2023

MEMORIA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Un registro bibliográfico de esta obra puede consultarse en el catálogo de la Red Bibliotekak del Gobierno Vasco:
https://www.bibliotekak.euskadi.eus/WebOpac

Edición

Septiembre 2024

©

Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Internet

https://www.comisionjuridica.euskadi.eus

Edita

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Donostia-San Sebastián, 1 · 01010 - Vitoria-Gasteiz

Diseño

ekipoPO

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia

Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Maquetación

Gabinete técnico de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Vitoria-Gasteiz, 2024

ÍNDICE

PRESENTACÍON 1

ABREVIATURAS 12

PRIMERA PARTE: ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2023 . 17

Capítulo 1. Composición 19

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión 19

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva 20

I. Introducción 20

II. Datos sobre las consultas recibidas 20

III. Datos sobre los dictámenes emitidos 23

IV. Relación de dictámenes y acuerdos 27

A) Anteproyectos de ley (9) 27

B) Decretos legislativos (7) 28

C) Proyectos de disposiciones reglamentarias (34) 28

D) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (122) 31

E) Revisión de oficio (14) 40

F) Contratos administrativos (14) 41

G) Recurso extraordinario de revisión (3) 42

H) Acuerdos de devolución (11) 42

Por no ser competencia de la Comisión: 42

Para que continúe la instrucción 43

Por no proceder un nuevo dictamen 43

SEGUNDA PARTE:EXTRACTO DE LA DOCTRINA 45

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA 47

I. Ámbito de actuación 47
II. Parámetros 60
A) Actos administrativos 60
Responsabilidad patrimonial 60
B) Disposiciones Generales 67
Proyectos de normas reglamentarias 67

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO 69
I. Cláusulas interpretativas del sistema de fuentes 69
II. Delegación legislativa 70
III. Ley 75
A) Congelación de rango 75
B) Deslegalización 76
C) Lex repetitae 76
IV. Reglamentos 81
A) Ejercicio de la potestad reglamentaria 81
B) Titularidad de la potestad reglamentaria 82

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA 89
V. Estilo de regulación 89
VI. Habilitaciones 95
VII. Normas modificativas 95
VIII. Reproducción de preceptos 98

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 101
I. Asistencia Social (art. 10.12 EAPV) 101
II. Ciberseguridad 106
III. Cooperación al desarrollo 112
IV. Enseñanza (art. 16 EAPV) 119
V. Medioambiente (art. 11.1 EAPV) 126
VI. Mutualidades no integradas en la Seguridad Social (art. 10.23 EAPV) 133
VII. Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV) 136

Capítulo 5. ÁREAS 140

I. Administración Pública 140
A) Administración independiente 140
B) Cargos públicos 144
C) Órganos colegiados 145
D) Patrimonio de las Administraciones Públicas 147
E) Potestad sancionadora 151
II. Cooperativas 152
III. Educación 153
IV. Entidades de previsión social 161
V. Entidades financieras 167
VI. Personal de las administraciones públicas 170
A) Acceso 170
Medidas de discriminación positiva 170
B) Personal de libre designación 176
VII. Protección de datos personales 177
VIII. Registros 180
IX. Servicios sociales
Régimen de acción concertada 182
Capítulo 6. PROCEDIMIENTO 188
I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 188
A) Consulta previa 188
B) Informes 189
C) Iniciación 191
D) Intervención preceptiva de órganos 191
E) Memorias 192
Memoria económica 192
F) Negociación o consulta con los representantes del personal 193
G) Reiteración de trámites por cambios sustanciales 195
II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos 197
A) Iniciación
Legitimación 197
B) Instrucción 202

Audiencia de los interesados 202
Informes 204
La prueba 204
Motivación 208
III. Especialidades en el procedimiento administrativo 209
A) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial 209
Iniciación 209
Plazo para reclamar 217
Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN . 221
I. Antijuridicidad 221
A) El deber de soportar la carga 221
II. Indemnización 223
A) Lucro cesante 223
III. Relación de causalidad 225
A) Conducta de la víctima o de terceras personas 225
B) Estándares de funcionamiento 233
C) Título de imputación 240
IV. Responsabilidad patrimonial por sectores 244
A) Función pública 244
B) Servicios sanitarios 251
Por la falta de consentimiento 251
Por la pérdida de oportunidad 252
C) Urbanismo 256
V. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 263
Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO 269
I. Ámbito de la potestad revisora 269
II. Análisis de las causas de nulidad 275
A) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional 275
B) Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absoluta mente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen ....

las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados . 280

C) Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al orde namiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se .. carezca de los requisitos esenciales para su adquisición 287

III. Instrumentos urbanísticos 298

IV. Límites a la revisión de oficio 301

Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.....304

I. Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.....304

II. Aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.....307

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 314

I. Extinción del contrato 314

A) Causas de resolución 314

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales 314

PRESENTACIÓN

El artículo 3.3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, establece que “la Comisión elabora y hace pública una memoria anual de sus actividades y de la doctrina contenida en los dictámenes emitidos”. Memoria que, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento de organización y funcionamiento, aprobado por el Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, incluirá el extracto de la doctrina contenida en los dictámenes y acuerdos emitidos.

En cumplimiento de dicho mandato, el Pleno de la Comisión, en su sesión celebrada el dia 23 de Mayo de 2024 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2023. La misma se estructura en dos partes diferenciadas. La primera recoge la composición de la Comisión y los datos más relevantes referidos al ejercicio de la función consultiva que este órgano tiene encomendada.

La segunda parte comprende un resumen de la doctrina emitida por la Comisión durante el año 2023, que, como viene siendo habitual, se ha elaborado extrayendo de los dictámenes y acuerdos emitidos en este periodo los fragmentos más representativos de su posición con relación a las diversas cuestiones sobre las que se le ha consultado, respetando su tenor literal y clasificados por materias y voces. En la selección de dichos fragmentos se ha cuidado especialmente de evitar repeticiones de la doctrina incluida en las memorias precedentes, salvo que el nuevo pronunciamiento matice o amplíe la explicación dada en los dictámenes de los años anteriores. Asimismo, en cada pronunciamiento se identifica el dictamen o acuerdo del que procede, con el fin de que, quien esté interesado, pueda consultar el texto completo en la base de datos documental disponible en la siguiente dirección de Internet: https://www.comisionjuridica.euskadi.eus

La presente edición de la memoria ha sido posible gracias a la dedicación puesta por las letradas de la Comisión, doña Deiane Agirrebaltzategi Sánchez y doña Yolanda Ganuza Arizmendi, en coordinación con el Secretario, en la labor de análisis y extracción de la doctrina, al trabajo del Servicio Oficial de Traductores y a la tarea de composición y maquetación desarrollada por el administrativo informática don Aitor González Cañadas.

Por último y como es tradicional, agradecemos a todas aquellas personas que en sus puestos de responsabilidad política o en la gestión administrativa diaria siguen haciendo posible el funcionamiento de este órgano consultivo.

ABREVIATURAS

BOPV	Boletín oficial del País Vasco
CAE	Comunidad Autónoma de Euskadi
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
CGLE	Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi
DCE	Dictamen del Consejo de Estado
DCJA	Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local
LCE	Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de cooperativas de Euskadi
LCJAE	Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
LCSP	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
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LEI	Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.
LEPV	Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco

LFPV	Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las personas consumidoras y usuarias
LFPPV	Ley 4/2018, de 28 de junio, de formación profesional del País Vasco
LG	Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno
LGS	Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad
LIA	Ley 2/2024, de 15 de febrero, de infancia y adolescencia
LILE	Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación
LOMESP	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública
LOSE	Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas
LPEDG	Ley 6/2022, de 30 de junio, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general
LPOHGPV /	
TRLPOHGPV	Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco
LPRL	Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de prevención de riesgos laborales
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público
LPS	Ley 1/2023, de 16 de marzo, de la potestad sancionadora de las administra ciones públicas vascas

LSPV	Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco
LSS	Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo
LTH	Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de los territorios históricos
OCE	Oficina de control económico
párr.	Párrafo
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
PGOU	Plan General de Ordenación Urbanística
PPT	Pliego de prescripciones técnicas
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STJUE/	
SSTJUE	Sentencia / Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
SVGII	Sistema vasco de garantía de ingresos y para la inclusión
SVSS	Sistema vasco de servicios sociales
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLEBEP/	

TREBEP	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana
TRLPEMM	Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de La ley de puertos del Estado y de la marina mercante
TRLPPV	Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de policía del País Vasco
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
UTE	Unión Temporal de Empresas

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2023

Capítulo 1. Composición

Durante este año no se ha producido ninguna modificación en la composición de la Comisión, que a fecha de 31 de diciembre de 2023 era la siguiente:

Presidente:

D. Sabino Torre Díez.

Vicepresidente:

D. Xabier Unanue Ortega

Vocales:

D.ª Mª Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.

D.ª Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.

D. Iñaki Calonge Crespo.

D.ª Mª Jesús Urkiola Mendibil.

D.ª Mª Lourdes Pérez Ovejero.

D.ª Mirari Erdaide Gabiola.

D.ª Jaione Juaristi Sánchez.

Secretario:

D. Jesús M.ª Alonso Quilchano.

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión

En cumplimiento del mandato del artículo 3.3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, la Comisión ha editado y publicado en formato electrónico la memoria correspondiente al año 2022.

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva

I. Introducción

Durante el año 2023 el número de nuevas solicitudes de consultas ha experimentado con respecto a las registradas el año anterior una disminución del 21 %.

Asimismo, el número de dictámenes emitidos en este año ha sido de 15 puntos porcentuales inferiores si lo comparamos con los aprobados en el año 2022.

Por lo que a la tipología de asuntos se refiere, en este ejercicio ha crecido levemente el porcentaje de los dictámenes emitidos con relación a consultas sobre disposiciones generales (un 25 % del total) frente a los relativos a consultas sobre actos administrativos (que bajan al 75 % del conjunto). Así, se han dictaminado un mayor número de normas (50), conservando la hegemonía los dictámenes sobre actos administrativos (153). Los dictámenes relacionados con reclamaciones de responsabilidad patrimonial siguen representando el mayor porcentaje sobre el total de los emitidos (60 %) aunque han descendido 8 puntos si los comparamos con los del año anterior. Dentro de ellas, este año las reclamaciones como consecuencia de accidentes sufridos en la vía pública han sido las mayoritarias, representando el 39 % del total, seguidas por las reclamaciones por los daños sufridos como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19 (32 %), y por las reclamaciones en el ámbito sanitario (17 %).

En relación con el origen de las consultas, los porcentajes de la distribución de las solicitudes de consultas se han mantenido, con ligeras modificaciones, con respecto a los registrados en el ejercicio anterior, bajando tres puntos porcentuales las correspondientes a la Administración de la Comunidad Autónoma (59 %), aumentando hasta el 40 % las de la Administración local y manteniéndose en el 1 % las de la Universidad del País Vasco.

Expuestas de forma sucinta las principales conclusiones sobre la función consultiva desarrollada este año, en comparación con el ejercicio precedente, a continuación, pasamos a presentar los datos cuantitativos de la actividad desarrollada.

II. Datos sobre las consultas recibidas

Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2023 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 221 solicitudes de consulta.

De ellas, 5 solicitudes no fueron admitidas a trámite *a limine* por defectos formales en la solicitud o por ser manifiesta la incompetencia de la Comisión.

De las 216 solicitudes admitidas a trámite en el año 2023:

- 8 fueron retiradas por los propios órganos consultantes al detectar importantes

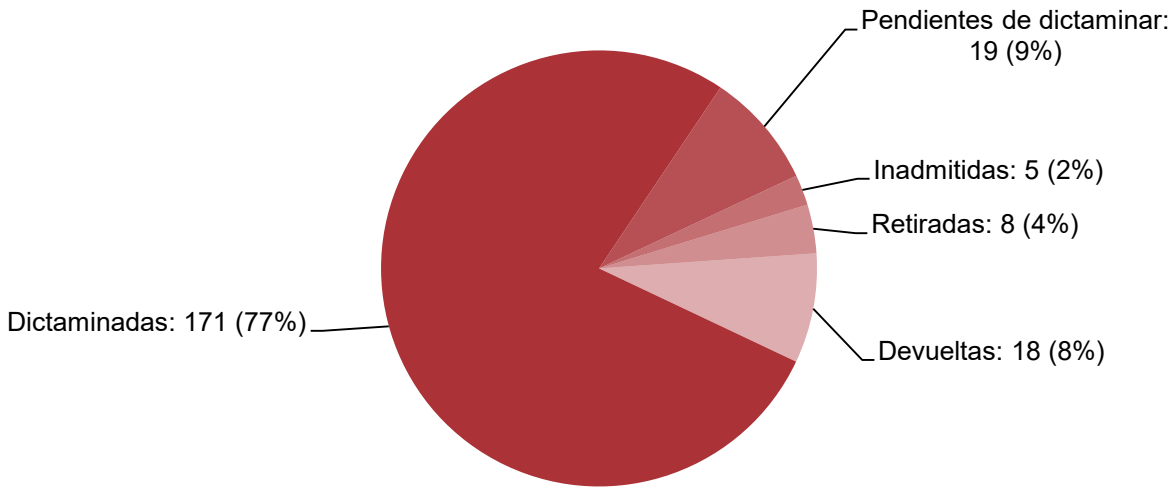
carencias en la tramitación de los expedientes.

- 7 se devolvieron por el Presidente de la Comisión por defectos en la tramitación.

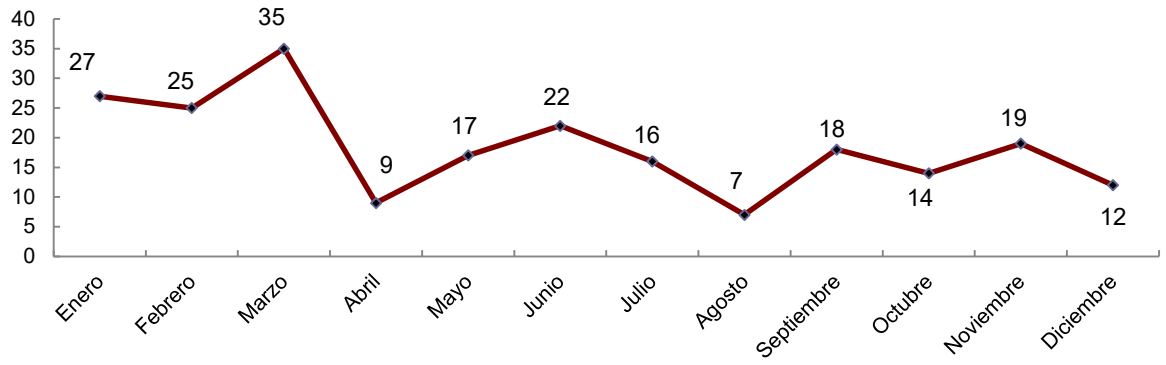
- 11 consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno por inadmitir la consulta al advertir la falta de competencia de la Comisión o para que continuase la instrucción del procedimiento o porque no procedía la emisión de un nuevo dictamen sobre un asunto previamente dictaminado al no ser objeto de modificaciones sustanciales.

- 171 consultas fueron dictaminadas.

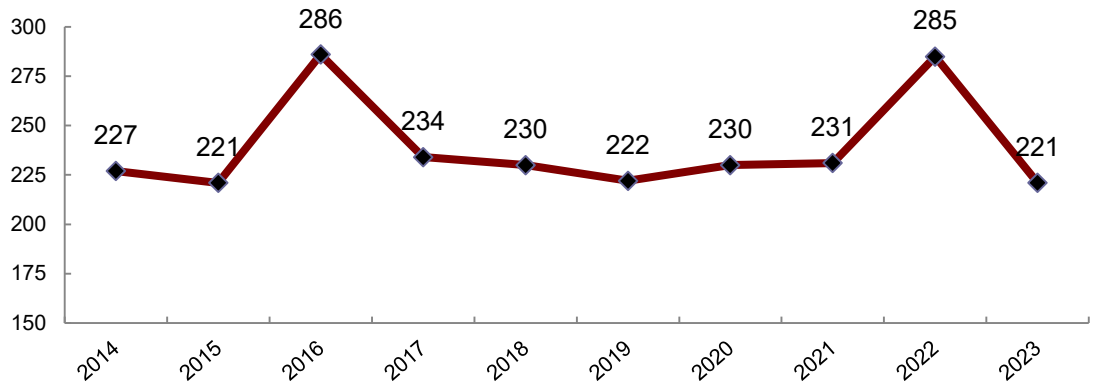
Por lo tanto, al terminar el año quedaban 19 consultas pendientes de resolver.



La evolución de las solicitudes de consulta por meses es la que se representa a continuación:



La evolución del número de solicitudes de consulta recibidas durante los últimos diez años ha sido la que se refleja en el cuadro siguiente:



En cuanto a la tramitación de las consultas admitidas a trámite, debemos señalar que trece de ellas se han evacuado por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 26, párrafos 2 y 3, de la Ley 9/2004.

En el proceso de análisis de los expedientes, el Presidente, a petición fundada de los ponentes, ha solicitado en este ejercicio ampliación de información en siete consultas.

Asimismo, la Comisión ha recibido:

- 118 escritos de los órganos consultantes ampliando el expediente, a iniciativa propia, con nuevos documentos.

- 3 escritos en respuesta a solicitudes de ampliación de información realizadas por la Comisión.

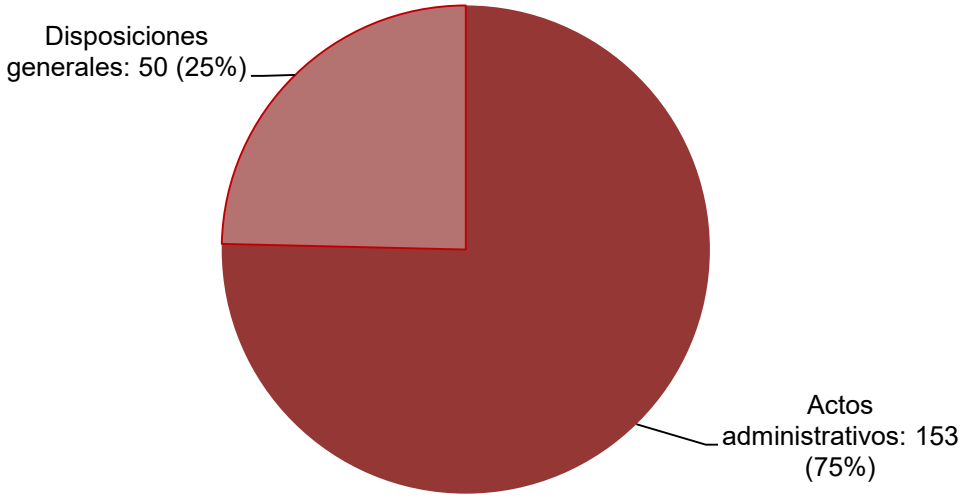
- 7 escritos solicitando la retirada de solicitudes de consultas.

- 62 escritos de los órganos consultantes notificando la resolución o disposición finalmente adoptada en asuntos dictaminados por la Comisión.

