empresa i manifesta que aquest encaixa perfectament en la definició de *contracte de concessió* prevista en la legislació de contractes d'aplicació, concretament en l'article 130 del text refós de la Llei de contractes

12. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=971391&validity=1998241&traceability=140_E0388_319/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, del 16 de juny (TRLRHL). En segon i tercer lloc, té en compte que els plecs de clàusules corresponents que regeixen el contracte estableixen que la concessionària ha de fer les obres d'estacionament de vehicles amb subjecció al projecte que presenti l'ajuntament i que la contraprestació per aquesta construcció és l'explotació de les obres i instal·lacions d'aparcament; contraprestació que s'ha de satisfer de manera continuada i ininterrompuda durant la vigència de la concessió. En quart lloc, la Comissió identifica la causa del negoci subscrit entre les parts i considera que respon a una finalitat pública en què preval l'interès públic que s'ha d'obtenir; és a dir, un millor servei públic en l'estacionament de vehicles pesants, amb la determinació en els plecs de clàusules dels criteris de preferència en la selecció de la concessionària i en què els criteris més valorats són la millora del cànon que s'ha de satisfer i de la inversió econòmica en les instal·lacions. I, en relació amb això anterior, l'òrgan consultiu porta a col·lació un cinquè argument per a qualificar el negoci com a contractual: el fet que el beneficiari del negoci subscrit és l'ajuntament, ja que es tracta d'oferir un millor servei públic, tot i que el destinatari final del servei sigui l'usuari —a diferència del que succeeix en la concessió demanial, en què el beneficiari és el concessionari o l'usuari—. Finalment, en sisè terme la Comissió aprecia que la construcció i gestió de l'aparcament no és una operació que es concedís a iniciativa de l'operador econòmic, sinó que es va fer a iniciativa de l'ajuntament, i conformen el seu contingut obligacional l'execució d'unes obres i la prestació d'un servei en les condicions determinades per l'Administració, les quals són exigibles al concessionari.

Determinada, per tant, la naturalesa contractual de la concessió, l'òrgan consultiu entra a analitzar el fons de l'assumpte, moment en què conclou que no es dona la causa de resolució invocada. L'ajuntament proposava resoldre el contracte perquè considerava que la contractista havia incomplert reiteradament els terminis de pagament del cànon i havia fet obres a les instal·lacions sense autorització. Conseqüentment, invocava la causa de resolució per incompliment de les obligacions essencials del contracte (art. 264j TRLRHL). Certament, la Comissió aprecia en el Dictamen un compliment defectuós de l'obligació de satisfacció del cànon per part de la concessionària —retard en el pagament—, així com l'execució d'unes obres de millora del servei sense el permís municipal. Però no aprecia la causa de resolució invocada, d'acord amb una interpretació estricta d'aquesta causa i de la doctrina de l'òrgan sobre les obligacions essencials (Dictamen 23/2023).¹³ I té en compte, especialment, el fet que la concessionària va corregir la seva actuació després de ser requerida per l'Ajuntament, que el retard en el pagament no estava tipificat com a incompliment essencial en els plecs de clàusules d'aplicació i que es va produir una manca de diligència municipal en la reclamació del cànon.

Per tot el que s'ha exposat, la Comissió informa desfavorablement sobre la resolució del contracte de concessió d'obra pública.

13. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=951152&validity=1954463&traceability=140_E0388_23/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

4. REVISIÓ D'OFICI

4.1. ÚS EXCEPCIONAL DE LA REVISIÓ D'OFICI EN LA CONTRACTACIÓ IRREGULAR. LA PÈRDUA DEL BENEFICI INDUSTRIAL DE LA CONTRACTISTA EN CONÈIXER AQUESTA LA IRREGULARITAT DE L'ORDRE DE CONTINUÏTAT DE LA PRESTACIÓ DEL SERVEI

La utilització de la institució de la revisió d'ofici per a donar una solució jurídica a la contractació irregular és una pràctica que s'ha estès entre les administracions públiques locals en els darrers anys. Certament, la doctrina de la Comissió sobre aquesta qüestió ha sofert una evolució que ha quedat constatada en els estudis incorporats en les seves memòries dels anys 2013, 2020 i 2022. En aquests estudis s'analitzen les reclamacions de quantitat que deriven de l'existència de determinades relacions contractuals entre les parts; la contractació irregular, les seves causes i les diverses vies que es pot seguir per a obtenir-ne una solució jurídica; i els encàrrecs verbals en els contractes menors, respectivament.