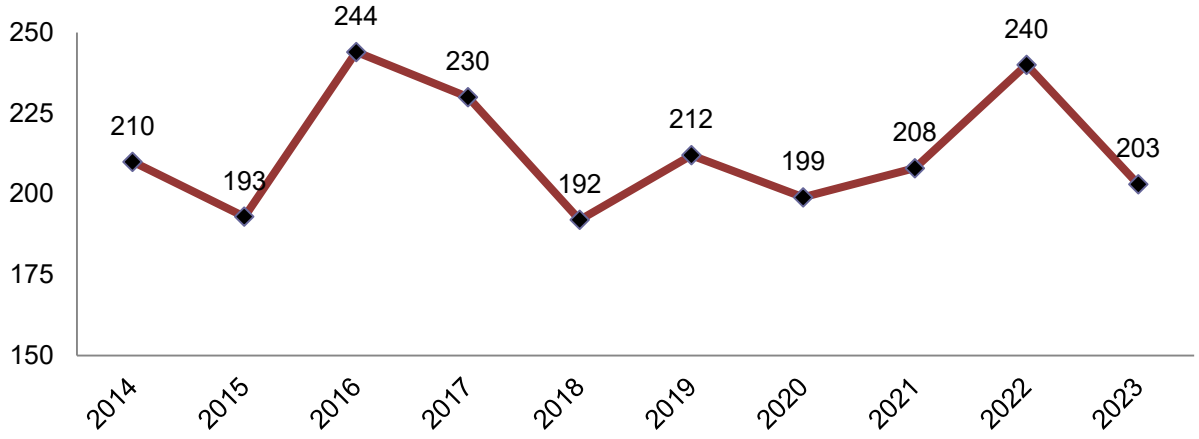
Finalmente, hay que señalar que el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 38 sesiones ordinarias y no ha realizado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

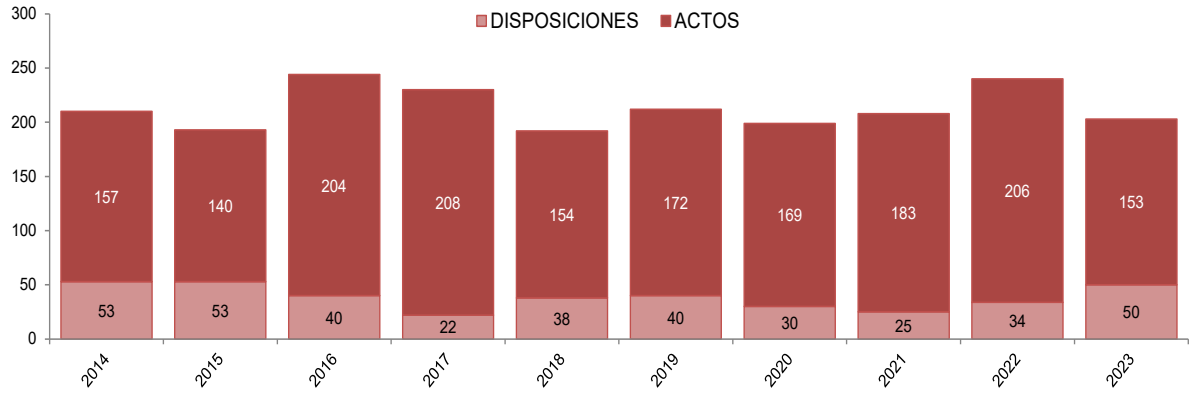
III. Datos sobre los dictámenes emitidos

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 203 dictámenes —téngase en cuenta que 32 de esos dictámenes corresponden a consultas admitidas a trámite en el año anterior—, que en función de una primera clasificación general de las consultas se distribuyen de la forma siguiente:



En los siguientes cuadros puede observarse la comparativa de los últimos diez años por lo que se refiere al total de dictámenes emitidos y a su distribución de acuerdo con esta clasificación general:

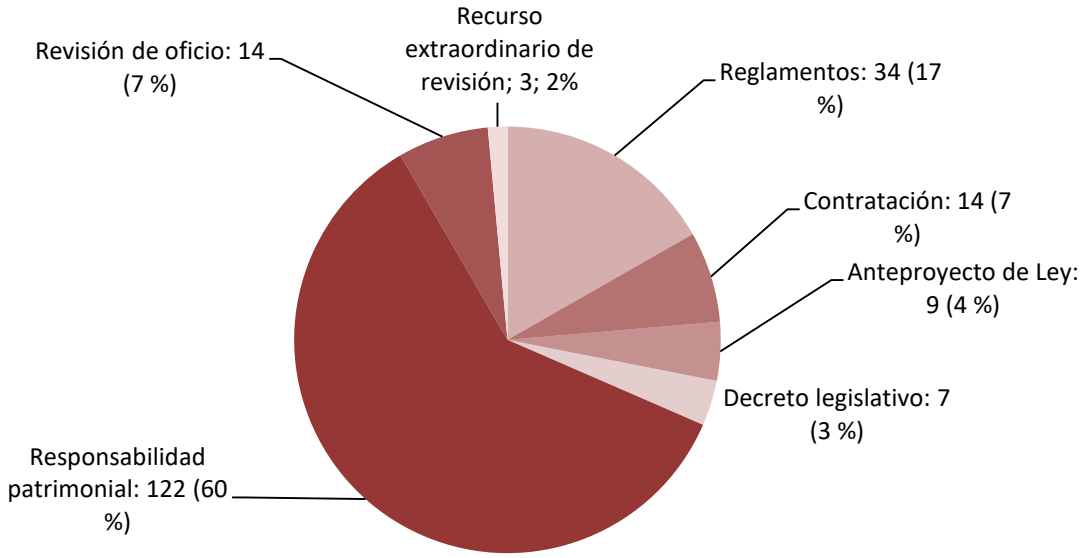




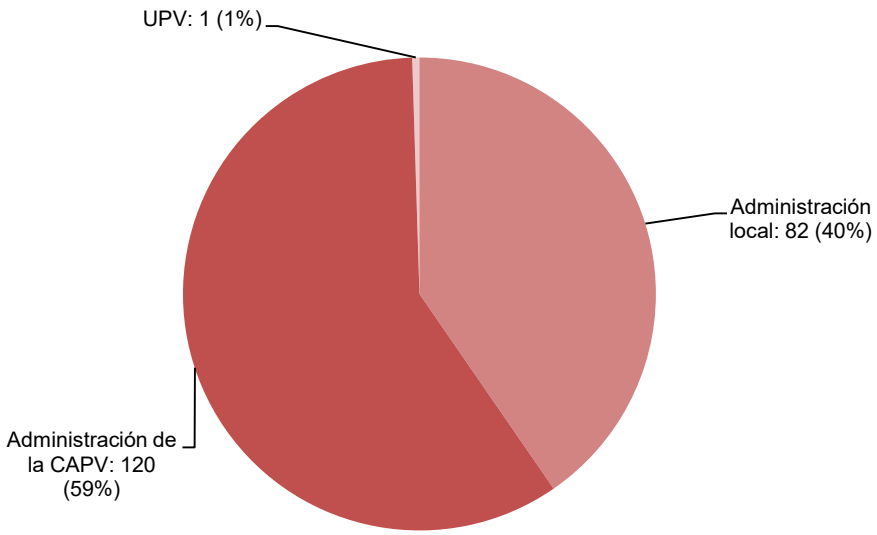
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

TIPOLOGÍA	Nº
Anteproyectos de Ley	9
Decretos legislativos	7
Proyectos de disposiciones reglamentarias	34
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	14
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	14
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial	122
Recurso extraordinario de revisión	3
Total	**203**

El porcentaje de los dictámenes por cada una de las tipologías anteriores es el que a continuación se señala gráficamente:



Por último y desde el punto de vista del órgano consultante los datos son los siguientes:



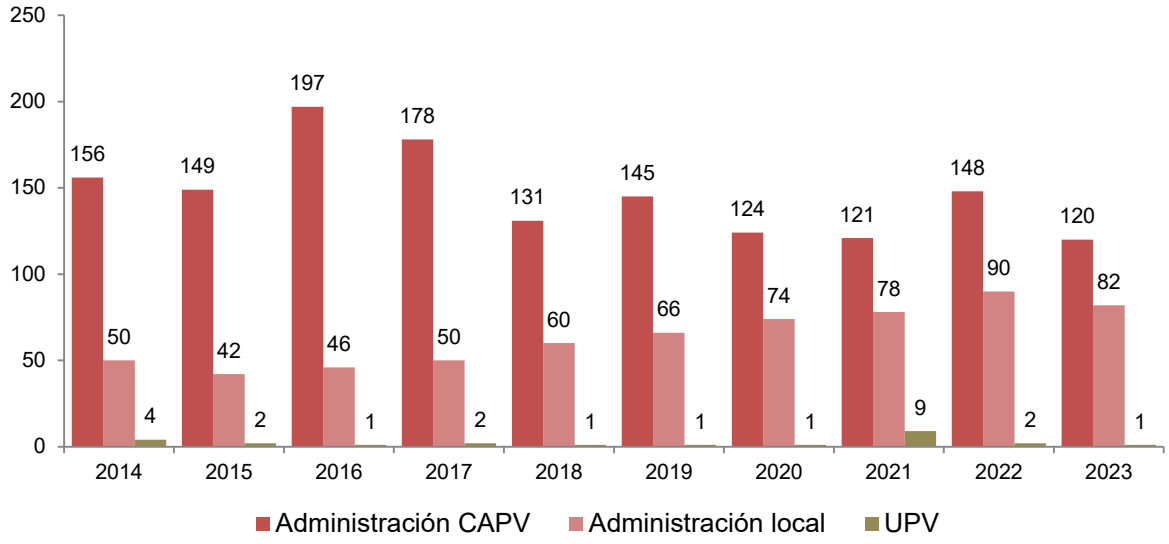
a) **Administración de la Comunidad Autónoma,** 120 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

ORGANISMO	TOTAL
Lehendakaritza - Presidencia del Gobierno	23
Departamento de Seguridad	8
Departamento de Trabajo y Empleo	6
Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno	12
Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente	8
Departamento de Economía y Hacienda	4
Departamento de Educación	12
Departamento de Planificación Territorial, Vivienda y Transportes	2
Departamento de Salud	16
Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales	7
Osakidetza-Servicio vasco de salud	20
Red Ferroviaria Vasca	2
Total	**120**

b) **Administración local,** 82 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

ENTIDAD LOCAL	TOTAL
Ayuntamiento de Alonsotegi	1
Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano	1
Ayuntamiento de Artziniega	1
Ayuntamiento de Ataun	1
Ayuntamiento de Basauri	4
Ayuntamiento de Berriz	2
Ayuntamiento de Bilbao	11
Ayuntamiento de Campezo	2
Ayuntamiento de Eibar	2
Ayuntamiento de Errenteria	1
Ayuntamiento de Galdakao	3
Ayuntamiento de Gatika	1
Ayuntamiento de Gernika-Lumo	1
Ayuntamiento de Getxo	3
Ayuntamiento de Gorliz	1
Ayuntamiento de Irun	3
Ayuntamiento de Lazkao	1
Ayuntamiento de Loiu	1
Ayuntamiento de Mungia	1
Ayuntamiento de Munitibar-Arbatzegi Gerrikaitz	1
Ayuntamiento de Oñati	1
Ayuntamiento de Plentzia	1
Ayuntamiento de Salvatierra/Agurain	1
Ayuntamiento de San Sebastián	8
Ayuntamiento de Santurtzi	3
Ayuntamiento de Tolosa	3
Ayuntamiento de Villabona	1
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	15
Ayuntamiento de Zaldibar	1
Ayuntamiento de Zarauz	1
Ayuntamiento de Zumarraga	1
Ayuntamiento del Valle de Trápaga-Trapagaran	1
Junta Administrativa de Ibarguren	1
Mancomunidad Debagoieneko mankomunitatea	1
Organismo Autónomo Residencia Ntra. Sra. de Begoña	1
Total	**82**

El gráfico comparativo de los diez últimos años es el siguiente:



En relación con la aprobación de los dictámenes emitidos, 197 se adoptaron por unanimidad de los miembros del Pleno y 6 por mayoría. Asimismo, hay que reseñar que no se ha formulado ningún voto particular.

IV. Relación de dictámenes y acuerdos

A) Anteproyectos de ley (9)

Dictamen 018/2023: Anteproyecto de ley de los servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento

Dictamen 043/2023: Anteproyecto de Ley vasca de empleo.

Dictamen 056/2023: Anteproyecto de Ley de educación del País Vasco.

Dictamen 061/2023: Anteproyecto de Ley de infancia y adolescencia.

Dictamen 067/2023: Anteproyecto de Ley de transición energética y cambio climático.

Dictamen 085/2023: Anteproyecto de Ley de creación de la Agencia Vasca de Ciberseguridad.

Dictamen 092/2023: Anteproyecto de Ley del Instituto Vasco de Finanzas.

Dictamen 117/2023: Anteproyecto de Ley vasca de cooperación y solidaridad.

Dictamen 179/2023: Anteproyecto de Ley de transparencia de Euskadi.

B) Decretos legislativos (7)

Dictamen 032/2023: Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba el Texto refundido de la Ley para la igualdad de mujeres y hombres y vidas libres de violencia machista contra las mujeres.

Dictamen 110/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sede de las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 111/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el himno oficial de Euskadi.

Dictamen 112/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de reconocimiento de la universidad “Mondragon Unibertsitatea”.

Dictamen 122/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre “Régimen Jurídico del Instituto Vasco de Administración Pública”.

Dictamen 123/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 124/2023: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de la escuela pública vasca.

C) Proyectos de disposiciones reglamentarias (34)

Dictamen 009/2023: Proyecto de Decreto por el que se desarrollan las normas básicas de ordenación de las explotaciones de ganado porcino extensivo en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 013/2023: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se establecen los criterios de ordenación y planificación de la red de centros docentes de enseñanza no universitaria en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 014/2023: Proyecto de Decreto por el que se crea el Censo de Organizaciones del Tercer Sector Social de Euskadi y se regula su funcionamiento.

Dictamen 027/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula el acceso a la función directiva, la formación, la evaluación y el reconocimiento de su ejercicio, y el cese de los cargos que la integran, en los centros públicos de enseñanza no universitaria titularidad del departamento competente en materia de educación.

Dictamen 031/2023: Proyecto de Decreto de ayudas a las familias con hijas o hijos.

Dictamen 033/2023: Proyecto de Decreto sobre la prestación sanitaria en materia de salud bucodental para la población de 7 a 15 años de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 036/2023: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de los Cuerpos de Policía del País Vasco.

Dictamen 037/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Interinstitucional para la Racionalización y Dimensionamiento del Sector Público Vasco.

Dictamen 042/2023: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre.

Dictamen 046/2023: Proyecto de Decreto por el que se regulan el régimen de concierto social y los convenios en el Sistema vasco de Servicios Sociales.

Dictamen 054/2023: Proyecto de Decreto sobre las especialidades en la Ertzaintza.

Dictamen 055/2023: Proyecto de Decreto sobre el teletrabajo para el personal empleado público del sector público vasco.

Dictamen 062/2023: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 068/2023: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de Educación Infantil y se implanta en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 069/2023: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 070/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la composición del Consejo Asesor de Medio Ambiente, el procedimiento de designación de sus miembros, su organización y su funcionamiento.

Dictamen 073/2023: Proyecto de Decreto por el que se establecen los currículos correspondientes a cinco cursos de especialización, Ciberseguridad en entornos de las Tecnologías de la Información, Panadería y Bollería Artesanales, Ciberseguridad en entornos de las Tecnologías de Operación, Fabricación Inteligente y Cultivos Celulares, para su impartición en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 074/2023: Proyecto de Decreto por el que se establecen los currículos correspondientes a tres cursos de especialización, Fabricación Aditiva, Desarrollo de Videojuegos y Realidad Virtual y Mantenimiento de Vehículos Híbridos y Eléctricos, para su impartición en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 079/2023: Proyecto de Decreto por el que se establecen las condiciones higiénico-sanitarias, de trazabilidad, etiquetado y publicidad de los productos alimentarios comercializados mediante venta de proximidad.

Dictamen 080/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la actuación sanitaria de los servicios de prevención y de las personas o entidades especializadas autorizadas para desarrollar la auditoría o

evaluación externa de la disciplina preventiva de la medicina del trabajo del sistema de prevención en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 091/2023: Proyecto de Decreto de atención integral y multicanal a la ciudadanía y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos.

Dictamen 106/2023: Proyecto de Decreto regulador del Sistema interno de información y de protección de las personas denunciantes en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 114/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula el derecho subjetivo de acceso a la ocupación legal de una vivienda.

Dictamen 115/2023: Proyecto de Decreto de ordenación y supervisión de la actividad de distribución de seguros y reaseguros privados en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 121/2023: Proyecto de Decreto sobre el transporte escolar del alumnado de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco financiado por el departamento competente en materia educativa.

Dictamen 127/2023: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se establece la organización y régimen de funcionamiento del Organismo Pagador de los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER), en la Comunidad Autónoma del País Vasco, y por el que se deroga el Decreto 233/2011, de 15 de noviembre, de ayudas a las asociaciones y federaciones profesionales y empresariales de los sectores agrario, pesquero y alimentario de la Comunidad Autónoma del País Vasco (Programa Elkarteak).

Dictamen 145/2023: Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Vasca del Agua.

Dictamen 156/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la calificación de empresas de inserción, se establece el procedimiento de acceso a las mismas y su registro.

Dictamen 157/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la gestión, resolución y pago del bono social térmico creado por el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 160/2023: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Renta de Garantía de Ingresos.

Dictamen 163/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.

Dictamen 178/2023: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador en materia de cooperativas.

Dictamen 192/2023: Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos decretos en materia de Entidades de Previsión Social Voluntaria.

Dictamen 198/2023: Proyecto de Decreto por el que se regula la Comisión Interinstitucional para la Inclusión.

D) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (122)

Dictamen 001/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Vertiz Motor, S.L. como consecuencia de expropiación de terreno.

Dictamen 002/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Susuru Noodle Bar S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 003/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Tarresbell 2019 S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 004/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa QSR North Spain Company S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 005/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 006/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 007/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 008/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FFF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 010/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios del CIMB como consecuencia de la inactividad del ayuntamiento relativa a la no asunción de la prestación de determinados servicios públicos municipales durante el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2020 y el 14 de diciembre de 2021.

Dictamen 012/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VVV como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 015/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEE como consecuencia de una caída al acceder a su puesto de trabajo en las oficinas del ayuntamiento.

Dictamen 017/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LLL como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 020/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Gestión y Desarrollo Bilbaína de Hoteles S.L. (Hotel Mercure Bilbao Jardines Albia) como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la Covid-19.

Dictamen 021/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Cuor Hostelería S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la Covid-19.

Dictamen 022/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Capagrana 10, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 023/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GGG como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 024/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Egunsenti Soluciones, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 025/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la doña AAA como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 026/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa GABUTOA, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 028/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de un accidente ocurrido con su bicicleta en la vía pública.

Dictamen 038/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 039/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Comess Group de Restauración S.L. (Hostinter) como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 040/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Pomodoro Franquicia S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 041/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 044/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 047/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 049/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 050/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Felesa, S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 051/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Cadena de Bingos, S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 052/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Lar Galiza, S.A. como Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 053/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Uhagon 10, S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 057/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados a Residencial Arangoiti Buena Vista, S.L. por la construcción de dos aparcamientos en el sector urbanístico Buena Vista, tras calificar el Plan General de Ordenación Urbana de Bilbao dicho suelo como no urbanizable.

Dictamen 058/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 059/2023: Reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la empresa Bingos del Norte, S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 060/2023: Reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la empresa Zubingora, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 063/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RRR como consecuencia de una caída al salir de un ascensor municipal.

Dictamen 064/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don TTT como consecuencia de un accidente ocurrido con su bicicleta en la vía pública.

Dictamen 065/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JJJ como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 066/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 071/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FFF como consecuencia de una caída en la calzada.

Dictamen 072/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMM como consecuencia de los daños causados en el terreno y en el caserío ... por las redes de abastecimiento de agua del Ayuntamiento de Berriz.

Dictamen 076/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor RRR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 077/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 081/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa El Embarcadero de Getxo S.L.U. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 082/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa El Gran Hotel Ercilla S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 084/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 086/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña III como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 087/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña TTT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 088/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ y don OOO como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, doña PPP, como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 089/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don YYY como consecuencia del mal funcionamiento de los servicios de inspección y control del juego en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 093/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GGG como consecuencia de las quemaduras sufridas en las duchas de un polideportivo municipal.

Dictamen 096/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DDD como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 099/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de un accidente sufrido con su patinete en la vía pública.

Dictamen 100/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 101/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BBB como consecuencia de las medidas adoptadas por el Lehendakari en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 102/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SSS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 103/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 104/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VVV y los menores JJJ, AAA y PPP, tras el fallecimiento de su pareja y padre, don GGG, respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 105/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña III como consecuencia de una caída en el rocódromo del polideportivo municipal de Gorliz.

Dictamen 107/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por Cheers Gasteiz, S.C. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 108/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 109/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FFF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 113/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Arcelormittal Distribuciones Norte, S.L. como consecuencia de la interrupción de suministro de energía que le obligó a parar sus instalaciones.

Dictamen 116/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 118/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en vía pública.

Dictamen 120/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 125/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 126/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ y don FFF tras el fallecimiento de su madre, doña ZZZ, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 128/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 129/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don SSS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 130/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 131/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JJJ como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 134/2023: Reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la empresa Sucesores de Urbistondo, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 135/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 136/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don EEE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 137/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en vía pública.

Dictamen 140/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los hermanos don RRR, doña MMM y doña BBB y por don AAA, por el fallecimiento de su madre y suegra, doña JJJ, como consecuencia de una caída ocurrida durante su traslado en un vehículo de transporte adaptado desde un centro de día a su domicilio.

Dictamen 141/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 142/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña III como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 143/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 144/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don III como consecuencia de un accidente sufrido en la vía pública.

Dictamen 146/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Diseño y Valoraciones, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 147/2023: Reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la empresa ATJ GAMES, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 148/2023: Reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la empresa MALAU JOKOAK, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 149/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Melia Hotels International, S.A. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 150/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FFF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 151/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Bai Trapaga, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 152/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por RRR - EEE - III, C.B. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 153/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEE y su hijo, el menor AAA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 154/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don III como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 155/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LLL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 161/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LLL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 162/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don EEE a y resto de propietarios como consecuencia de la vinculación singular de la finca registral ... de Eibar.

Dictamen 165/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RRR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 166/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 167/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 168/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 169/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SSS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 171/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa EL GYM IBERIA, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 172/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 173/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DDD como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 174/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PPP como consecuencia del retraso producido en su jubilación anticipada.

Dictamen 175/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 176/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Txintxilik II, S.L. como consecuencia de la aprobación del Plan Especial de Ordenación Urbana de la zona de recreo del ámbito 18-zona deportiva de Asti.

Dictamen 177/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SSS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 180/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Diseño y Valoraciones, S.L. durante el año 2021 como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 181/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Mugaburu, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 182/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCC como consecuencia de la inactividad del Ayuntamiento de Berriz ante el incumplimiento de las obligaciones urbanísticas por parte de la Junta de Concertación de la UE-19 de Berriz.

Dictamen 184/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa ERKI Construcción Sostenible, S.L. como consecuencia de la anulación judicial del Acuerdo de 12 de marzo de 2019 del Pleno del Ayuntamiento de Campezo por el que se adjudica el contrato de las "Obras de rehabilitación interior del albergue Fase III".

Dictamen 185/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa McFIT ESPAÑA, S.L.U. (en la actualidad, RSG GROUP ESPAÑA, S.L.) como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 186/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa BILBAO WELLNESS MANAGERS, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 187/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 188/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJJ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 189/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VVV como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 190/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BBB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 191/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don III como consecuencia de la denegación presunta de su capacidad para impartir la materia de Geografía e Historia en centros docentes privados no universitarios.

Dictamen 194/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 195/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 199/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Orbela Taberna, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 200/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Hotel Larrañaga, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 201/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por las empresas Ifitness Instalaciones Deportivas, S.L., Art Fit Siluet, S.L., Easy Sport Logroño, S.L., JVN Healt Beauty 2012, S.L. y Easy Sport Pamplona, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

Dictamen 202/2023: Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa Metropolitan Spain, S.L. como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno Vasco en el marco de la pandemia derivada de la COVID-19.

E) Revisión de oficio (14)

Dictamen 016/2023: Revisión de oficio del reconocimiento de servicios prestados por doña AAA en … como servicios previos en la Administración pública.

Dictamen 030/2023: Revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 20 de octubre de 2020 por la que se aprueba la oferta de empleo público de 2020 en lo relativo a la selección de cuatro plazas de administrativo de la Administración General mediante promoción interna y del Acuerdo de 12 de abril de 2022 por la que se aprueban la bases y se convoca el proceso selectivo.

Dictamen 035/2023: Revisión de oficio del Acuerdo de 30 de noviembre de 2022, del Pleno del Ayuntamiento de Gatika, por la que se aprueba la modificación presupuestaria municipal 28/2022.

Dictamen 045/2023: Revisión de oficio de la ordenanza reguladora del aprovechamiento especial de calles, caminos rurales, pistas forestales, terrenos y montes de titularidad pública del Ayuntamiento de Artziniega.

Dictamen 083/2023: Revisión de oficio de la modificación del contrato de servicios de redacción del proyecto para la reforma, rehabilitación y mejora del Mercado Municipal de Gernika y sus accesos, así como la dirección facultativa y demás trabajos técnicos, y resolución de dicho contrato.

Dictamen 097/2023: Revisión de oficio de la Ordenanza reguladora de la tenencia y protección de perros aprobada por la Junta Administrativa de Ibarguren.

Dictamen 119/2023: Revisión de oficio de dos Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Ataun -el punto 3 del Acuerdo de 7 de septiembre de 2017 y el punto 5 del Acuerdo de 8 de febrero de 2018- relativos a la valoración de puestos de trabajo del personal del ayuntamiento.

Dictamen 133/2023: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía en funciones nº 172/2023, de fecha 11 de abril, por el que se le otorga nombramiento interino para la ejecución del programa temporal para Hacienda y Patrimonio.

Dictamen 138/2023: Revisión de oficio del acto de formalización del contrato administrativo suscrito con fecha 15 de junio de 2023 con la empresa Ascender, S.L., relativo al suministro e instalación de graderío telescópico, butacas móviles y butacas extraíbles para sala escénica del Espacio Cultural CBA.

Dictamen 159/2023: Revisión de oficio, a instancia de doña LLL, de la Resolución de 8 de junio de 2022, del Delegado Territorial de Educación de Bizkaia por la que resuelve desestimar su solicitud de fin de reducción jornada por cuidado de hijo/hija menor.

Dictamen 164/2023: Revisión de oficio, a instancia de doña MMM y don OOO, del Acuerdo de 11 de junio de 1999 del Pleno del Ayuntamiento de Munitibar, por el que se aprueba el Convenio Urbanístico para la ordenación de la unidad de ejecución M2 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento.

Dictamen 170/2023: Revisión de oficio de la Resolución de 13 de febrero de 2023 por la que se nombra a doña OOO funcionaria interina del Departamento de ... del Gobierno Vasco.

Dictamen 193/2023: Revisión de oficio de los Acuerdos de la Junta de Gobierno de aprobación de las modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo de la Mancomunidad de Debagoiena de los años 2015, 2016 y 2019.

Dictamen 197/2023: Revisión de oficio, a instancia de don RRR, del Decreto nº 261/2022, de 5 de julio, del Alcalde de Plentzia, por el que se desestima el recurso de reposición que interpuso contra el Decreto de Alcalde nº 171/2022, de 5 de mayo.

F) Contratos administrativos (14)

Dictamen 019/2023: Modificación del contrato de obras "Proyecto constructivo de plataforma de la Nueva Red Ferroviaria en el País Vasco. Tramo: Hernani-Astigarraga. Fase 2".

Dictamen 029/2023: Resolución del contrato de suministro de vehículo de tres plazas de tecnología cien por cien eléctrica adjudicado a la mercantil Toyota Autocentro Armentia, S.A.

Dictamen 034/2023: Resolución del contrato administrativo para la ejecución de las obras previstas en el "Proyecto de Pasarela sobre el río Agauntza entre la Ikastola y la iglesia en Lazkao", adjudicado a la mercantil Díez y Compañía, S.A.

Dictamen 048/2023: Resolución del contrato administrativo derivado del acuerdo marco de suministro de gas natural para los años 2020 y 2021 suscrito por el Ayuntamiento de Zaldibar con la empresa Multienergía Verde S.L.

Dictamen 075/2023: Resolución de contrato de explotación provisional de la gestión integral del albergue Casa del Guarda de Alonsotegi.

Dictamen 078/2023: Resolución del contrato administrativo de obras correspondientes al Proyecto de ejecución para habilitar un centro de día para personas sin hogar en Villa Salia, adjudicado a la mercantil Construcciones Murias, S.A.

Dictamen 090/2023: Reclamación de responsabilidad contractual por los daños sufridos por la empresa Construcciones Amenabar, S.A. como consecuencia de la suspensión temporal total de la obra objeto del contrato "Refuerzo del dique exterior de abrigo del puerto de Hondarribia".

Dictamen 094/2023: Reclamación de responsabilidad contractual por los daños sufridos por la empresa Altuna y Uria, S.A. por la ejecución del contrato que tiene por objeto la "Obra del frontón La Esperanza".

Dictamen 095/2023: Reclamación de responsabilidad contractual por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas (UTE) Ondarroa en concepto de trabajos ejecutados y no reconocidos en la certificación final de las obras que tienen por objeto la "Construcción de la nueva lonja de pescado en el puerto de Ondarroa" .

Dictamen 098/2023: Resolución del contrato administrativo derivado del acuerdo marco de suministro

de gas natural para los años 2020 y 2021 suscrito por el organismo autónomo Residencia Nuestra Señora de Begoña (residencia municipal de Santurtzi) con la empresa Multienergía Verde S.L.

Dictamen 132/2023: Resolución del contrato para la ejecución de la obra “Restitución del camino de acceso al depósito de Unbe”, adjudicado a la empresa Asfaltados y Construcciones Morga, S.L.

Dictamen 139/2023: Resolución del Acuerdo Marco para la contratación del suministro eléctrico de origen 100% renovable, suscrito por el Ayuntamiento de Agurain con diversas empresas.

Dictamen 158/2023: Reclamación de responsabilidad contractual por los daños sufridos por la empresa BPXPORT XXI S.L.U. como consecuencia de la ejecución del contrato de concesión de servicios para la gestión del Polideportivo de Zuhaizti del Patronato Municipal de Deportes de San Sebastián.

Dictamen 203/2023: Resolución del contrato administrativo de obras correspondientes al Proyecto de reforma y adecuación de un gimnasio y vestuario en el edificio del frontón de Zabaloetxe en Loiu, adjudicado a la mercantil E3D 2008, S.L.

G) Recurso extraordinario de revisión (3)

Dictamen 011/2023: Recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de 15 de noviembre de 2018 del Director de Planificación y Procesos Operativos de Vivienda, por la que se resuelve el expediente sancionador EB1-315/18-DL, seguido contra GGG y MMM.

Dictamen 183/2023: Recurso extraordinario de revisión interpuesto por doña AAA contra la Resolución de Alcaldía de 24 de julio de 2023 que inadmitió por extemporáneo su recurso de alzada frente al Acuerdo del Tribunal Calificador de 30 de mayo de 2023, por el que se aprobó la calificación definitiva de la segunda fase, la calificación final y la propuesta de nombramiento del proceso de selección para la provisión de una dotación de la Dirección de ...

Dictamen 196/2023: Recurso extraordinario de revisión contra la Resolución del Viceconsejero de Administración y Servicios, de 23 de febrero de 2023, por la que se desestima la reclamación de don KKK para su inclusión en la lista de profesorado sustituto en Educación Secundaria, en la especialidad ...

H) Acuerdos de devolución (11)

Por no ser competencia de la Comisión:

Acuerdo 001/2023: Interpretación del contrato de obras de reurbanización de la calle Paper de Tolosa.

Acuerdo 003/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Autoridad Portuaria de Pasaia por la ocupación por el Ayuntamiento de Pasaia del edificio Ciriza.

Acuerdo 005/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los hermanos doña MMM, doña CCC y don SSS por los daños y perjuicio sufridos como consecuencia del servicio público de cementerios.

Acuerdo 007/2023: Proyecto de Decreto por el que se regulan las ayudas a programas de cooperación para el desarrollo.

Acuerdo 009/2023: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de Zamudio, de 25 de enero de 2023, por el que se concedía licencia de cerramiento del camino de acceso al caserío ...

Acuerdo 011/2023: Proyecto de Decreto por el que se regulan las ayudas al Programa Emantzipa de emancipación juvenil.

Para que continúe la instrucción

Acuerdo 004/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Acuerdo 008/2023: Revisión de oficio de los Decretos de Alcaldía nº 191/2022, de 11 de julio, nº 316/2022, de 4 de noviembre, y de diversos acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Zuia, con motivo del nombramiento de secretaria-interventora accidental.

Acuerdo 010/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMM como consecuencia de un accidente ocurrido con su bicicleta en la vía pública.

Acuerdo 012/2023: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Por no proceder un nuevo dictamen

Acuerdo 002/2023: Modificaciones introducidas tras el Dictamen 51/2016 en el anteproyecto de Ley reguladora del régimen de subvenciones.

SEGUNDA PARTE:
EXTRACTO DE LA DOCTRINA

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA

I. Ámbito de actuación

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 191.3.a) de la LCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los supuestos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

El sustrato y las posturas encontradas que conforman la controversia entre la Administración y el contratista se muestran claramente definidas en los informes y alegaciones aportados al expediente a partir de la solicitud por parte del contratista (22 de mayo de 2022) de aplicación de la revisión de precios excepcional que se aprueba mediante Real Decreto-ley 3/2022 y que entra en vigor el 2 de marzo de 2022.

Ante dicha discrepancia, la Administración municipal contratante suscita un **procedimiento de interpretación unilateral del contrato** cumplimentando los trámites esenciales que lleva aparejados.

Sin embargo, **la Comisión observa que los elementos que configuran los contornos de este debate entre las partes del contrato no provienen del clausulado de los pliegos, ni del contrato, ni afectan al modo de ejecución de las prestaciones**, aunque sí se deriven efectos indudables sobre la liquidación final del precio por la aplicación de una norma aprobada con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Así las cosas, **cabe plantearse el correcto ejercicio de esta prerrogativa administrativa** en materia de contratación, atribuida ex lege, **y conocer cuáles son los límites que delimitan su aplicación**. Téngase en cuenta que con su ejercicio se produce un claro desequilibro entre las partes, favoreciendo a la Administración pública en la toma de decisiones relativas al contrato.

De esta manera, podemos decir que las razones por las que una discrepancia está sometida al enjuiciamiento administrativo vía prerrogativa es que es la Administración la que mejor conoce el contenido y alcance de las cláusulas del contrato y de los pliegos como encargada de redactarlos y, consecuentemente, la que mejor valoración puede realizar en pro del interés general.

El Dictamen del Consejo de Estado 993/2014, de 29 de enero de 2015, se pronuncia sobre el objeto de esta concreta prerrogativa en estos términos:

> En el presente caso, se pretende ejercer la potestad de interpretación cuando el contrato ya ha sido ejecutado, pues la única prórroga que era posible según el clausulado

del contrato expiró antes de que la Mancomunidad se planteara, en julio de 2013, el ejercicio de dicha potestad. Se considera por la Mancomunidad que el contrato está sujeto a liquidación final, pero no se comparte esta opinión por la naturaleza del contrato, por su configuración y por la forma de abono de los servicios prestados (factura mensual expedida sobre los servicios efectivamente prestados). Solo una expresa cláusula contractual que hubiera contemplado una liquidación final global permitiría mantener esa tesis. Y tal cláusula no existe en este contrato. Por consiguiente, no se trata del ejercicio de la potestad de interpretación del contrato, sino de una situación en la que la Administración contratante, a la vista de las tres últimas facturas emitidas por la contratista, considera que pueden haberse abonado a ésta cantidades no incluidas en el clausulado contractual.

Sin entrar a valorar la consistencia de esta posición de la Mancomunidad, lo cierto es que **la prerrogativa de interpretación del contrato ha de ejercerse durante su ejecución, para resolver las discrepancias** que puedan surgir entre contratante y contratista sobre la aplicación, el sentido o el alcance de alguna o algunas cláusulas contractuales. Pero esa discrepancia no ha existido durante la ejecución del contrato, sino después, cuando ya ha sido ejecutado en su totalidad y se ha extinguido su plazo máximo de duración, encontrándose la Mancomunidad, según la documentación que obra en el expediente, en posición deudora de la contratista.

La decisión de la Mancomunidad de revisar los pagos efectuados a la contratista, por un supuesto pago indebido de ciertas prestaciones, debe canalizarse por un procedimiento específico para determinar si efectivamente aquella incurrió en facturaciones indebidas, y será en ese nuevo procedimiento en el que, en su caso, podrán solicitarse los informes o dictámenes que sean del caso, de modo que los órganos correspondientes puedan pronunciarse en el seno y contexto en que están llamados a surtir efecto. Por lo expuesto, y sin perjuicio de ello, se entiende que procede archivar el presente procedimiento de interpretación contractual.

En este sentido, cabe observar que **la interpretación que se propone no respeta enteramente estas premisas, toda vez que la cuestión objeto de debate se sitúa fuera de las estipulaciones que han servido de base para ejecutar la prestación**, **en la medida en que la consulta se centra en una norma legal cuyos mandatos se aplican de forma sobrevenida al contrato**.

Ciertamente, el **Real Decreto-ley 3/2022** es una norma legal que se aprueba tomando en consideración, como dice su exposición de motivos, "Las excepcionales circunstancias sociales y económicas que ha producido la pandemia desencadenada por el virus SARS-CoV-2 [y que] han repercutido de una manera directa e imprevisible en la ejecución de determinados contratos públicos, sobre todo los de obras, debido al alza extraordinaria e inesperada del coste de determinadas materias primas que resultan necesarias para la ejecución de ciertas obras. Dicha circunstancia extraordinaria, excepcional e imprevisible ha generado que la ejecución de un número significativo de contratos públicos se haya dificultado notablemente, pues los contratistas han visto cómo se alteraba fuertemente y de forma imprevista la economía de

estos contratos por causa de un incremento extraordinario de ciertos costes, incremento que era imprevisible en el momento de la licitación y que excedería del que pueda ser incluido en el riesgo y ventura que el contratista ha de soportar en todo contrato público".

Con todo, y como sucede con cualquier norma, esta también es susceptible de generar problemas de interpretación, para cuya resolución habrá de acudirse a los mecanismos comunes que ofrece de ordinario el ordenamiento jurídico.

En este caso, el debate incide básicamente en los elementos que integran la base del cálculo del incremento de precios que procediere y que implica discernir si el Real Decreto-ley 3/2022 —modificado por el Real Decreto-ley 6/2022— es una norma especial que desplaza las normas generales del mismo ámbito material, como son, el artículo 103.2 de la LCSP y la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, o su interpretación debe englobarlas.

Se puede advertir, entonces, que la resolución de la controversia que está en el centro del debate alcanza una vocación de generalidad, de aplicación plausible a cualesquiera contratos de obra susceptibles de una revisión de precios por la vía del Real Decreto-ley 3/2022, para cuya solución no se precisa acudir a ninguna de las condiciones contractuales que regulan la ejecución de esta concreta obra.