En l'actualitat, la Comissió considera possible emprar la revisió d'ofici per a constatar l'actuació il·legal i fer front al pagament de les despeses generades arran dels serveis efectivament prestats. Ara bé, l'ús d'aquesta institució ha de ser considerat una via de solució excepcional que no es pot acollir com una pràctica normal i ordinària, ja que aquestes pràctiques suposen una vulneració de la legislació de contractes perquè contravenen els principis de llibertat d'accés a les licitacions, publicitat i transparència dels procediments, no-discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors.

El punt àlgid d'aquesta doctrina s'ha vist recentment en el Dictamen 302/2023,¹⁴ del 28 de setembre, arran de la petició de revisió d'ofici d'un ajuntament per a declarar la nul·litat de ple dret de l'encàrrec de continuïtat en la prestació del servei de neteja dels edificis municipals. Escau assenyalar que el cas que s'hi examina no és nou, ja que la Comissió havia emès el Dictamen 20/2022¹⁵ en relació amb dos acords de continuïtat municipals dictats en anys anteriors, un cop exhaurit el mateix contracte i les seves pròrrogues, i on va informar favorablement sobre la revisió d'ofici dels acords.

En el Dictamen 302/2023 la Comissió palesa la reiterada inactivitat de l'ajuntament, que des de l'any 2012 té pendent la licitació d'un nou contracte, així com una manca de planificació per part de l'òrgan de contractació en l'aprovació d'una nova licitació. En aquests termes, recorda que l'ajuntament ha d'observar el caràcter excepcional de la revisió d'ofici i ha d'evitar fer un ús impropï d'aquest mecanisme excepcional. I no només això, sinó que, en termes similars als que ja va manifestar en el Dictamen 218/2023,¹⁶ l'òrgan consultiu manifesta:

14. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=969708&validity=1994803&traceability=140_E0388_302/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

15. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=919620&validity=1889519&traceability=140_E0388_20/2022&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

16. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=964996&validity=1984351&traceability=140_E0388_218/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

Aquesta actuació, a més de menystenir l'excepcionalitat de la revisió d'ofici a la qual s'ha fet referència, posa de manifest una voluntat deliberada, atesa la reiteració observada, d'utilitzar la Comissió Jurídica Assessora com un mitjà per a buscar cobertura jurídica a actes administratius que, en realitat, s'expliquen per la planificació deficient de la contractació administrativa. Aquesta pràctica s'aparta clarament del principi de bona administració i és del tot imprescindible que l'Ajuntament adopti les mesures necessàries perquè això no es repeteixi en el futur (Dictamen 302/2023).

Malgrat això anterior, en el dictamen esmentat la Comissió es pronuncia de nou a favor de la revisió d'ofici de l'acord de continuïtat de la prestació, clarament contrari a l'ordenament jurídic.

En darrer terme, pel que fa als efectes de la declaració de nul·litat, l'òrgan aplica la seva doctrina sobre l'abonament del cost efectiu de la prestació realitzada un cop descomptat el benefici industrial, atès que el cost efectiu de la prestació o servei no equival al preu del contracte i, per tant, no comprèn tots els conceptes que determinen el valor estimat d'aquest, entre els quals es troba el benefici industrial (Dictamen 245/2023,¹⁷ entre d'altres). D'acord amb aquesta doctrina, el benefici industrial és un concepte que s'ha de reconduir a la via indemnitzatòria dels danys i perjudicis. El que és interessant del supòsit, no obstant això, és l'anàlisi que fa la Comissió de l'actitud de la contractista, que no la fa meritòria del reconeixement d'un dret d'indemnització a favor seu. Així, un cop valorats els fets, considera que la contractista no podia desconèixer la irregularitat de l'ordre de continuïtat, pel fet de ser una empresa amb acreditada experiència en el sector i existir ordres de continuïtat anteriors declarades nul·les de ple dret:

[...] la Comissió Jurídica Assessora no pot compartir el criteri de l'empresa quan sosté que en relació amb l'encàrrec verbal va patir uns danys que no té l'obligació jurídica de suportar. L'argument exposat que l'empresa va seguir prestant el servei sobre la base del principi de bona fe i la validesa jurídica de l'ordre de continuïtat no resulta suficient per a contrarestar la presumpció que l'empresa no podia desconèixer la flagrant irregularitat de l'encàrrec, ja que les anteriors ordres ja havien estat declarades nul·les, circumstància que l'ha fet cocausant de la nul·litat que ara es declara (Dictamen 302/2023).