La Comisión entiende que **el ejercicio de la potestad de interpretación en este caso excede los límites de esta prerrogativa**, toda vez que **la Administración contratante actúa aquí como un operador jurídico más resolviendo una consulta legal que, si bien repercutirá en el precio final del contrato, no se suscita a partir de las condiciones que rigen el mismo.**

En este contexto, **no cabe admitir la consulta planteada por el Ayuntamiento de Tolosa** puesto que de la lectura de los artículos 2 y 3 de la LCJAE se concluye que **los supuestos de intervención de la Comisión están legalmente tasados y no son posibles las consultas** —ni, en consecuencia, la intervención— **potestativas**.

ACJA 1/2023 párr. 11 a 25

La Comisión entiende que **el instituto de la responsabilidad patrimonial debe emplearse cuando no existe un procedimiento específico para resolver una concreta cuestión litigiosa**, siempre que concurran los requisitos previstos para accionar de esa manera —de oficio o a instancia de parte—.

En primer lugar, **en el caso que se nos presenta se aprecia una ocupación sin título por parte del ayuntamiento de un bien demanial** —el edificio Ciriza, calificado de dominio público—, **que nos sitúa en el ámbito de una regulación sectorial específica**. Y, en segundo lugar, **la voluntad de la APP [Autoridad Portuaria de Pasaia] es interponer un recurso contencioso-administrativo frente al ayuntamiento**, para lo que lleva a cabo el requerimiento potestativo previsto en el artículo 44 de la LJCA**, sin que, en ningún caso, pretenda un resarcimiento de daños y perjuicios asociado al instituto de responsabilidad patrimonial**, como reitera en su escrito final de alegaciones.

En cuanto a **la primera cuestión, relativa a la existencia de una normativa en cuyo marco ha de encauzarse la resolución de la cuestión en litigio, mencionamos la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas** (en adelante, **LPAP), cuyo artículo 84 requiere la existencia de un título habilitante para la utilización de los bienes y derechos de dominio público**. En su párrafo 1 establece que "Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos". El párrafo 2 se remite, con carácter general, al artículo 41, para determinar las facultades y prerrogativas para evitar la ocupación sin título de esos bienes o la obtención de un aprovechamiento indebido de ellos.

Pero el párrafo 3 del artículo 84 delimita el marco normativo rector de las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público, que se conforma, en primer término, por la legislación especial reguladora de aquellas y, a falta de normas especiales o en caso de insuficiencia de estas, por las disposiciones de la LPAP.

En el ámbito analizado es, además, de aplicación singular el antes citado Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de puertos del Estado y de la marina mercante (TRLPEMM), además de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas y, en su caso, el Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889).

Según el artículo 64.1 de la Ley 22/1988, toda ocupación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre estatal con obras o instalaciones no desmontables estará sujeta a previa concesión otorgada por la Administración del Estado.

De manera más específica, el artículo 73 del TRLPEMM contempla el régimen de utilización del dominio público portuario. En su párrafo 1 dispone que "La utilización del dominio público portuario se regirá por lo establecido en esta ley, en el Reglamento de Explotación y Policía y en las correspondientes Ordenanzas Portuarias, las cuales establecerán las zonas abiertas al uso general y, en su caso, gratuito. En lo no previsto en las anteriores disposiciones será de aplicación la legislación de costas". Y, con arreglo al párrafo 2, "Los usos y actividades que presenten circunstancias de exclusividad, intensidad, peligrosidad o rentabilidad exigirán el otorgamiento de la correspondiente autorización o concesión, con sujeción a lo previsto en esta ley y en los Pliegos de Condiciones Generales que se aprueben, que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado (…)".

El párrafo 3 de ese artículo 73 determina las condiciones para la utilización del dominio público portuario por otras administraciones, cuando sea precisa, incluidas las administraciones de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración Local —como en este caso, en que se trata del Ayuntamiento de Pasaia— o cualquier organismo o entidad dependiente de ellas.

En cuanto a la utilización del dominio público portuario por la Administración local, en el artículo 73.3 se prevén dos supuestos: (I) cuando la normativa autonómica prevea un régimen singular de utilización de bienes demaniales de su titularidad por la Administración General del Estado o sus organismos públicos para su dedicación a un uso o servicio de su competencia. En ese caso, la entidad interesada en su uso solicitará los bienes de dominio público necesarios a la Autoridad Portuaria correspondiente, que autorizará dicha utilización siempre que sea compatible con la normal explotación del puerto y durante el tiempo que sea preciso, para lo que se suscribirá el correspondiente convenio en el que se establecerán las condiciones de la misma, incluyendo las tasas que, en su caso, procedan y los costes que debe asumir dicha entidad; (II) cuando no exista dicha previsión en la normativa autonómica la entidad interesada solicitará el otorgamiento de la correspondiente concesión o autorización, de acuerdo con lo establecido en el TRLPEMM.

El régimen económico de la utilización del dominio público y de la prestación de los servicios portuarios se regula en el capítulo II del título VII del TRLPEMM, y la tasa de ocupación se contempla en la sección 2ª de ese capítulo —artículos 173 a 182 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre (en la sección 1ª se regulan las disposiciones generales de las tasas portuarias, en los artículos 161 a 172)—. En el artículo 169.a) se determinan los supuestos de exención de la tasa de ocupación.

Está por tanto previsto un régimen específico sectorial para la ocupación y utilización de los bienes de dominio público portuario, al que habría de recurrir el Ayuntamiento de Pasaia para, en una primera fase, **dar respuesta al requerimiento de la APP y, posteriormente, en su caso, dirimir ante la jurisdicción contencioso-administrativa el pleito que se entable.**

Es por ello que **no está justificada la manera de proceder del ayuntamiento mediante el inicio unilateral** —al margen del procedimiento elegido por la APP—**de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, con el que ha sorteado la resolución del conflicto que mantiene con la APP por la vía judicial que esta ha decidido emplear, para lo que ha efectuado el requerimiento previo.**

No sirven, a juicio de la Comisión, los argumentos esgrimidos por el ayuntamiento para justificar su decisión —casi a modo de procedimiento de oficio—, alcanzados tras un análisis del fondo del asunto debatido, para concluir que no se trata de un requerimiento. Y ello, sin conocer en detalle la causa judicial que pretende iniciar la APP.

Entiende la Comisión que **tampoco es admisible la aplicación analógica del artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre**, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, a la que apela el ayuntamiento. Se trata de una previsión específica, con un fundamento singular, para los recursos administrativos, cuando se ha producido un error o ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente, para evitar obstaculizar su tramitación, "siempre que se deduzca su verdadero carácter".

Esa previsión de la LPAC no resulta extrapolable a este caso. Además, **no hay duda sobre el tipo de acción que quiere ejercitar la APP,** que no es la de responsabilidad patrimonial de la Administración, **ya que así lo indica expresamente y,** además, **en otro caso, en el trámite de audiencia no habría rechazado la tramitación como procedimiento de ese tipo** ni habría reiterado su voluntad de que se diera respuesta al requerimiento inicialmente realizado.

Ni cabe tampoco asegurar para justificar la opción por el procedimiento de responsabilidad patrimonial, como hace el ayuntamiento fuera de un procedimiento judicial, con una argumentación jurídica exhaustiva y con apoyo en precedentes resoluciones judiciales, que un eventual recurso contencioso-administrativo que pudiera interponer la APP estaría inexorablemente abocado al fracaso porque el enjuiciamiento en esos términos es una facultad atribuida a los órganos judiciales.

Para concluir**, nos encontramos con una reclamación de cantidad del organismo público APP dirigido al Ayuntamiento de Pasaia por la utilización sin título y sin compensación económica de un bien de dominio público** (edificio Ciriza), **que el ayuntamiento ha tramitado, a nuestro entender, erróneamente, como una reclamación de responsabilidad patrimonial.**

ACJA 3/2023 párr. 49 a 65

Así las cosas, para analizar la intervención de la Comisión en la consulta que se nos ha planteado ha de tenerse en cuenta que el proyecto sobre el que versa se fundamenta, según hemos anticipado al describir su contenido, en el artículo 25 de la LCD [Ley 1/2007, de 22 de febrero, de cooperación al desarrollo], titulado "ayudas y subvenciones", que en su apartado 1 expone que:

> 1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi podrá financiar mediante ayudas y subvenciones los programas y proyectos de desarrollo de organizaciones no gubernamentales de desarrollo y otras entidades sin ánimo de lucro que, cumpliendo con lo establecido en el artículo 10 de esta ley (estar inscritos en el Registro de Agentes de Cooperación para el Desarrollo), presenten sus proyectos y programas

> de acuerdo con las previsiones establecidas en el plan director plurianual y en los planes anuales.

Por su parte, su apartado 3 invoca la vía reglamentaria para su concreción, expresando que:

> 3. Por vía reglamentaria se regularán los requisitos de acceso a la financiación pública que deben cumplir los programas y proyectos presentados a convocatorias de ayudas en el ámbito de la cooperación para el desarrollo.

Siendo para ello necesario, según el apartado 4 y 5, que:

> 4. En los programas y proyectos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, la entidad que perciba la financiación pública deberá contar con un socio local en el lugar donde van a ser llevados a cabo. Dicho socio local habrá de tener personalidad jurídica, de conformidad con la legislación aplicable en el país de que se trate, salvo imposibilidad manifiesta.
>
> 5. Las entidades citadas en el párrafo 1 de este artículo deberán tener sede social o delegación y estructura administrativa permanente en la Comunidad Autónoma de Euskadi, que les otorgue capacidad suficiente para la formulación y gestión desde Euskadi de los programas y proyectos financiados con fondos procedentes de las administraciones públicas vascas.

De lo anterior claramente se colige que lo decisivo es que **el decreto proyectado, derivado de la autorización concedida, tiene por objeto establecer las bases subvencionales que han de regir las convocatorias futuras.** Y en el mismo se concretan los requisitos que deben cumplir los programas para que puedan ser objeto de subvención, a la que podrán optar las entidades que cumplan los requisitos establecidos en los artículos 10 y 25.4 y 5 de la LCD.

No se trata por tanto de realizar un desarrollo de la LCD sino de aplicar la encomienda legal acomodándola a los contenidos de la normativa subvencional, que se contienen en el título IV del Texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, y en los preceptos considerados básicos de la Ley 38/2003, general de subvenciones, desarrollada por el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

En este sentido, **el decreto que regula las ayudas a la cooperación al desarrollo no tendría un carácter ejecutivo si no constituye un desarrollo o complemento de la ley sectorial.**

Al respecto, hemos expuesto el contenido del proyecto y del mismo no se aprecia la existencia de desarrollo normativo alguno de la ley sectorial. Los contenidos incluidos se limitan a establecer aspectos organizativos relacionados con las convocatorias y sus vicisitudes.

Más aún**, el vigente Decreto 57/2007**, de 3 de abril, por el que se regulan las ayudas a programas con cargo al Fondo de Cooperación al Desarrollo, **que el proyecto pretende derogar, no fue objeto de informe preceptivo de esta Comisión al entenderse que no nos encontrábamos ante un reglamento ejecutivo.** Ello a pesar de que se promulgó con posterioridad a la entrada en vigor de la LCD y, por tanto, en aplicación de la misma. En el mismo sentido, el Decreto 90/2019, de 18 de junio, por el que se regulan las ayudas a intervenciones de acción humanitaria, basadas en el mismo artículo 35 de la LCD, que establece las bases de las mismas y que tampoco fue objeto de informe por parte de esta Comisión al entenderse que carecía del carácter de reglamento ejecutivo.

Por todo lo anterior, **la Comisión considera que, aunque el proyecto de decreto responde a una previsión contenida en preceptos de normas revestidas de rango legal, no cabe**, sin embargo**, atribuirle carácter de norma reglamentaria de las mismas a los efectos de la intervención preceptiva de este órgano**, **no extensible a disposiciones reglamentarias meramente aplicativas y que no constituyen** materialmente **desarrollo de la norma de la que traen causa, sin perjuicio de que se plasmen en una disposición de carácter general**.

En consecuencia, el proyecto no es subsumible entre las disposiciones reglamentarias que, de acuerdo con el artículo 3.1 de la LCJAE deben ser informadas preceptivamente por la Comisión; por lo que es de aplicación lo dispuesto en los artículos 21 y 28.2.a) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado por el Decreto 167/2006, de 12 de septiembre.

ACJA 7/2023 párr. 55 a 68

La Administración consultante, con el fin de restablecer la legalidad tras la situación creada con la concesión de la licencia, ha optado por acudir a la vía de la revisión de oficio prevista en el artículo 106 de la LPAC, pero esta Comisión considera que, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al acto, no es posible acudir a la vía seleccionada.

Debemos recordar de inicio que, como se viene insistiendo desde esta Comisión, en el campo de la revisión de la actuación administrativa, **el principio general es el de la impugnación de los actos administrativos a través de los recursos administrativos**, frente a los procedimientos de revisión de oficio.

La diferencia viene dada por el carácter extraordinario y especial de esta segunda vía, cuyas normas deben ser interpretadas con carácter restrictivo por estar en juego el principio de seguridad jurídica, al implicar un nuevo debate sobre actos administrativos, pero fuera de los plazos preclusivos normales cuyo transcurso los convierte en firmes. Es en ese contexto, precisamente, donde se inserta y justifica la intervención garantista de los órganos consultivos, en contraposición a lo que ocurre en los recursos administrativos ordinarios, en cuya tramitación no se impone esa participación.

Por ello, para valorar la petición formulada debemos atender en primer lugar si procede **la revisión de oficio** del decreto cuestionado por englobarse entre **los actos administrativos que ponen "fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo**", tal y como exige el artículo 106.1 de la LPAC.

La ley quiere que se trate de actos definitivos en vía administrativa bien porque ponen fin a la susodicha vía (artículo 114 LPAC y artículo 52.2 Ley 7/1985, de 2 de abril) bien porque, siendo susceptibles de recurso administrativo (artículo 112 LPAC), no han sido impugnados. La idea es que el acto no pueda ser sometido a revisión por el cauce ordinario, que no es otro que el recurso administrativo.

En el caso que se examina, no hay duda de que **los vecinos** del nº … del barrio …, **cuya propiedad linda con el cerramiento autorizado por la licencia, interpusieron en plazo el oportuno recurso, pese a no haber recibido notificación alguna** en relación con la misma.

Presentaron hasta tres escritos ante el ayuntamiento —uno de ellos calificado como "recurso de alzada"—, escritos en los que, pese al carácter escueto de los planteamientos que realizan en dos de ellos, ponen de manifiesto claramente la "ilegalidad" que consideran se habría cometido con la concesión de la licencia y solicitan la reconsideración del acto dictado.

No debemos desconocer al respecto **el criterio antiformalista que preside el procedimiento administrativo** —que de forma expresa recoge el artículo 115.2 LPAC en relación a los recursos— y que defiende la jurisprudencia —entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 21 de febrero, 12 de mayo de 1995 y 15 de julio de 1999—.

Argumenta en este sentido con claridad la citada STS de 12 de mayo de 1995 (RJ\3799):

> … es lo cierto que el referido escrito de 16 marzo 1988, en cuanto, de una parte, denuncia la ilegalidad de unas obras realizadas en suelo no urbanizable por no haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 43.2 de la Ley del Suelo - por remisión del artículo 85.1.2.ª- y de otra, anuncia «desde ahora -y para el caso de que continúen las obras- la interposición del recurso contencioso-administrativo correspondiente», no puede merecer otra consideración que la otorgada por la sentencia apelada, dado que, en definitiva, lo único que pretendía es que se deje sin efecto la licencia que amparaba

> dichas obras, y ello aunque no se utilice la expresión «recurso» o no se califique éste de «reposición», pues, como señala la sentencia de esta Sala de 28 octubre 1991 (RJ 1991\8889), los escritos -los actos del administrado- son los que son en razón de su contenido, independientemente de la calificación que se les atribuya. Por otra parte debe recordarse que el recurso de reposición no tiene más finalidad que facilitar a la Administración la posibilidad de rectificar su decisión, evitando, de esta forma, un pronunciamiento adverso, y tal objeto se cumple sobradamente con el escrito de constante referencia en cuanto pone en conocimiento de la Administración Municipal la ilegalidad cometida en el acto de concesión de la licencia que amparaba las obras litigiosas, permitiéndola su rectificación y posibilitando su actuación conforme a la Ley…

No hay duda por tanto que —cuanto menos— **los escritos** presentados los días 20 y 24 de febrero de 2013 ante el ayuntamiento por los vecinos del nº 59 del barrio Geldo **merecen la consideración de recursos de reposición y como tales deben ser tramitados.**

En este entendimiento, el artículo 21.1 de la LPAC exige la resolución expresa de dichos recursos, resolución que —en ausencia de referencia alguna a la misma en el expediente— debemos entender que no ha sido dictada por parte del ayuntamiento.

Desconocemos si ha sido lo establecido en el artículo 124.2 de la LPAC, en relación con el 24.1 de la misma ley —plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de reposición de un mes, transcurrido el cual puede entenderse desestimado el recurso—, **lo que ha llevado al ayuntamiento consultante a entender que el acto ha adquirido firmeza, al menos en vía administrativa**.

Pero con esta interpretación el ayuntamiento no está teniendo en cuenta que lo establecido **en ese artículo únicamente permite al particular reaccionar contra la desestimación presunta del recurso, pero no afecta al deber que impone el artículo 21.1 de la LPAC de resolver —en este caso el recurso— de forma expresa.**

Como plantea con claridad el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de octubre de 2012 (RJ 2012\9921):

> (…) esta Sala viene reiteradamente reconociendo que el silencio de sentido negativo, desde la modificación operada en su regulación por la Ley 4/1999, de 13 de enero y a diferencia del silencio positivo, no se configura como un auténtico acto administrativo sino como una mera ficción legal para que el administrado pueda, previo los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial y superar los efectos de la inactividad de la Administración.
>
> Sin embargo, esta ficción a efectos procesales producida por el transcurso de los plazos legalmente previstos para resolver no supone que sobre la Administración no siga pesando la obligación de dictar resolución expresa por así venirlo impuesto en los artículos 42 y 43.4 b) de la Ley 30/1992, tratándose de una obligación no sometida a ninguna

limitación temporal ni, en el caso de la desestimación por silencio, a vinculación alguna al sentido del mismo.

Expresado en términos del Tribunal Constitucional, **la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos**, deber este que entronca con la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE), así como con los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución (CE) (SSTC 86/1998, de 21 de abril; 71/2001, de 26 de marzo, y 188/2003, de 27 de octubre).

También ha señalado el mismo tribunal que la Administración debe resolver de modo expreso los procedimientos que ante ella se promuevan, y este deber se extiende a la decisión de los recursos, hasta el punto de que puede calificarse como deber institucional desde la perspectiva de la Administración como ente servicial de la comunidad (Auto 332/1982, de 27 de octubre de 1982).

Estando pendientes de resolución los recursos administrativos planteados, no estamos ante un acto definitivo en vía administrativa, por lo que no se cumplen las condiciones que el artículo 106.1 de la LPAC exige para iniciar un procedimiento de revisión de oficio.

Además y como ya se ha adelantado, **la Comisión Jurídica Asesora**, según la LCJAE, **no puede emitir dictámenes potestativos** y la revisión de los actos a través de los recursos administrativos ordinarios que establecen los artículos 112 y siguientes de la LPAC no ha sido sometida por el legislador a la intervención previa y favorable de los órganos consultivos.