Per tot el que s'ha exposat, la Comissió conclou que no escau indemnitzar la contractista pel benefici industrial.

17. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=966295&validity=1987226&traceability=140_E0388_245/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

5. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL

5.1. RECLAMACIÓ DE DANYS I PERJUDICIS DERIVADA D'UN PROCÉS SELECTIU ESPECIALMENT PARTICIPATIU: EL PROCÉS D'ESTABILITZACIÓ DE L'OcupACIÓ TEMPORAL DEL PERSONAL DE L'ADMINISTRACIÓ DE LA GENERALITAT

Un supòsit de reclamació per danys i perjudicis que ha tingut un cert ressò mediàtic recentment és el relacionat amb les proves selectives fetes per compte de l'Administració de la Generalitat per al procés d'estabilització de l'ocupació temporal del seu personal. El procediment de responsabilitat, que es va incoar d'ofici, es fonamentava en les irregularitats produïdes en la realització de les proves selectives del dia 29 d'abril de 2023. En concret, l'Administració reconeixia una manca de vigilància i supervisió de les aules; l'ús per part dels aspirants de dispositius mòbils i electrònics; sortides no controlades de les aules per part de les persones aspirants; inicis no simultanis de les proves en les diverses aules i territoris, i manca de separació suficient entre les persones aspirants que feien els mateixos exercicis. En definitiva, l'existència d'una vulneració del dret fonamental a accedir a l'ocupació pública en condicions d'igualtat, mèrit i capacitat, reconegut en els articles 23.2 i 103.3 CE i 55.1 del text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 5/2015, del 30 d'octubre.

En el Dictamen 328/2023,¹⁸ del 30 d'octubre, emès per la Comissió sobre la reclamació presentada, es reconeix l'existència d'un dany moral, consistent en els sentiments de patiment o angoixa de les persones aspirants; l'existència de causalitat entre el funcionament del servei i el dany moral causat; així com l'existència d'un funcionament anormal del servei en la realització de les proves. Però l'interessant del dictamen és com es desgranen les diverses qüestions formals i materials, que s'articulen al voltant de dues circumstàncies concretes: 1) el fet de no tenir constància en l'expedient de les persones que efectivament es van presentar a les proves del dia 29 d'abril de 2023 i 2) l'actuació ràpida i diligent de l'Administració convocant a corregir les irregularitats i pal·liar el dany produït.

Així, el desconeixement de les persones que efectivament es van presentar al procés selectiu va afectar la tramitació del procediment i, concretament, la realització del tràmit d'audiència previst en l'article 82.1 LPAC. En el present cas, la Comissió valora aquesta circumstància i conclou que les persones interessades constituïen una pluralitat indeterminada de persones a qui es podia atorgar l'audiència per la via de la publicació, com havia succeït, d'un anunci en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*. A més, des d'un punt de vista substantiu, la Comissió aprecia que la manca d'identificació de les persones aspirants que es van presentar a les proves dificulta la individualització dels danys en el sentit que no permet identificar tots i cadascun dels participants que tenen dret a indemnització. Però l'alt òrgan consultiu estima evident que aquest dany és individualitzat, en el sentit que no és una càrrega que correspongui a la generalitat de la ciutadania, sinó que recau concretament sobre les

18. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=971618&validity=1998706&traceability=140_E0388_328/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

persones aspirants que es van presentar al procés selectiu, de manera que es veuen afectades particularment per la circumstància.

D'altra banda i també com a qüestió substantiva, la Comissió reconeix en aquest cas l'existència d'un dany moral, però limitat al dia de dels fets i no al període posterior, ateses les mesures pràcticament immediates preses per l'Administració davant dels fets. Novament, l'òrgan consultiu té en compte l'actuació de l'Administració convocant quan deixa sense efecte les proves, acorda repetir-les i n'informa immediatament les persones aspirants, actuació que té els seus efectes en la determinació del dany causat.