ACJA 9/2023 párr. 18 a 35

Para expresar el parecer de la Comisión hace falta recordar, en primer término, que, conforme a su norma de creación, **la intervención de la Comisión tiene carácter tasado** y, por tanto, queda circunscrita a los supuestos legalmente previstos, sin que exista la consulta potestativa.

En, segundo lugar, es preciso tomar en cuentan que en relación con el supuesto legal de intervención previsto en el artículo 3.1.c) de la LCJAE, la Comisión en varios acuerdos (entre otros, acuerdos 7/2023, 11/2021, 4/2019, 6/2019 y 3/2013) ha perfilado su ámbito en el sentido de que la expresión "en desarrollo o ejecución de leyes del Parlamento" se refiere a la categoría del reglamento ejecutivo.

El reglamento ejecutivo, como hemos explicado, "…en la formulación clásica elaborada por el Consejo de Estado (moción de 1962), ha quedado reservada para la figura del reglamento **directa y concretamente ligado a una ley, un artículo o artículos de una ley o de un conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento**. El reglamento ejecutivo es, así, la norma que aborda el desarrollo -como complemento necesario- de una ley previa, que es premisa de su dictado y su falta o separación indebida del contenido de aquella es causa de su ilegalidad (de ahí la importancia del principio de jerarquía)".

En el caso analizado, sin embargo, **aunque sin duda el proyecto de decreto se ubica en el terreno de la LJ** [Ley 2/2022, de 10 de marzo, de juventud] —**participa de sus objetivos, principios rectores e inspiradores**—, **no constituye** —**en el sentido técnico indicado**— **un reglamento ejecutivo de dicha norma legal.**

La parte expositiva traslada que el Programa Emantzipa de ayudas económicas es uno de los proyectos tractores correspondientes al eje "renta" del Plan de Actuación derivado de la Estrategia Vasca 2030 para favorecer la Emancipación Juvenil.

En efecto, tal y como destaca el informe de la Oficina de Control Económico (OCE), "el 18 de mayo de 2022, el Parlamento Vasco celebró un Pleno Monográfico sobre Reto demográfico. Las 72 resoluciones aprobadas fueron incluidas en el documento final de la Estrategia Vasca 2039 para el Reto demográfico que fue aprobada el 21 de junio por el Consejo de Gobierno. Aquella estrategia definió cuatro ejes y 36 actuaciones. El primero de sus ejes se centra en la "Emancipación de las personas jóvenes". El Consejo de Gobierno de 21 de marzo de 2023, dio su aprobación a la Estrategia Vasca 2030 para favorecer la Emancipación Juvenil. Su Plan de actuación se estructura en cinco ejes: empleo (y formación para el empleo), vivienda, renta, cohesión y resiliencia. La misión de esta estrategia es contribuir a reducir la edad media y aumentar las tasas de emancipación apoyando, acelerando y ayudando a sostener procesos de salida del hogar de origen. Su objetivo es contribuir a que en el horizonte de 2030 la tasa de emancipación de las personas jóvenes se aproxime desde el actual 32,9 % al 50 %, nivel en que se sitúa la media de la UE-27 (50,6 %), situándola por debajo de los 28 años".

En suma, el proyecto de norma, en el marco planificador descrito, **implanta una línea de ayudas directas** de 300 euros al mes durante dos años para aquellas personas jóvenes de entre 25 a 29 años, empadronadas en Euskadi, que hayan iniciado o vayan a iniciar un proceso de emancipación y cuya renta anual no supere el nivel de ingresos que fija el programa.

En el marco de la LJ, se observa que **esta contempla diversos instrumentos y medidas para impulsar la política transversal en materia de juventud**. Así, en su artículo 19 prevé la Estrategia Vasca en materia de juventud que "recogerá, de forma coordinada y global, las líneas de intervención y directrices que deben orientar la actividad de las administraciones púbicas vascas en materia de juventud, que tendrán carácter general y serán respetuosas con el marco de competencias de la diferentes administraciones" (apartado 1).

Dicha Estrategia deberá contener "medidas y objetivos concretos para impulsar la autonomía y la

emancipación de las personas jóvenes de acuerdo a las líneas de intervención" que, sin carácter cerrado, lista el artículo 20 de la LJ. En todo caso, siempre deberán priorizarse las líneas que mejor respondan a la evolución de las necesidades y demandas que, en cada periodo, revele el diagnóstico.

Junto a la Estrategia, el artículo 23 de la LJ contempla la Red Vasca para la Emancipación Juvenil, que define como "medio para facilitar el proceso de emancipación a todas las personas jóvenes" y estará integrado por las actividades y servicios que el artículo 9.1.i) atribuye al Gobierno Vasco y los que, con esa misma finalidad, establezcan el resto de administraciones públicas vascas.

Como contenido contingente de la Red Vasca para la Emancipación Juvenil, el citado artículo 23, en su apartado 3 in fine, señala que el Gobierno Vasco puede establecer ayudas para la emancipación juvenil —"Asimismo, tramitará y gestionará las ayudas para la emancipación juvenil que, en su caso, establezca el Gobierno Vasco"—.

A esta previsión de la LJ se anuda el proyecto de decreto sometido a consulta en tanto, según lo expuesto, implementa unas ayudas con esa finalidad de acuerdo con el diagnóstico realizado.

El carácter contingente de las ayudas —y su variabilidad en función de las circunstancias cambiantes a las que debe responder— confirman que la norma que en cada caso las establezca no constituye un reglamento ejecutivo de la LJ.

La propia naturaleza de las medidas de fomento —terreno natural de la acción del ejecutivo— apela a una vinculación a las normas legales principial o finalística. En tanto que herramientas al servicio de la consecución de finalidades generales, su diseño concreto no viene prefigurado en la norma legal; al contrario, aquella vinculación finalista aboga por dejar un amplio margen para que el Gobierno adapte el contenido de la medida a lo que en cada momento resulte más adecuado.

En nuestro reciente Acuerdo 7/2023, en línea de principio —y **sin perjuicio de la existencia de excepciones**—, hemos señalado que **las normas que articulan subvenciones no son reglamentos ejecutivos.**

Como señalamos allí, así lo viene entendiendo el Tribunal Supremo —entre otras, Sentencia 1034/2020, de 17 julio, (rec. 247/2019) o Sentencia 1069/2020, de 21 de julio (rec. 39/2019)—.

En este último pronunciamiento el tribunal señala que "La disposición que es objeto de este litigio no es una norma reglamentaria que desarrolle, complete o ejecute una norma con rango de Ley, sino que se trata una disposición por la que la Administración ejercita la facultad que expresamente le atribuye una norma con rango de Ley en orden al posible establecimiento de ayudas económicas o incentivos, como medidas de

fomento, siendo la retribución un pago finalista que no tiene carácter necesario, más cercana a la potestad tarifaria (determinación de ingresos y costes del sistema eléctrico) que al ejercicio de una potestad reglamentaria en desarrollo de la regulación contenida en la Ley. Por ello, resulta adecuado el paralelismo que a título de ejemplo ofrece el representante procesal de la Administración cuando señala que, a los efectos que estamos examinando, una disposición como la aquí impugnada presenta una naturaleza jurídica análoga a las bases reguladoras de ayudas públicas en forma de subvenciones, que a pesar de su naturaleza reglamentaria no constituyen disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de las leyes.”.

El paralelismo con el asunto sometido a examen es claro y lo confirma el completo informe de la Oficina de Control Económico que, como parámetros para el examen de legalidad de la línea de ayudas, acude a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se prueba el Texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco, o la Ley 39/2015, de 1 de octubre , de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

En conclusión, el proyecto que regula las ayudas al Programa Emantzipa de emancipación juvenil no constituye una disposición reglamentaria dictada por el Gobierno Vasco en desarrollo o ejecución de la LJ, ni es subsumible entre los proyectos de disposiciones que, de acuerdo con el artículo 3.1 de la LCJAE, deben ser informados preceptivamente por la Comisión.

ACJA 11/2023 párr. 16 a 34

II. Parámetros

A) Actos administrativos

Responsabilidad patrimonial

Como en varias ocasiones hemos señalado, con carácter general, **la responsabilidad patrimonial no es el cauce idóneo para reclamar el resarcimiento de daños consecuencia de una actuación expropiatoria**.

La razón de esta consolidada doctrina se explica, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1990 (RJ 1990/3359), según la cual, la expropiación forzosa:

> “… trata de un acto administrativo encaminado directamente a la producción de un despojo patrimonial, teniendo la indemnización la función de sustituir el valor patrimonial del bien expropiado y de cubrir las consecuencias económicas necesarias y directamente derivadas del despojo. Y en la responsabilidad

> de la Administración se está ante el resultado lesivo producido por una actuación administrativa no directamente dirigida a esa finalidad sino a otra distinta. Diferencia institucional que determina la existencia de dos regímenes distintos." Y precisamente por la finalidad del instituto expropiatorio, la normativa que lo regula prevé la compensación por la merma patrimonial que aquella origina a través de un procedimiento regulado en su atención.

Por su parte, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2001 (RJ 2001/3158) establece las pautas para indagar cuál de las dos instituciones es aplicable en cada caso:

> …los perjuicios directamente vinculados a la actuación expropiatoria deben ser objeto de valoración en el expediente de justiprecio, en tanto que aquellos otros que no están vinculados a la actuación expropiatoria deben ser indemnizados, en su caso, por la vía de la responsabilidad patrimonial. Es decir, si suprimida la actuación expropiatoria desaparece el perjuicio éste debe ser justipreciado en el expediente expropiatorio.

En nuestro caso, es de ver que el grueso de los daños alegados se corresponde con conceptos que deben ser objeto —y así lo han sido, aunque la mercantil reclamante discrepe del resultado— de valoración en el seno del procedimiento expropiatorio.

Esto ocurre con el daño que se reclama por (I) lucro cesante por cese de la actividad y reducción de esta, motivada por el periodo de inactividad; (II) coste de traslado y adecuación de las nuevas instalaciones; y (III) mobiliario no retirado de las instalaciones expropiadas.

De acuerdo con la jurisprudencia antes reseñada, **cuantas cuestiones surjan a resultas del proceso expropiatorio, especialmente las referentes a los conceptos indemnizables y su valoración, pertenecen a aquel y deben hacerse valer en el mismo, incluyendo**, si fuere necesario, **la reacción en sede judicial,** tal y como ha sucedido en este caso en el que, como reflejan los hechos, la propiedad de las fincas expropiadas y la mercantil reclamante acudieron a la jurisdicción contenciosa, con el resultado expuesto.

No puede, así, **por la vía de la responsabilidad patrimonial reabrirse el debate sobre el justiprecio que ha mantenido la propiedad y VM en la vía contencioso-administrativa** y que ha motivado, según reflejan los hechos:

a) El dictado por el TSJPV de la Sentencia nº382/2021, de 10 de noviembre de 2021, en la que estima parcialmente el recurso interpuesto por don RRR y doña III contra el acuerdo del JTEF de Gipuzkoa que determinó el justiprecio correspondiente a la finca nº 22 (finca registral 6110), afectada por el Proyecto de Expropiación para Obras Hidráulicas en el río Urumea en el municipio de San Sebastián.

b) El dictado por el TSJPV de la Sentencia nº 68/2022, de 16 de febrero de 2022, en la que estima parcialmente el recurso interpuesto por don RRR y doña III contra el acuerdo del JTEF de Gipuzkoa que determinó el justiprecio correspondiente a la finca nº 21 (finca registral 15144), afectada por el Proyecto de Expropiación para Obras Hidráulicas en el río Urumea en el municipio de San Sebastián.

La pretensión de obtener ahora una indemnización autónoma —sobre una supuesta entrada ilegal—, que habría de añadirse a los justiprecios fijados durante el procedimiento expropiatorio, **resulta de todo punto improcedente** puesto que claramente se trata de perjuicios vinculados a la expropiación que han sido allí valorados —con las correcciones introducidas en las sentencias citadas—.

DCJA 1/2023 párr. 101 a 108

Hemos de recordar **que la víctima directa del daño supuestamente originado por el funcionamiento del servicio público no es un particular**, tercero frente a la Administración**, sino que se trata precisamente de una empleada vinculada a aquella por una relación de sujeción especial, dotada de un estatus jurídico propio**. La caída se produce cuando doña EEE acude a su puesto de trabajo y entiende la reclamante que está motivada por el incumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales.

En estos casos, es criterio asentado en esta Comisión (entre otros, dictámenes 116/2007, 76/2008, 221/2012, 61/2017, 143/2017, 14/2018 y 133/2019), apoyado en la jurisprudencia, que cuando los hechos en que se fundamenta la reclamación se producen en el ejercicio y con ocasión de la actividad laboral, las reclamaciones se han de sustanciar en el seno de la relación jurídica que vincula al empleado con la Administración, salvo que no exista una vía específica o cuando el daño ocasionado sea de tal magnitud que los sistemas objetivados por el legislador para indemnizar el daño —v.gr.: sistema de protección social, pensiones, etc.— no permitan alcanzar el objetivo último de la indemnidad —examen que ha de hacerse caso por caso—.

Existiendo una vía de reparación específica, los perjudicados no tienen un derecho de opción a favor de esta o del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial ya que, como venimos reiterando, siguiendo también la doctrina del Consejo de Estado**, los daños y perjuicios generados en el desenvolvimiento de concretas relaciones jurídicas deben indemnizarse en el seno de las mismas siempre que ello sea posible**. Esta doctrina tiene como límite el supuesto en el que la relación jurídica de que se trate no prevea indemnizar el daño, excluya a ciertos perjudicados o resarza de manera notoriamente insuficiente.

Con arreglo a esa doctrina, **es preciso atender las concretas circunstancias concurrentes**

en cada caso, analizando cuál es la fundamentación del resarcimiento que se solicita y el amparo que la reclamación pueda encontrar en la relación jurídica que une a la reclamante y a la Administración. No debe olvidarse que, teniendo en cuenta la multiplicidad de supuestos que pueden darse, **este análisis puede llevar en ocasiones a la valoración de la existencia de la responsabilidad extracontractual.**

Pero, en el caso planteado, el "supuesto funcionamiento anormal del servicio" se identifica con el incumplimiento del deber de la Administración municipal de garantizar la seguridad de las y los trabajadores, al no haber adoptado las medidas precisas para evitar las caídas en la rampa del acceso a las oficinas, "a pesar de las reiteradas denuncias verbales". Argumento que el escrito de alegaciones concreta en el incumplimiento de las medidas fijadas en el informe municipal de evaluación de riesgos.

En el mismo sentido, en coherencia con los hechos y fundamento de la reclamación, la instrucción realizada se centra en examinar el cumplimiento del Informe de identificación y evaluación de riesgos laborales correspondiente a las dependencias municipales en las que tuvo lugar la caída.

En suma, no hay duda de que la reclamación está vinculada con el derecho a recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo que el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, (artículo 14.l) reconoce a los empleados públicos. Y ello nos remite al marco legal al que se encuentra sometida la Administración en su consideración de empleadora, hoy básicamente contenido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), tal y como dispone su artículo 3.

El artículo 14.1 de dicha ley establece el derecho de los trabajadores a una protección en materia de seguridad y salud, con el correlativo deber del empresario de protegerlos frente a los diferentes riesgos; dicho deber, según establece el mismo artículo, alcanza a las administraciones públicas respecto del personal a su servicio. También estas deben, por ello, cumplir diversas obligaciones de carácter preventivo para evitar que se materialicen los riesgos profesionales.

En este caso, por tanto, l**o que se reprocha a la Administración no es una actuación como poder público en ejercicio de sus potestades públicas, sino como empleadora de la persona accidentada**. Siendo así, el fundamento de la reclamación es el supuesto incumplimiento "contractual" o "materialmente contractual" del empresario —Administración Pública en este caso— del conjunto de obligaciones que se activan —en el ámbito de la protección de la salud y la seguridad— con el contrato de trabajo o con el nombramiento de funcionaria.

Resulta ilustrativa en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) nº 2055/2021, de 5 de mayo, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina; sentencia dictada en un procedimiento en el que se había declarado previamente la falta de competencia de la jurisdicción social para conocer la demanda, remitiendo a las partes a la

jurisdicción contencioso- administrativa.

A pesar de tratarse de supuestos de hecho distintos —por tratarse en aquel caso de una reclamación fundamentada en una situación de acoso— la argumentación de la sentencia resulta trasladable al caso pues, tal y como recoge su FJ 3º, "La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si es competente el orden social de la jurisdicción para conocer de demanda en la que interesa la responsabilidad por los daños sufridos por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales psicosociales, invocándose la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (sin tratarse de proceso de tutela de derechos fundamentales), siendo el demandante funcionario público".

Refiere así la sentencia, con cita de otras previas, que la distribución competencial ha variado tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y que, "Consecuentemente, es de aplicar lo dispuesto en el art. 2-e) de la LJS que atribuye la competencia a esta jurisdicción cuando se trata de controlar judicialmente el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, incluida la reparación de los daños causados por ese concepto".

Y justifica su criterio en estos términos:

> Desde la perspectiva de la finalidad de la ley, el propio preámbulo de la LRJS, al referirse a la materia de prevención de riesgos laborales es claro cuando señala esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial o estatutaria o laboral.

Cita esta misma sentencia el Auto nº 12/2019, de 6 de mayo, de la Sala de conflictos de competencia del Tribunal Supremo, que insiste en la misma idea: "la nueva perspectiva introducida por la LRJS, que racionaliza la competencia en el ámbito de las relaciones laborales, permite afirmar que compete a la jurisdicción social cualquier impugnación frente a la actuación de las Administraciones Públicas en materia de prevención de riesgos laborales, aunque el afectado sea un funcionario público, según el art. 2. e) LRJS".

Y añade así —con cita de la STS (Sala Cuarta) de 1 de marzo de 2018 (RCUD 1422/2016)— que resulta "admisible el conocimiento por los órganos del orden social de las demandas de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo o enfermedad profesional sufridos por un funcionario

de carrera cuando su fundamento sea la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales".

En los mismos términos se pronuncia, en la jurisdicción contencioso administrativa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia nº 1675/2022, de 5 de mayo (Recurso de apelación 669/2022), ante un caso de inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por empleada pública que habría sufrido una caída en su puesto de trabajo:

> Por tanto, de forma clara, la parte actora ejercita la acción de responsabilidad patrimonial frente a la Administración Pública fundada en el incumplimiento de la deuda de seguridad que, como empleadora, tiene frente a sus empleados, en este caso, la actora, funcionaria de dicha Administración, obligación inserta en la relación estatutaria, considerando que ha existido una omisión negligente en el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad de las instalaciones donde presta sus servicios la actora.
>
> (….)
>
> No estamos, pues, ante la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ante un particular, cuya competencia se atribuye con carácter general a la jurisdicción contencioso administrativa en el art. 2, apartado e) de la LRJCA, sino ante la excepción que establece el art. 3 de esta norma, que en el punto a) excluye las cuestiones expresamente atribuidas al orden jurisdiccional social, aunque estén relacionadas con la actividad de la administración pública.