Finalment, escau destacar una altra idea rellevant que apareix en el Dictamen 328/2023. I és que, pel que fa al pagament de la indemnització que es proposa, la Comissió Jurídica Assessora considera que l'Administració ha de satisfer la indemnització:

[...] sens perjudici que aquesta exerceixi l'acció de repetició sobre la contractista, si escau, de conformitat amb l'article 196.1 de l'LCSP, que estableix que és obligació del contractista indemnitzar per tots els danys i perjudicis que es causin a tercers com a conseqüència de les operacions que requereixi l'execució del contracte (vid. Dictamen 17/2019).

5.2. NOU SUPÒSIT DE RECLAMACIÓ DE DANYS PER LA COVID-19: PERJUDICIS CAUSATS A UNA ACTIVITAT EMPRESARIAL PER LES MESURES DE RESTRICCIÓ I LIMITACIÓ ADOPTADES PER LA GENERALITAT DE CATALUNYA

La pandèmia sanitària de la covid-19, viscuda principalment els anys 2020 i 2021, ha generat molta conflictivitat jurídica, de la qual la Comissió no ha quedat al marge. Així, a tall d'exemple, va conèixer de recursos extraordinaris de revisió per la desestimació d'ajuts sol·licitats per empreses per a compensar les pèrdues o despeses durant la situació de la crisi sanitària (dictàmens 193/2021¹⁹ i 354/2021²⁰). També va conèixer d'expedients de modificació contractual com a conseqüència de les noves necessitats de contractació derivades de la pandèmia (dictàmens 114/2021²¹ i 235/2021²²), o de resolucions contractuals on, majoritàriament, la contractista invocava la situació excepcional viscuda per la covid-19 com a causa exculpa-

19. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=905353&validity=1860628&traceability=140_E0388_193/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

20. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=915233&validity=1880545&traceability=140_E0388_354/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

21. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=899296&validity=1848331&traceability=140_E0388_114/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

22. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=907957&validity=1865833&traceability=140_E0388_235/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

tòria de l'incompliment d'allò pactat (dictàmens 234/2020,²³ 81/2021,²⁴ 136/2021,²⁵ 295/2021,²⁶ 31/2022,²⁷ 99/2022²⁸ i 392/2022²⁹). Però, majorment, la Comissió ha conegut de reclamacions sanitàries pels danys derivats de la mort de familiars per la covid-19 i que s'imputaven a l'Administració sanitària per desatencions assistencials, demores de diagnòstic o dèficits d'informació (dictàmens 76/2022, 317/2022, 334/2022 i 416/2022). De fet, els pronunciaments de la Comissió en els àmbits contractual i sanitari han estat objecte d'estudi en la seva memòria³⁰ de l'any 2022.

Recentment, la Comissió ha conegut d'un nou supòsit de responsabilitat derivat de la pandèmia: reclamacions de responsabilitat patrimonial dirigides contra diversos departaments de la Generalitat de Catalunya per l'impacte econòmic que les mesures adoptades per a fer front a la covid-19 van tenir en l'exercici de l'activitat empresarial. El primer dels dictàmens emesos per la Comissió sobre aquest nou supòsit ha estat el Dictamen 377/2023,³¹ del 14 de desembre, en què es reclamava pels perjudicis soferts pel tancament de les instal·lacions esportives d'acord amb l'actuació normativa de contenció del brot epidèmic, danys que es quantificaven en més de quatre-cents mil euros.

En l'interessant dictamen emès per la Comissió, primerament es fa una anàlisi de les declaracions de l'estat d'alarma fetes arran de la crisi sanitària mundial produïda pel virus; del marc jurídic existent en matèria sanitària i de protecció civil; de les decisions judicials emeses pel Tribunal Constitucional sobre la declaració dels estats d'alarma, i de la normativa aprovada en aquest context.

A continuació la Comissió examina en el dictamen els danys al·legats i, malgrat que constata que l'empresa reclamant no aporta cap element de prova que sostingui les seves afirmacions, no dubta que els professionals del sector esportiu han patit un dany efectiu i avaluable econòmicament. Malgrat això, considera que es tracta d'un dany generalitzat que ha afectat en major o menor mesura tots els sectors econòmics i socials i, per tant, el dany

23. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=884751&validity=1818363&traceability=140_E0388_234/2020&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

24. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=896942&validity=1843443&traceability=140_E0388_81/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

25. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=900959&validity=1851786&traceability=140_E0388_136/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

26. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=912499&validity=1874960&traceability=140_E0388_295/2021&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

27. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=919618&validity=1889515&traceability=140_E0388_31/2022&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

28. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=925258&validity=1901042&traceability=140_E0388_99/2022&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

29. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=945708&validity=1943035&traceability=140_E0388_392/2022&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

30. <https://cja.gencat.cat/ca/ambits_actuacio/publicacions/memoria_d_activitats/detalls/Memoria-2022-00004> (consulta: 1 març 2024).