Si bien no puede negarse que hay casos en los que deslindar la responsabilidad contractual y la extracontractual resulta complicado, **la Comisión considera que el planteado**, al igual que el resuelto en la última sentencia trascrita, **se refiere al incumplimiento de la deuda de seguridad que tiene la Administración, como empleadora, frente a sus empleados.**

Esta conclusión se aprecia con claridad puesto que **el examen ha de partir de la relación estatutaria que vincula a doña EEE con la Administración, ya que es ahí donde se ubica íntegramente el daño alegado derivado de un accidente de trabajo producido por el supuesto incumplimiento de los deberes de prevención del empresario.**

Por ello, siendo el descrito el vigente marco legal, el Ayuntamiento de San Sebastián debería haber tomado en cuenta, desde el momento en que se presentó la reclamación, las circunstancias del caso y atender a la naturaleza de lo instado: la reparación de un daño ocasionado por el supuesto incumplimiento de la deuda de seguridad —inserta en la relación estatutaria— cuya valoración debe realizarse a la luz de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Dicho examen no es el propio de la responsabilidad patrimonial de las administracio-

nes públicas, ni corresponde revisar lo resuelto por la Administración a la jurisdicción contencioso-administrativa, sino a la jurisdicción social —en los términos expuestos—.

DCJA 15/2023 párr. 34 a 53

El instituto de la responsabilidad patrimonial no es cauce idóneo para evaluar en abstracto y sin referencia a unos hechos concretos cómo se ejercita el control administrativo respecto del cumplimiento de la normativa aplicable por los salones de juego de …. En sede de responsabilidad patrimonial ha de analizarse el funcionamiento del servicio público concernido para comprobar si ha ocasionado el daño reclamado en atención a unos hechos concretos.

DCJA 89/2023 párr. 41 a 41

Esta Comisión ha tenido ocasión de analizar en más de una ocasión —por todos dictámenes 212/2019 y 29/2018— reclamaciones de responsabilidad patrimonial vinculadas al reintegro de gastos médicos y **viene distinguiendo, como jurisprudencialmente se hace, el reintegro de gastos médicos**, cuya procedencia se valora con arreglo a lo que dispone el citado real decreto, **y la responsabilidad patrimonial de la Administración,** que ha de apreciarse **en los supuestos en que concurra un defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios,** siempre que se acredite que ha sido el causante de los daños cuya reparación se pretende (**aunque**, en ocasiones, **esa reparación consista en el abono de los gastos médicos en que ha podido concurrir la persona perjudicada**).

También refiere en sus dictámenes la Comisión —con cita de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 19 de enero de 2006 JUR 2008\54219— que la jurisprudencia viene admitiendo que la solicitud de un reintegro de gastos en el orden social no excluye una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración con base en el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, siempre que se acredite que el mismo se ha producido y que ha sido el causante de los daños cuya reparación se pretende.

Ahora bien, **en las ocasiones en las que la Comisión ha dictaminado, las reclamaciones** presentadas **planteaban, no solo una solicitud de resarcimiento de gastos médicos, sino que incluían otro tipo de reclamaciones**, bien sea por daños morales —en la mayor parte de los casos— o por mala praxis.

No parece ser ese el planteamiento de la reclamación que nos ocupa pues, tal y como ha quedado recogido a lo largo del expediente, resulta evidente **que la exclusiva pretensión de la reclamante no es otra que el reintegro**, por parte de la Administración sanitaria, **de los gastos en que ha incurrido** como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en la CI, consistentes **en el abono de la intervención quirúrgica que se le practicó** en dicho centro sanitario.

No debemos olvidar que la reclamante presenta un escrito inicial ante el Servicio de Atención al Paciente de la OSI … en el que solicita el reintegro de los gastos correspondientes a la intervención quirúrgica realizada, sin que el expediente refiera circunstancia alguna que justifique la no tramitación de dicha solicitud como un expediente de reintegro de gastos médicos.

En el escrito de alegaciones reitera dicha solicitud y el segundo informe de la Inspección Médica también refiere la posibilidad de tramitar por esa vía la reclamación presentada.

Con estos antecedentes, esta Comisión considera que **la reclamación presentada** por doña MMM **debía haber sido ser tramitada por el procedimiento específico para el reintegro de los gastos médicos previsto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.**

En dicho procedimiento no resulta preceptiva la intervención de esta Comisión y por ello resultaría improcedente la consulta planteada por Osakidetza puesto que, de la lectura de los artículos 2 y 3 de la LCJAE, se concluye que **los supuestos de intervención de la Comisión están legalmente tasados y no son posibles las consultas** —ni, en consecuencia, la intervención— **potestativas**.

DCJA 116/2023 párr. 22 a 29

B) Disposiciones Generales

Proyectos de normas reglamentarias

La parte del proyecto sometido a nuestra consideración que procede a la modificación de los Decretos 87/1984, de 20 de febrero, 92/2007, de 29 de mayo y 203/2015, de 27 de octubre, **encaja sin problema en el ámbito de intervención de la Comisión.**

Siendo decretos dictados en desarrollo de la legislación autonómica en la materia, el informe de la Comisión resulta preceptivo conforme a lo establecido en el apartado c) del artículo 3.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE).

Por su parte, **las órdenes objeto de modificación** son la Orden de 29 de abril de 2009, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se desarrollan determinados preceptos del Decreto 92/2007, de 29 de mayo, por el que se regula el ejercicio de determinadas actividades de las EPSV, y la Orden de 19 de julio de 2016, del Consejero de Hacienda y Finanzas, por la que se regula la organización y el funcionamiento del Fichero General de Socios de las EPSV, dictada esta segunda en desarrollo del artículo 91 del Decreto 203/2015, de 27 de octubre.

Se trata, por tanto, de órdenes que **no han sido dictadas en desarrollo directo de la normativa de rango legal en la materia, sino de desarrollos reglamentarios de segundo nivel, no subsumibles entre las disposiciones reglamentarias que**, de acuerdo con en el mencionado apartado c) del artículo 3.1 de la LCJAE, **exigen nuestro dictamen.**

Nos hallamos con ello ante un supuesto singular de consulta, dado que la LCJAE no contempla expresamente la emisión de un **dictamen parcial**, relativo solo a determinados contenidos de una disposición normativa sometida a su consulta.

Pero, al mismo tiempo, **es doctrina reiterada de esta Comisión que los supuestos de intervención están legalmente tasados y no son posibles las consultas** —ni, en consecuencia, la intervención— **potestativas.**

Por ello, **el dictamen se limitará a analizar las modificaciones de los Decretos** 87/1984, de 20 de febrero, 92/2007, de 29 de mayo, y 203/2015, de 27 de octubre, **sin entrar a valorar aquel contenido del proyecto de decreto consistente en la modificación de órdenes del consejero competente en materia de EPSV**.

DCJA 192/2023 párr. 23 a 29

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO

I. Cláusulas interpretativas del sistema de fuentes

El procedimiento para el acceso a la información pública se califica en el **artículo 33.1** del anteproyecto **como especial**, y **se rige por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por la normativa que regula el procedimiento administrativo común** de las administraciones públicas.

Pese a constituir una regla interpretativa correcta que deben seguir los operadores jurídicos, su propia enunciación, como norma jurídica, sobre el valor supletorio de la norma estatal, debe ser evitado, porque no está en manos del legislador autonómico declarar tal supletoriedad, establecida con carácter general por el artículo 149.3 de la CE.

La supletoriedad debe extraerse por el intérprete, sin que pueda ser impuesta por el normador, y la misma dependerá de las reglas que rigen la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, en este caso en materia de procedimientos especiales ratione materiae, y, en particular, de lo dispuesto en los artículos 1.2 y 129.4, párrafo segundo, de la LPAC, que permiten introducir trámites adicionales o distintos a los contemplados en la LPAC para la producción de actos administrativos, con determinadas condiciones.

Es decir, la LPAC es de aplicación directa, pero puede ser desplazada en lo que resulte incompatible con la regulación establecida ratione materiae por la Comunidad Autónoma.

Baste recordar que, como declaró la STC 55/2018, de 24 de mayo:

> Los incisos controvertidos del artículo 1.2 establecen que las Comunidades Autónomas y el propio Estado, cuando regulen procedimientos administrativos especiales en el marco de sus respectivos títulos competenciales, deberán utilizar instrumentos de rango legal con carácter general. Vienen a confiar las regulaciones procedimentales a la ley y, en su caso, a las normas gubernamentales con rango de ley. Ello supone, ciertamente, una limitación de la capacidad de autoorganización de las Comunidades Autónomas. Ahora bien, las Comunidades Autónomas conservan la capacidad de optar entre los instrumentos legal y reglamentario en una serie no desdeñable de aspectos: órganos competentes, plazos, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar. A su vez, los incisos controvertidos se limitan en este caso a desarrollar una reserva de ley que ya opera por virtud de la Constitución.
>
> El artículo 105 c) CE dispone que la ley regulará «el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos». Efectúa así una «reserva de ley» auténtica

o propia [STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 5, refiriéndose al artículo 105 c) CE] como «garantía instrumental» del principio democrático (STC 107/2015, de 28 de mayo, FFJJ 2 y 3, refiriéndose a otra reserva de ley igualmente establecida en la Constitución). Se trata con ello de que las administraciones públicas ejerzan sus potestades con arreglo a procedimientos esencialmente determinados por las cámaras legislativas o, al menos, por normas gubernamentales con rango legal (decreto-ley y decreto legislativo).

A la vista de todo ello, cabe apreciar que los incisos controvertidos del artículo 1.2 de la Ley 39/2015 inciden legítimamente en la capacidad organizativa de las Comunidades Autónomas para evitar la proliferación de regulaciones procedimentales con legitimidad democrática de segundo grado y dotar de un régimen más estable y trasparente a los procedimientos administrativos, todo ello en desarrollo de una garantía constitucional [art. 105 c) CE]. Hay pues «razones constitucionales» [STC 41/2016, FJ 7 c)] que justifican la reserva de ley establecida.

DCJA 179/2023 párr. 330 a 334

II. Delegación legislativa

Antes de examinar el contenido del proyecto de decreto legislativo hemos de detenernos en la **discrepancia manifestada por el Departamento de Educación**, competente en la materia sobre la que versa aquel —según hemos expuesto en el apartado del dictamen correspondiente al procedimiento de elaboración—, **acerca de la conveniencia de utilizar el instrumento normativo del texto refundido, que,** en cualquier caso, en su opinión, **debería modificar o incluir otros nuevos contenidos actualizados en la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco**, que considera "obsoleta", por las razones que detalla.

En relación con esa cuestión, partimos de que el dictado del proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ahora informado, responde, según se ha apuntado, a la expresa delegación legislativa efectuada al Gobierno Vasco por el Parlamento en la disposición final segunda de la LPEDG, que tiene el siguiente tenor literal:

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.- "Ley de bases y delegación legislativa al Gobierno para actualizar y armonizar la versión en euskera de determinadas leyes".

1.- Se delega al Gobierno para que, en un plazo no superior a un año desde la entrada en vigor de esta ley, y de conformidad con lo previsto en el artículo 52.3 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno, apruebe normas con rango de ley que procedan a actualizar, clarificar, regularizar y armonizar la versión en euskera de las siguientes leyes:

- Ley 1/1980, de 23 de mayo, de Sede de las Instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

- Ley 16/1983, de 27 de julio, sobre Régimen Jurídico del Instituto Vasco de Administración Pública.

- Ley 8/1983, de 14 de abril, sobre el Himno Oficial de Euskadi.

- Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca.

- Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

- Ley 4/1997, de 30 de mayo, de reconocimiento de la Universidad "Mondragon Unibertsitatea".

2.- La labor de regularización y armonización se limitará en este caso, a actualizar y homogeneizar la terminología y el lenguaje técnico empleados en la versión en euskara de dichas leyes, respetando íntegramente el contenido y la literalidad estricta de la versión en castellano, y de forma que el texto bilingüe se atenga estrictamente al sentido original de la disposición, sin alterarlo ni modificarlo, en absoluto respeto de la más estricta equivalencia lingüística de ambas versiones.

3.- La labor de regularización y armonización se llevará a cabo, de conformidad con los principios y criterios comúnmente empleados en materia de euskara técnico-jurídico y para garantizar la más estricta equivalencia, entre ambas versiones lingüísticas de los textos jurídicos, mediante el asesoramiento especializado correspondiente y recabando a tal efecto la opinión del Servicio Oficial de Traductores sobre el texto refundido.

4.- El Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco podrán establecer mediante convenio un espacio digital compartido para la publicación de leyes y textos consolidados, en el que se darán a conocer todas las versiones de las modificaciones de la ley en las dos lenguas oficiales, y se indicará si está derogada o no. Asimismo, se podrá indicar cualquier otra información jurídica que se considere oportuna.

La expresa delegación efectuada en esos términos **permite al Gobierno llevar a cabo una labor de regularización y armonización que se ciñe** exclusivamente a actualizar y homogeneizar **la terminología y el lenguaje técnico empleados en la versión en euskera de las leyes que indica**, entre la que se encuentra la que es objeto del proyecto que examinamos. Pero le obliga a respetar íntegramente el contenido y la literalidad estricta de la versión en castellano, y el ajuste estricto del texto bilingüe al sentido original de la disposición, sin que

pueda introducir modificaciones.

Desde esa perspectiva, no le falta razón al órgano promotor de la iniciativa, cuando, al valorar las alegaciones del Departamento de Educación, señala que en este proyecto el Gobierno no puede dotar de una nueva regulación a la señalada Ley 2/1993. En efecto, le está vedado alterar o modificar el contenido sustantivo de esa norma.

No obstante, cabe puntualizar que **esa habilitación parlamentaria al Gobierno** para que efectúe la labor especificada, ajustándose a los términos y en el plazo determinados por el Parlamento, **no conlleva un mandato de actuación que aquel esté compelido a cumplimentar inexcusablemente.**

Es decir, tal habilitación no priva al Gobierno de su facultad de decidir, conforme a criterios de oportunidad y seguridad jurídicas, declinar, en su caso, llevarla a efecto. Solo se condiciona su ejercicio a los términos y plazo establecidos por el Parlamento, fuera de los que estaría deslegitimada una actuación del Gobierno en esa materia.

En consideración a lo anterior, a juicio de la **Comisión resulta razonable valorar la oportunidad de aprobar ahora un texto refundido de la Ley 2/1993,** de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco, **para dar cumplimiento en plazo a la habilitación efectuada en la disposición final segunda de la LPEDG, cuando**, según el Departamento de Educación, **existen razones solventes para modificar el contenido de esa ley con el fin de adaptarlo a la normativa actualmente en vigor** —y ello con independencia de que no figure en el calendario normativo para 2023, como advierte el órgano instructor del procedimiento—.

En atención a la necesidad de ajustar al marco normativo actual sustantivamente la Ley 2/1993, advertida por el departamento competente en la materia concernida, **parece**, en principio, **más apropiado, en aras de la seguridad jurídica, planificar y proceder a su modificación, al margen de la disposición final segunda de la LPEDG, para lograr, así,** incorporar al ordenamiento jurídico **una norma completa y actualizada en contenidos y en terminología en su modalidad bilingüe.** En consecuencia, sometemos a la consideración del órgano promotor de la iniciativa que pondere esa alternativa.

DCJA 123/2023 párr. 41 a 48

Antes de examinar el contenido del proyecto de decreto legislativo hemos de detenernos en el análisis **de la discrepancia manifestada por el Departamento de Educación**, competente en la materia sobre la que versa aquel —según hemos expuesto en el apartado del dictamen

correspondiente al procedimiento de elaboración**—, acerca de la idoneidad de la tramitación del decreto legislativo en este momento, cuando se encuentra en trámite en el Parlamento Vasco el proyecto de Ley Vasca de Educación. Ese proyecto contempla la derogación de la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca**, y su aprobación se prevé en pocos meses.

En relación con esa cuestión partimos de que el dictado del proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Escuela Pública Vasca, ahora informado, responde, según se ha apuntado, a la expresa delegación legislativa efectuada al Gobierno Vasco por el Parlamento en la disposición final segunda de la LPEDG, que tiene el siguiente tenor literal:

> DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.- "Ley de bases y delegación legislativa al Gobierno para actualizar y armonizar la versión en euskera de determinadas leyes".
>
> 1.- Se delega al Gobierno para que, en un plazo no superior a un año desde la entrada en vigor de esta ley, y de conformidad con lo previsto en el artículo 52.3 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno, apruebe normas con rango de ley que procedan a actualizar, clarificar, regularizar y armonizar la versión en euskera de las siguientes leyes:
>
> - Ley 1/1980, de 23 de mayo, de Sede de las Instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
>
> - Ley 16/1983, de 27 de julio, sobre Régimen Jurídico del Instituto Vasco de Administración Pública.
>
> - Ley 8/1983, de 14 de abril, sobre el Himno Oficial de Euskadi.
>
> - Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca.
>
> - Ley 2/1993, de 19 de febrero, de Cuerpos Docentes de la Enseñanza no Universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
>
> - Ley 4/1997, de 30 de mayo, de reconocimiento de la Universidad "Mondragon Unibertsitatea".
>
> 2.- La labor de regularización y armonización se limitará en este caso, a actualizar y homogeneizar la terminología y el lenguaje técnico empleados en la versión en euskara de dichas leyes, respetando íntegramente el contenido y la literalidad estricta de la versión en castellano, y de forma que el texto bilingüe se atenga estrictamente al sentido origi-

nal de la disposición, sin alterarlo ni modificarlo, en absoluto respeto de la más estricta equivalencia lingüística de ambas versiones.

3.- La labor de regularización y armonización se llevará a cabo, de conformidad con los principios y criterios comúnmente empleados en materia de euskara técnico-jurídico y para garantizar la más estricta equivalencia, entre ambas versiones lingüísticas de los textos jurídicos, mediante el asesoramiento especializado correspondiente y recabando a tal efecto la opinión del Servicio Oficial de Traductores sobre el texto refundido.

4.- El Parlamento Vasco y el Gobierno Vasco podrán establecer mediante convenio un espacio digital compartido para la publicación de leyes y textos consolidados, en el que se darán a conocer todas las versiones de las modificaciones de la ley en las dos lenguas oficiales, y se indicará si está derogada o no. Asimismo, se podrá indicar cualquier otra información jurídica que se considere oportuna.

La expresa delegación efectuada en esos términos permite al Gobierno llevar a cabo una labor de regularización y armonización normativas, que se ciñe exclusivamente a actualizar y homogeneizar la terminología y el lenguaje técnico empleados en la versión en euskera de las leyes que indica, entre las que se encuentra la que es objeto del proyecto que examinamos. Pero le obliga a respetar íntegramente el contenido y la literalidad estricta de la versión en castellano, y el ajuste estricto del texto bilingüe al sentido original de la disposición, sin que pueda introducir modificaciones.

Dicho lo anterior**, en relación con la respuesta ofrecida por el órgano promotor** de la iniciativa a la cuestión planteada por el Departamento de Educación —en el sentido **de que se trata de un mandato parlamentario de obligado cumplimiento**—, cabe puntualizar que**, tal y como está formulada esa habilitación parlamentaria al Gobierno para que efectúe la labor especificada**, en los términos y en el plazo predeterminados en sede parlamentaria**, no puede concluirse que conlleva un mandato de actuación que aquel esté compelido a cumplimentar inexcusablemente**.

Es decir**, tal habilitación**, en este caso**, faculta al Gobierno para proceder en la manera en ella indicada, pero no le priva de su facultad de declinar su cumplimentación, en su caso, conforme a criterios de oportunidad y seguridad jurídicas**. Solo se condiciona su ejercicio a los términos y plazo establecidos por el Parlamento, fuera de los que estaría deslegitimada una actuación del Gobierno en esa materia.

En atención a que no cabe confundir el mandato parlamentario y la habilitación o delegación legislativa por parte del Parlamento al Gobierno, **así como a la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley Vasca de Educación, será el Consejo de Gobierno el que deba sopesar las circunstancias descritas en relación con la iniciativa**.