31. <https://portaljuridic.gencat.cat/ca/document-del-pjur/?documentId=975594&validity=200689&traceability=140_E0388_377/2023&language=ca> (consulta: 1 març 2024).

no gaudeix del caràcter individualitzat que exigeixen els articles 32 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, i 81 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost.

Seguidament, la Comissió aprecia la causalitat i analitza fil per randa l'antijuridicitat del dany. Per a fer-ho, examina si les declaracions d'estat d'alarma poden tenir cap impacte en el règim de responsabilitat patrimonial de l'Administració, qüestió sobre la qual es pronuncia negativament. També es planteja si existeix una força major que operi com a element exonerador de responsabilitat, que es descarta, i analitza el fet que l'actuació del Govern de la Generalitat es va produir mentre aquest es trobava en funcions, tot i que les mesures adoptades es consideren justificades en el context d'una emergència sanitària i per la condició dels membres del Govern d'autoritats integrants del Comitè de Direcció del Pla de Protecció Civil de Catalunya (PROCICAT). Pel que fa a la naturalesa jurídica de l'actuació administrativa portada a terme, la Comissió conclou que es tractava de disposicions de caràcter general. I, quant a la possible responsabilitat concurrent en la producció del dany, es descarta perquè els estats d'alarma van ser declarats pel Govern estatal. Així, d'acord amb els criteris jurisprudencials, els danys derivats del període posterior al primer estat d'alarma i durant el segon estat d'alarma en endavant poden ser atribuïbles al Govern de la Generalitat a causa de la delegació efectuada pel Govern estatal en la declaració del segon estat d'alarma.

Un cop feta aquesta anàlisi, l'òrgan consultiu es pronuncia sobre el caràcter no anti-jurídic del dany patit i conclou que l'empresa reclamant té el deure jurídic de suportar les pèrdues econòmiques que l'aplicació de les mesures adoptades per a fer front a la crisi sanitària li hagin pogut causar.

Per a arribar a aquesta conclusió, la Comissió té en compte que les mesures adoptades del 14 de març de 2020 en endavant per la Generalitat de Catalunya van afectar el dret al treball i el dret a la llibertat d'empresa, reconeguts en els articles 35 i 38 CE. Però manifesta que aquestes mesures es van adoptar en un context pandèmic, en el marc de la legalitat vigent en cada moment i seguint el procediment establert. Porta a col·lació que la jurisprudència del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem va considerar les mesures normatives conformes al principi de proporcionalitat. Afegeix que les resolucions adoptades van seguir les recomanacions tècniques i científiques emeses per a evitar l'increment de la transmissió comunitària del virus en la pràctica d'unes activitats com les esportives, on es produeix un increment important de la funció respiratòria, ja que el virus es transmet per via aèria. També manifesta que les decisions administratives van ser considerades idònies, necessàries i raonables pels corresponents tribunals de justícia i que tampoc no s'ha provat que no s'ajustessin als principis de pertinença, precaució i avaluació, reconeguts, entre d'altres, en l'article 3 de la Llei 33/2011, del 4 d'octubre, general de salut pública.

Per tot el que s'ha exposat, en el Dictamen 377/2023 s'afirma:

En resum, la Comissió Jurídica Assessora conclou que no es compleix el requisit de l'antijuridicitat del dany, pel que fa als presumptes danys derivats de les mesures preventives i restriccions adoptades per les resolucions conjuntes de la consellera de Salut i el conseller Interior esmentades, un cop, el 19 de juny de 2020, es va entrar en la fase de represa a Catalunya. No s'ha acreditat un perjudici singular, excessiu o desigual que pugui fonamentar

l'antijuridicitat del dany pel qual es reclama, sinó la concreció d'un risc inherent a l'exercici d'una activitat econòmica particularment apta per a la transmissió del virus, sense que, en les restriccions imposades, que tenien fonament en la protecció d'un bé jurídic superior com és el dret a la salut, i que van ser confirmades judicialment, s'evidenciï una discriminació arbitrària o desproporcionada.