DCJA 124/2023 párr. 35 a 41

III. Ley

A) Congelación de rango

La amplia extensión del articulado permite al promotor de la iniciativa compaginar preceptos claramente principialistas o programáticos con otros que contienen una evidente virtualidad jurídica. Estos últimos poseen, en ocasiones, un grado de detalle que merece ser observado.

Como es sabido, en nuestro ordenamiento, si bien hay materias que solo la ley puede regular —que se cobijan bajo la denominada "reserva material de ley"—, no hay, en cambio, ninguna materia u objeto vedados a la ley. Sin embargo, ello no obsta para que tradicionalmente existan ámbitos cuya regulación sea preferible diferir al reglamento, por tratarse de aspectos susceptibles de requerir ajustes y adaptaciones frecuentes —así, las cuestiones organizativas, procedimentales, determinadas actividades de fomento, etc.— que conviene dejar en manos del poder ejecutivo, cuya forma de producir normas resulta, en general, más ágil.

Al examinar el articulado **se identifican los casos más llamativos de elevación de rango para los que no es fácil descubrir la razón de tal decisión y cuyo efecto más relevante se presentará cuando se pretendan modificar, dado que requerirán para ello una norma del mismo rango legal**.

Desde esta perspectiva**, sería recomendable sopesar el criterio utilizado** para extender el rango legal a contenidos actualmente regulados por normas reglamentarias y, de no responder a una razón de peso, evitar su incorporación al anteproyecto.

Tres son los beneficios que se extraerán de la depuración que se propone. Por un lado, **se ganará desde el punto de vista sistemático; de otro, el texto obtendrá una mayor claridad y precisión, facilitando su comprensión y aplicación. Por último, se evitará la rigidez que implica la congelación de rango** con respecto a aquellos extremos que normalmente requieren mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios y cuyo lugar natural se halla en las normas reglamentarias.

DCJA 61/2023 párr. 188 a 192

B) Deslegalización

Del contenido del título III prestamos especial atención a **la regulación del índice corrector** abordada en el artículo 35 del proyecto de Reglamento, que tiene como referencias legales obligadas el artículo 36 y la disposición final tercera.1.c) de la LSVGII [Ley 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema vasco de garantía de ingresos y para la inclusión].

Por un lado, el artículo 35 del Reglamento aplica la facultad de deslegalización que le brinda la LSVGII en los términos transcritos, reduciendo a la baja el porcentaje aplicable, del 15 % al 12 %, una decisión explicada y tratada con suficiencia en la memoria económica, en la memoria de impacto normativo y en la memoria final de respuesta a las alegaciones, respondiendo singularmente a las objeciones planteadas por la OCE.

Como ya se dijo en el Dictamen 51/2022, citado anteriormente, "…**la delimitación del ámbito de la potestad reglamentaria ampliado por la deslegalización ha de realizarse de manera precisa y expresa, mediante límites concretos, que salvaguarden el principio de legalidad**". Esta pauta se hace patente en la disposición final tercera.1.c) de la LSVGII, limitando la deslegalización a la cuantía del porcentaje del índice corrector que fijaba la ley.

El órgano promotor razona, sin embargo, que también se acomoda a la deslegalización modular la base del cálculo que el artículo 36 de la LSVGII configura exclusivamente por remisión a su artículo 35, en el que se regula la determinación de la cuantía, y modifica sus reglas excluyendo del cómputo los complementos vinculados a las características de la unidad de convivencia.

Sin prejuzgar la bondad de las explicaciones ofrecidas en el expediente, **no vemos admisible una interpretación de tal cariz, que no responde ni a la letra ni a los límites que el uso de esta técnica impone. El cambio introducido no discurre por los cauces razonables del desarrollo reglamentario, sino que altera la previsión legal** cambiando un aspecto cerrado y sustancial de aquella.

DCJA 160/2023 párr. 181 a 185

C) Lex repetitae

El Tribunal Constitucional ha afrontado desde sus inicios **el problema de la reproducción parcial de unas normas del ordenamiento por otras inferiores en jerarquía o pertenecientes a un subsistema diferente**. En palabras del propio Tribunal (STC 51/2019), "se trata de una técnica normativa que, a pesar de ser propicia en el marco de un Estado compuesto, con múltiples centros de emanación de disposiciones normativas, encierra algunos peligros con relevancia constitucional".

Aunque sea de forma somera, resulta de interés, a efectos del presente dictamen, abordar un repaso de la **doctrina del Tribunal Constitucional** respecto a esta concreta cuestión.

Ya en sus orígenes, el Tribunal Constitucional (STC 40/1981, de 18 de diciembre, FJ 1.c) se refería a la citada técnica y advertía de los inconvenientes de su utilización.

Posteriormente, la exposición sintética de su doctrina la abordó el Tribunal en la STC 341/2005, de 21 de diciembre, en la que se hizo un esfuerzo por sistematizar los supuestos de reproducción.

Con cita de las SSTC 162/1996, de 17 de octubre (FJ 3), y 150/1998, de 2 de julio (FJ 4), el Tribunal Constitucional señaló que "…no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 y 164/1995)", pero ello no le impide advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por su inadecuación al sistema de fuentes configurado en la Constitución o porque pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía.

Entre tales prácticas legislativas se encuentran: la reproducción por ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983, FJ 23); la reproducción de normas básicas por la ley autonómica (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas); o la reproducción por ley ordinaria de preceptos orgánicos.

Mucho más próxima en el tiempo, la STC 51/2019, de 11 de abril de 2019, viene a recordar que las dificultades constatadas con la utilización de la técnica en cuestión se han dado en la reproducción de prescripciones literales de la Constitución por parte del legislador ordinario, pero, sobre todo, han surgido en las relaciones entre la normativa estatal y la autonómica, que el Tribunal ha analizado desde el punto de vista competencial, y no desde la perspectiva de su calidad técnica normativa, por quedar esta última al margen de su jurisdicción.

Afirma así el Tribunal Constitucional:

> En este ámbito, los problemas competenciales de repetición de contenidos normativos han aparecido tanto en relación con competencias exclusivas del Estado como en relación con competencias de carácter básico. Es el caso, dentro de las primeras, de materias como la legislación penal y procesal ex art. 149.1.6 CE (SSTC 162/1996, de 17 de octubre, FFJJ 3 y 4, y 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8, respectivamente), la legislación laboral, según dispone el art. 149.1.7 CE (STC 159/2016, de 22 de septiembre, FFJJ 3 y 4), o la legislación civil, conforme al art. 149.1.8 CE (SSTC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, y 150/1998, de 2 de julio, FJ 4). En este tipo de competencias normativas exclusivas hemos sostenido con contundencia que «la reproducción de normas estatales por leyes

autonómicas, además de constituir una deficiente técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad cuando esa reproducción normativa se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencia» (STC 159/2016, FJ 3). Así, «[l]a mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión» (STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4, fórmula luego reiterada en varias ocasiones), salvo que realmente tengan anclaje en particularidades de derecho sustantivo autonómico, a las que hace referencia expresa el propio art. 149.1.6 CE. Ese criterio nos llevó en varias ocasiones a declarar la inconstitucionalidad de preceptos autonómicos simplemente reiterativos de normas procesales (de las que son muestra las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8, o 2/2018, de 11 de enero, FJ 4; además de la ya citada STC 121/1992), si bien estableciendo la salvedad de «aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consista en incorporar a la normativa autonómica, ejercida esta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico» (STC 47/2004, FJ 8). 173.

(…)

(..) sistematizando la jurisprudencia recaída en la materia, podemos afirmar hoy que en los casos de alegación de la doctrina de las leges repetitae, es preciso, en primer lugar y al igual que ocurre en general en los supuestos de inconstitucionalidad mediata, confirmar que la normativa que se pretende reproducida ha sido efectivamente dictada en ejercicio de una competencia estatal, ya sea exclusiva —lo que dará lugar a un canon más estricto de enjuiciamiento de la regulación autonómica reiterativa—, ya sea compartida con las comunidades autónomas, pero correspondiente al Estado.

Realizada esa comprobación, será necesario verificar que la reiteración de la normativa estatal por el legislador autonómico satisface dos condiciones necesarias para ser admisible desde el punto de vista constitucional. Por un lado, debe concurrir un elemento finalista que justifique la necesidad de esa reproducción, que solo podrá tener un sentido instrumental: hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias. Como afirma la STC 47/2004, FJ 8, recogida en otras posteriores como la STC 341/2005, FJ 9, o la 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 11, la reiteración se debe aprobar «con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico». De esta forma, como señalamos en la STC 73/2016, FJ 10, «la legislación autonómica puede introducirse en el terreno de lo básico, pero solo por excepción, cuando se limite a repetir las bases y únicamente si de ese modo contribuye a hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo». No sería por ello aceptable que la reproducción de las bases estatales pretendiese simplemente refundir en un único texto normativo toda la regulación aplicable en una materia (bases y desarrollo), aunque fuese con la intención de facilitar su uso al aplicador del derecho, porque daría la impresión equivocada de que el legislador autonómico ha asumido la competencia sobre la totalidad de una regulación, como si fuese autor de un sistema normativo completo, cuando en realidad está

engarzado en el marco más amplio del ordenamiento del Estado, al que complementa. De hecho, en los casos en los que esa recepción instrumental de la normativa estatal sea posible, no por ello podrá entenderse que las prescripciones insertadas pasen a ser legislación autonómica dictada en ejercicio de una competencia propia —eso sería una apropiación competencial inadmisible—, sino prescripciones básicas estatales presentes en esa legislación, de manera que su reforma o supresión estará subordinada a la modificación o derogación de la correspondiente normativa básica por el Estado. Se trata, por tanto, de normativa vinculada a las bases que reproducen, que si bien no queda formalmente alterada cuando aquellas se modifican, sí lo son materialmente, e incurrirán en inconstitucionalidad sobrevenida si no se acomodan por el legislador autonómico al nuevo contenido de las bases tras su reforma.

Por otro lado, será también necesario, como condición material, que la reproducción de la normativa básica sea fiel y no incurra en alteraciones más o menos subrepticias de la misma, efecto que puede producirse bien por recogerla solo de modo parcial (caso de las SSTC 154/1989, de 5 de octubre, FJ 6; 62/1993, FJ 4, que al detectar una «reproducción parcial, con omisiones muy significativas», apreció una contradicción por defecto, y no por exceso, con la norma básica del Estado respecto a las causas de incompatibilidad de determinados cargos de las cajas de ahorro; 18/2011, FJ 18, o 62/2017, de 25 de mayo, FJ 7), bien por parafrasear la regulación estatal en términos que introduzcan confusión (como ocurrió en el primero de los preceptos examinados en el fundamento jurídico 7 de la citada STC 62/2017). En particular, hemos advertido que «omitir [una condición básica] puede ser en ocasiones tanto como contradecir» (STC 172/1996, FJ 2), sobre todo «cuando a resultas de una omisión, sea parcial o completa, la norma autonómica contenga en sí misma y por consecuencia una regulación contraria a la ley básica estatal» (STC 73/1997, FJ 4). En definitiva, el legislador autonómico no puede, con ocasión de su desarrollo, reformular las bases estatales, pretendiendo incidir en su eficacia en su territorio [SSTC 73/2016, FJ 9, y 8/2018, FJ 3 f)], sino que su recepción de la misma ha de ser, además de instrumental o auxiliar, fidedigna.

A efectos del examen que abordamos respecto al anteproyecto de ley, varias son las **conclusiones que pueden extraerse de la aproximación a la doctrina del Tribunal Constitucional** conforme a estas y a otras sentencias sobre la utilización de la técnica de la lex repetita.

La primera, la referida a que **la reproducción por ley de preceptos constitucionales**, los supuestos de **leyes aprobadas por las comunidades autónomas que trascriben la legislación básica del Estado o los casos en que por ley ordinaria se reiteran preceptos contenidos en una ley orgánica**, **son todas ellas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuación al sistema de fuentes configurado en la Constitución**.

El Tribunal Constitucional entiende, de este modo, que la técnica en cuestión debe calificarse como deficiente y peligrosa y defiende como mejor opción la remisión a la ley estatal.

La segunda conclusión: la relativa a que se trata de una **técnica que, claramente, ocasiona tanto inseguridad jurídica como confusión normativa**.

En tercer lugar y aunque ya señalada, nos hallamos ante una técnica que, en determinados supuestos, **puede incurrir en un vicio de inconstitucionalidad**.

Lo hace cuando la reproducción normativa supone una **invasión competencial en materias reservadas al Estado**, aunque debe de subrayarse que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, existen excepciones. Son aquellos supuestos en los que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida esta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento estatal con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por la institución parlamentaria autonómica.

Cuando la ley autonómica afecta a una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, al margen igualmente de los reproches de técnica legislativa, habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto.

En este sentido, **para la admisibilidad de la lex repetita, el Tribunal Constitucional exige dar satisfacción a dos condiciones** (STC 51/2019): **que la reproducción de las bases estatales "tenga como finalidad hacer más comprensible el desarrollo normativo que realiza la comunidad autónoma en ejercicio de sus competencias propias"**; y **que "la reproducción de la normativa básica sea fiel y no incurra en alteraciones más o menos subrepticias de la misma".**

Y, por último, cabe la declaración de inconstitucionalidad cuando nos hallamos ante una omisión parcial, o reproducción incompleta, en la ley autonómica de un precepto de una norma estatal, que provoque una posible confusión sobre la concreta normativa aplicable.

La omisión adquiere significado constitucional cuando lo eliminado tiene carácter básico y de ahí se infiere una contradicción con la norma básica estatal.

Pues bien, **el repaso de la doctrina constitucional sobre la lex repetita convierte en oportuno el recuerdo de la posición de la Comisión cuando abordó el examen de la LIA** [Ley de atención y protección a la infancia y la adolescencia] **en su Dictamen 9/2004.**

En aquel caso, la Comisión estimó que "la utilización de la técnica de reproducción de preceptos correspondientes al ordenamiento jurídico estatal, o aún del propio autonómico, solo adquiere sentido cuando ello sea preciso para una mejor inteligencia de la norma, partiendo del propio contenido normativo de esta, y prefiriendo eludir su empleo cuando la razón de la repetición se encuentre simplemente en esa finalidad que podríamos denominar 'compilatoria' –consistente en reunir en un solo instrumento normativo mandatos que corresponden a diversos legisladores, cuyas relaciones se guían por el principio de competencia-, a la

que se refería la parte expositiva del Anteproyecto, y que estimamos poco apropiada a la configuración de nuestro ordenamiento jurídico".

Y, en ese sentido, tras el análisis del texto normativo entonces examinado y tras la constatación de la profusa utilización de la técnica de la reproducción de preceptos orgánicos, de otros preceptos contenidos en leyes ordinarias de la competencia estatal —abundantes artículos del Código Civil— y subrayando que la finalidad meramente didáctica o compilatoria a la que pudiera responder la reproducción de disposiciones estatales carece de fundamento en nuestro sistema jurídico, la Comisión se expresó como ahora resumimos.

En relación con el primero de los supuestos, **consideró que debían suprimirse del anteproyecto los artículos limitados a reproducir los preceptos orgánicos cuando dicha reproducción no resultara necesaria para el mejor entendimiento del contenido de la ley.**

Por su parte y en el segundo de los supuestos, **la Comisión entendió que la llamada a las normas estatales debía ajustarse a la reproducción de aquellos mandatos normativos imprescindibles para la comprensión y coherencia del anteproyecto** y que, tal técnica legislativa, podía realizarse **mediante la reproducción del mensaje normativo** —**con exactitud e integridad**— **o bien mediante la simple remisión al precepto estatal**.

Aun siendo cierto que la cuestión no resulta siempre sencilla de resolver, la Comisión no puede sino constatar la plena vigencia de unas manifestaciones expresadas veinte años atrás y sobre las que, ineludiblemente, habrá de volver en el apartado relativo al análisis de articulado, por hallarlas nuevamente plenamente justificadas.

Y es que **el anteproyecto lleva a cabo**, como lo hizo en el pasado su precedente, pero, **en este caso, de forma notablemente más copiosa, una reproducción** —no siempre precisa y completa— **tanto de preceptos de carácter orgánico como de otros incorporados a leyes ordinarias de competencia estatal. Sin que con carácter general se encuentre justificación para ello.**

DCJA 61/2023 párr. 193 a 217

IV. Reglamentos

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria

En línea de principio y en la medida en que la regulación —de forma especial, los anexos I y II— se aborda sin emplear los conceptos —suministro directo de pequeñas cantidades— ni seguir la sistemática de la normativa europea y de la normativa básica —que diferencian el amparo para establecer régimen de requisitos especiales, normalmente más laxos, en cada caso— **se generan problemas difíciles de resolver en la perspectiva del principio de**

seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

Debemos recordar que **este principio, en su aplicación al ejercicio de la potestad reglamentaria como uno de los "principios de buena regulación", exige que aquella se ejerza de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico**, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de personas y empresas.

En este sentido, el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), determina que el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de hacerse "…de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia", debiendo en la parte expositiva de la norma quedar "…suficientemente justificada su adecuación a dichos principios"; incorporados al ordenamiento autonómico por la Ley 6/2022, de 30 de junio, de procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

A la vista de lo expuesto, cabe advertir que, **a los efectos del cumplimiento de los "principios de la buena regulación", no es suficiente una mención en ese sentido en la parte expositiva de la norma** —como hace el proyecto—, **sino que dicho cumplimiento ha de ser material,** por lo que **la norma debe ser el resultado de su efectiva aplicación.**

En nuestro caso, como presagiaba el examen del procedimiento, **sin saber qué criterios de selección se han aplicado —tanto en relación con los productos incluidos**, pues hay más alimentos que pueden ser objeto de suministro directo **como del origen de los requisitos y condiciones establecidos,** traídos de normas diversas (que no quedan bien identificadas)— **no puede aseverarse con certeza la compatibilidad de la iniciativa con la normativa comunitaria ni con la normativa básica estatal de aplicación**.

DCJA 79/2023 párr. 128 a 132

B) Titularidad de la potestad reglamentaria

Según proclama el artículo 35 en su párrafo 1 el Sistema Educativo Vasco se articula a través de un marco de gobernanza que incluye al departamento competente en materia de educación del Gobierno Vasco, al Consejo Escolar de Euskadi, al Consejo de la Escuela Pública Vasca, así como a los municipios vascos en cuanto entidades más próximas a los centros educativos, a los Consejos Educativos Municipales, así como a los Consejos Escolares.

En su párrafo 2 señala que la definición estratégica, la función de impulso y aprobación normativa, en su caso, y la planificación y gestión del Sistema Educativo Vasco, de acuerdo con los principios, normas y directrices recogidos en la presente ley, son atribuciones del departamento competente en materia de educación del Gobierno Vasco, según lo que se determine por las correspondientes normas reglamentarias.

Por último, el párrafo 3 prevé que el departamento competente en materia de educación ejerce las atribuciones que le reconocen las leyes y los reglamentos a la administración educativa y, en lo que afecta a la gestión del Sistema Educativo Vasco, aprobará la planificación estratégica que fijará las líneas de actuación del departamento de educación y establecerá las directrices que deben desarrollar los centros educativos.

En la determinación de los diferentes órganos implicados en la gobernanza del sistema educativo debería incluirse una mención al Gobierno vasco.

La Comunidad Autónoma goza de discrecionalidad para determinar de forma interna como se organizará la puesta en práctica de la regulación en materia de educación, pues, según lo expuesto en el examen del soporte competencial, entra en juego el título competencial previsto en el artículo 10.2 del EAPV, esto es la facultad de autoorganización de sus instituciones.

Ahora bien, **esa libertad autoorganizativa no debe desconocer que en la organización institucional autonómica**, que plasman el artículo 152.1 de la CE y el artículo 29 del EAPV, **es el Gobierno Vasco el que ejerce las funciones ejecutivas y administrativas del País Vasco**. Ello significa, en los términos del artículo 16 de la Ley de Gobierno, que **es el órgano colegiado que establece los objetivos políticos generales y dirige la Administración del País Vasco, para lo cual ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria**.

En el marco de esas funciones de orientación política le corresponde establecer tanto los grandes objetivos gubernamentales en un sector de la actividad pública, como los objetivos, preferencias y directrices programáticas a partir de las cuales se diseñan las distintas estrategias de actuación.

Por su parte, los consejeros y consejeras, a tenor del artículo 26.4 de la Ley de Gobierno, dictan disposiciones administrativas generales en materias propias de su departamento, esto es, en principio de naturaleza doméstica y sin efectos ad extra —sin perjuicio de la posibilidad de desarrollar en tales materias los reglamentos del Gobierno—.

Aunque se ha admitido la competencia de las personas titulares de un departamento para dictar un reglamento ejecutivo de ley, siempre que la ley les habilite específicamente parar dictar disposiciones reglamentarias concretas, **eso no significa que el legislador**

tenga total libertad para apartar al Gobierno y cercenar el ámbito de competencias que tiene reconocidas.

Para comprender los condicionantes que pesan sobre tal decisión resulta ilustrativo el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), que no es de directa aplicación porque "el legislador estatal ordinario carece de competencia para distribuir poderes normativos entre las instituciones autonómicas, en general, y para asignar, quitar, limitar o repartir la potestad reglamentaria en las Comunidades Autónomas, en particular" (STC 55/2018), pero que enuncia un principio de articulación normativa que es válido para el sistema de fuentes de la CAE y que debe respetarse: el Gobierno es el titular de la potestad reglamentaria originaria y la ley autonómica podrá conferir habilitaciones para desarrollos reglamentarios específicos a otros órganos administrativos, pero estas tendrán carácter excepcional y deberán justificarse debidamente.

En el anteproyecto, **es cierto que el artículo 35.2 condiciona el liderazgo departamental a "lo que se determine por las correspondientes normas reglamentarias" y que la disposición final primera atribuye al Gobierno Vasco la facultad para dictar cuantas disposiciones reglamentarias sean necesarias para el desarrollo de la presente ley**, así como para acordar las medidas necesarias que garanticen la plena aplicación de las previsiones contenidas en el presente texto normativo**, pero, seguidamente, excluye las habilitaciones expresas que en la presente ley se contienen a la potestad normativa reglamentaria de la persona titular del departamento competente en materia de educación para regular determinadas materias.**

A ello se añade que, **si tales materias estuvieran actualmente reguladas por reglamentos del Gobierno, tras la entrada en vigor de la presente ley podrán ser reguladas** —y, por tanto, modificadas o derogadas— **por reglamentos del titular del departamento competente en materia de educación, en una suerte de degradación normativa.**

En un repaso de **las habilitaciones expresas a la colaboración del reglamento conferidas por el anteproyecto se observa una cierta preeminencia de las realizadas a la persona titular del departamento competente en materia de educación**.

Son, así, muy numerosas dichas habilitaciones. Salvo error u omisión, se contemplan:

- Respecto al procedimiento único de admisión del alumnado en los centros públicos dependientes del Departamento de Educación y en los centros concertados (artículo 26.3 y 27.6).

- La determinación de las áreas de influencia, así como las áreas limítrofes a las anteriores, para la aplicación del índice de vulnerabilidad (artículo 28.6).

- Los criterios a cumplir por aquellos centros que reciban financiación pública (artículo 29.1).

- Las actividades complementarias, las actividades extraescolares y los servicios que se presten (artículo 29.4 y 5).

- Las habilitaciones genéricas sobre las medidas en relación a la diversidad (artículo 34).

- La planificación estratégica y el contrato programa, aunque entre el plan estratégico y el citado contrato programa, luego se mencione el dictado de un reglamento, no se indica qué órgano debe dictarlo (artículo 36 y 83.5).

- El código ético o de conducta aplicable a las personas que formen parte de los órganos de dirección de los centros educativos (artículo 38.5).

- Las estructuras administrativas y de gestión compartida (artículo 39.1).

- Los órganos de coordinación didáctica y tutoría (artículo 45).

- El número y procedimiento de elección de los miembros del Consejo Escolar del centro público (artículo 46.1).

- La formación mínima en competencias directivas (artículo 48.4).

- Los instrumentos de evaluación (artículo 68.5).

- Las evaluaciones de carácter general del sistema educativo en su conjunto (artículo 81).

- Los planes específicos para la evaluación (artículo 81.6).

- El código de conducta profesional (artículo 87).

- La inspección educativa (artículo 88.3).

- Las estructuras básicas y el funcionamiento de los servicios educativos de apoyo (artículo 89.4).

- El personal de apoyo a la función docente (artículo 95.1).

- La plantilla del personal del centro educativo (artículo 102.4).

- La integración de centros en la red pública (disposición adicional tercera).

Por su parte, el anteproyecto se refiere al Gobierno Vasco de forma más modesta, cuando se ocupa:

- De la regulación del currículo (artículo 9.4), aunque luego se ve parcialmente desapoderado (artículo 16.2 y 18.4).

- De la ampliación de la gratuidad en educación infantil (artículo 10.5).

- Del Consejo Escolar de Euskadi, al constituir el órgano de consulta y asesoramiento respecto a los documentos normativos propuestos o dictados por el Gobierno Vasco (artículo 57.1).

- Al abordar la composición, estructura y atribuciones del Consejo de la Escuela Pública Vasca (artículo 60.3 y disposición transitoria segunda).

- Al aludir a la composición y funciones del Instituto para el Aprendizaje del Euskera (artículo 91.3).

- Al mencionar un ámbito un tanto alejada de las funciones clásicas del Gobierno, la colaboración con centros educativos en el marco más amplio de la proyección de la cultura y de la lengua, y especialmente en los territorios con vínculos históricos, lingüísticos y culturales con Euskadi (artículo 75.5).

Sin poner en duda la oportunidad de ese reparto**, como no se ha exteriorizado el criterio empleado y, en principio, es amplio el ámbito en el que el Gobierno queda desapoderado** —o, si se prefiere, son numerosas las excepciones a la regla general para el ejercicio de la potestad reglamentaria—, **parece a esta Comisión necesario llamar la atención sobre ese aspecto de la iniciativa —**que va a requerir una justificación específica de cada caso—, **así como sobre la necesidad de esclarecer de forma jurídicamente segura los campos en los que el Gobierno va a ser reemplazado por el departamento**. La decisión que finalmente se adopte debería plasmarse en el texto con enorme exactitud, para lo cual los preceptos que contengan habilitaciones departamentales deberán acotar con precisión y certeza el alcance de aquellas.

Numerosos contenidos del texto se aproximan en su formulación más a la de los programas, planes o estrategias y se alejan de la que es propia de las disposiciones normativas. La génesis del texto y la voluntad de consenso que ha guiado su elaboración podrían explicar ese rasgo de la iniciativa que, si bien respecto de algunos mensajes, por su propia naturaleza programática o principal no plantea problemas, respecto de otros —de carácter prescriptivo— reclama un mayor grado de concreción.

A este segundo supuesto pertenecen las habilitaciones al departamento competente en materia de educación para que actúe en un determinado sentido, que, a juicio de la Comisión, requieren en algunos casos preconfigurar una mínima disciplina que permita el complemento reglamentario.

Convendría, como hemos indicado, repasar el texto a la luz de ese criterio y, en cualquier caso, las precedentes consideraciones permiten sugerir que se haga una mención explícita al Gobierno Vasco en el artículo 35.1 del anteproyecto, que sin duda debe ser un agente cualificado en la gobernanza del Sistema Educativo Vasco. Asimismo, se sugiere dar una redacción alternativa al artículo 35.2 del anteproyecto, p. ej.: "En el marco de esta ley y de las normas reglamentarias que dicte el Gobierno Vasco en su desarrollo, corresponde al departamento competente en materia de educación la definición estratégica, la función de impulso y aprobación normativa, en su caso, y la planificación y gestión del Sistema Educativo Vasco".

DCJA 56/2023 párr. 390 a 408

En relación con el artículo 11 octies, merece una reflexión adicional **la habilitación** que en el mismo se contiene **para el establecimiento del régimen y condiciones de las inversiones en activos no recogidos en el propio decreto, habilitación que se otorga a la dirección competente en materia de previsión social complementaria**.

Conviene considerar al respecto que, a tenor del capítulo III de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno (LG), **solo ostentan potestad reglamentaria el Gobierno y los consejeros o consejeras titulares de los departamentos,** ningún otro órgano más.

Conforme al esquema del artículo 16 de la LG, es el Gobierno el que ostenta la potestad reglamentaria genérica, estando habilitados también los consejeros y consejeras, a tenor del artículo 26.4 de la LG, a dictar disposiciones administrativas generales en materias propias de su departamento, pero en ningún caso los cargos de rango inferior, que tienen vedado el ejercicio de la potestad reglamentaria conforme al artículo 59 de la LG.

Conforme a este esquema, **resulta necesario que el establecimiento del régimen y condiciones de las inversiones en activos no recogidos en el propio decreto se efectúe mediante orden de la persona titular del departamento competente en materia de previsión social complementaria.**

DCJA 192/2023 párr. 171 a 174

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA

V. Estilo de regulación

Tal y como se ha subrayado en la descripción **del anteproyecto**, el mismo reviste un carácter integral **y afirma apostar por una ordenación completa y sistemática de la materia desde un enfoque global, de carácter multidisciplinar y transversal y en el que prime la acción preventiva.**

Atendiendo a su concreto literal, el anteproyecto "regula y desarrolla, en un único texto articulado, y dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por el Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, todas las cuestiones referidas a la infancia y la adolescencia; y, fundamentalmente, aquellas destinadas a asegurar y proteger el ejercicio de sus derechos"

A tal efecto y conforme, asimismo, con su exposición de motivos, "se aglutinan en una misma norma jurídica la legislación básica estatal sobre infancia y adolescencia, dispersa, a su vez, en distintos cuerpos legislativos, y las disposiciones normativas incluidas en leyes sectoriales autonómicas (en materia de sanidad, educación o vivienda, por ejemplo), que incidían sobre la población infantil y adolescente, y, en muchos casos, repercutían directamente en el ejercicio de sus derechos".

Conforme a la voluntad manifestada, y de nuevo en palabras del propio texto legal, se trata de proporcionar "un marco de referencia coherente con el resto del ordenamiento jurídico (estatal, de la Unión Europea e internacional), que facilite su conocimiento y comprensión. Y, consecuentemente con ello, facilite la actuación de las administraciones públicas vascas sobre las que recae la aplicación de la norma y clarifique la toma de decisiones de las personas, agentes y profesionales obligados a su cumplimiento, pero también de la propia sociedad en su conjunto, en especial, de la población infantil y adolescente." Y, también, "de superar la precariedad que existía en la regulación de la materia, provocada por la superposición de distintos regímenes jurídicos no siempre coherentes entre sí, además de por la dispersión de las normas que resultaban de aplicación, y que actuaba en detrimento del principio constitucionalmente garantizado de seguridad jurídica".

La Comisión no puede sino reconocer que el texto traído a dictamen supone el fruto de un trabajo y de un esfuerzo ciertamente notables, dada la dificultad intrínseca de conseguir una ordenación sistemática partiendo de un enfoque global de la materia como el adoptado por el órgano promotor, pero que, sin embargo, topa con algunas limitaciones que no pueden obviarse.

Es indiscutible la intención —ciertamente loable— del promotor de la iniciativa de unificar y clarificar el régimen jurídico de las personas menores y adolescentes como medio para optimizar su aplicación y alcanzar, de este modo, la mejor protección de los niños, las niñas y los adolescentes, en todas sus vertientes. Tal voluntad se inscribe plenamente en el principio del

“superior interés del menor”, principio jurídico clave del actual ordenamiento jurídico que, como tal, ha de impregnar todas las actuaciones de los poderes públicos —también las del legislador de los distintos sectores materiales—.

No obstante, algunas de las vías escogidas para lograr el objetivo propuesto, alejan el anteproyecto de su fin clarificador.

Así, **el afán compilador**, encaminado a que el operador jurídico encuentre en un único texto —el anteproyecto— toda la regulación que pueda afectar a las personas menores y adolescentes **puede provocar como efecto indeseado la confusión sobre la normativa vigente, con lo que, lejos de afianzar el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) lo debilita** —en forma más o menos intensa en función de los distintos supuestos que se presentan—.

Reunir con completud en un solo texto legal todas y cada una de las previsiones que, respecto a las personas menores de edad, contiene el ordenamiento jurídico en su conjunto, en la perspectiva jurídica que guía nuestro examen, no parece posible.

La existencia de varios textos legales en los distintos ordenamientos —europeo, estatal y autonómico— **no resulta ser el fruto de un deficiente entendimiento del principio de seguridad jurídica o de los principios de coherencia y adecuada sistematización** que deben presidir todo ordenamiento jurídico, **sino la consecuencia de la complejidad del objeto de regulación** —“el régimen jurídico de las personas menores y los adolescentes” (que abarca por definición múltiples perspectivas, imposibles de reconducir a una sola)—, así como de la obligación de respetar la existencia de fuentes diversas de producción normativa que, precisamente en lo que se refiere a la regulación de dicho régimen jurídico, se ubican en el ámbito internacional, europeo, estatal y autonómico.

Con esta realidad jurídica, **la idea de aprobar una suerte de Código de la Infancia y la Adolescencia único,** una suerte de manual sobre el régimen de la infancia y la adolescencia, que facilite la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos y de cuantas personas en su actividad profesional —medicina, enseñanza, seguridad pública, etc.— deben tratar con las niñas, los niños y los adolescentes, **aunque en el terreno teórico pudiera parecer positiva, en la práctica se revela no solo incapaz de proporcionar una herramienta jurídica idónea, sino en ocasiones potencialmente generadora de un resultado opuesto** —confundir sobre la norma que ha de ser tomada en cuenta para adoptar la decisión que proceda—.

En el posterior examen del articulado se constata que **gran parte de las disposiciones que se compilan proceden de fuentes diferentes** —señaladamente de la legislación estatal—, **cuya vigencia se halla al albur de las decisiones normativas que adopte el legislador estatal.**

En la medida en que el anteproyecto recoge lo que en el momento de su elaboración está

vigente —en muchos casos sin identificar su procedencia— **desconoce que las disposiciones que se compilan no se hallan petrificadas.**

Como mero ejemplo, tanto de las distorsiones que la decisión compiladora puede llegar a producir como de lo inalcanzable del objetivo de ofrecer un corpus completo y actualizado a los operadores jurídicos, basta apuntar algunas de las modificaciones importantes producidas en el ordenamiento estatal durante el proceso de elaboración del anteproyecto.

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha modificado en su disposición final duodécima el régimen legal del consentimiento de las mujeres menores de edad para proceder a la interrupción voluntaria de su embarazo —lo que afecta de plano al artículo 29.2 del anteproyecto—.

La Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, acoge previsiones novedosas y específicas para los menores de edad en relación con el derecho a la identidad de género —lo que afecta a los artículos 26.c) y 50 del anteproyecto—.

De igual manera, cabe aventurar la incidencia en el estatuto jurídico de las personas menores de edad del recién aprobado proyecto de Ley de familias, que entre sus objetivos explícitos recoge el de asegurar que las niñas, niños y adolescentes se encuentren igualmente protegidos con independencia del tipo de familia en el que crezcan.

La utopía del texto único como solución ante la existencia de múltiples normas legales que integran el régimen jurídico de las personas menores y los adolescentes se aprecia también cuando se observa el impacto del anteproyecto en el seno del ordenamiento jurídico vasco.

La futura norma también recopila con cierta profusión contenidos atinentes, bien directa bien indirectamente, a dicho régimen jurídico establecido en las normas legales —y, en algunos casos, reglamentarias— del ordenamiento autonómico dictadas en ámbitos como la educación, la salud, la vivienda, la garantía de ingresos, etc.

Al analizar el articulado se explican con más detalle las cuestiones que suscita la técnica en cuestión en cada área sectorial, pero de modo general se puede apuntar ahora que ese proceder genera solapamientos indeseables —cuando no contradicciones— que no ayudan a la adecuada estructura del ordenamiento autonómico, al que alejan del principio de seguridad jurídica.

Al igual que ha sucedido en el ámbito estatal, también en el ordenamiento autonómico se han producido —o pueden producirse— cambios legales que el anteproyecto parece desconocer. Como muestra de ello, cabe citar aquí la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, del Sistema Vasco

de Garantía de Ingresos y para la Inclusión, y del anteproyecto de Ley de educación.

En todos los ordenamientos, la proliferación de normas ha aumentado de forma exponencial sin que ello contribuya a preservar la vigencia de la seguridad jurídica, pero **la solución a la dispersión normativa no parece hallarse** —a la vista de los problemas que crea— **en abandonar el criterio sectorial para sustituirlo por uno distinto —unidireccional—. El texto único pronto queda obsoleto, sin que permita a los operadores jurídicos contar con una base jurídica segura para adoptar sus decisiones.**

La solución no es fácil, ni unívoca, ha de encontrarse en cada caso, atendiendo al concreto objeto de regulación para ver qué reglas competenciales rigen y, a la vista de estas, escoger la fórmula regulatoria más adecuada que, en muchos casos —más de los que contempla el anteproyecto—, **en lugar de en la lex repetita parece hallarse en el empleo de la técnica remisoria**, mediante la que se indica al operador jurídico —de la manera más clara, sencilla y directa posible— la legislación a la que debe acudir en cada caso.

De igual modo, **si se detectara la necesidad de cambiar o adecuar determinados preceptos de las leyes autonómicas sectoriales, tales modificaciones deberán realizarse de modo expreso, en la parte final del anteproyecto**.

Si se decidiese que aquellos preceptos deben integrar el anteproyecto por ser este su lugar natural y el más adecuado para la coherencia del ordenamiento autonómico, **deberán incorporarse al futuro texto legal con la consiguiente derogación expresa de la norma legal afectada por la nueva decisión normativa**.

Similares cuestiones fueron expuestas por la Comisión en su Dictamen 9/2004, en las que abogó por reconducir el anteproyecto entonces examinado a sus límites naturales, o lo que es lo mismo, a la regulación de aquellos aspectos que, en el marco de las competencias de la CAPV, innoven materialmente el ordenamiento jurídico. La conclusión sigue siendo válida y cobra aún más sentido si se tiene en cuenta la mayor extensión del texto proyectado y su incursión en nuevos ámbitos a los solos efectos recopilatorios.

Sobre la extensión del anteproyecto

El anteproyecto integra un total de 339 artículos. Su precedente, la vigente LIA, 119.

Si ya al examinar el anteproyecto de la LIA la Comisión destacó su carácter prolijo y la necesidad de simplificación, se entenderá fácilmente la pertinencia y vigencia del mensaje respecto de un texto que prácticamente triplica la dimensión de la LIA, sin que exista una circunstancia objetiva que la explique.

La voluntad compilatoria manifestada de forma explícita por el promotor de la iniciativa no

resulta ajena a la desmedida extensión del texto. Sin embargo, **no se erige en la única razón. A la repetición de disposiciones estatales y autonómicas, se une la reiteración de contenidos del propio anteproyecto a lo largo del articulado.**

Sin perjuicio de que en el posterior examen nos detengamos en esa reiteración, en esta primera aproximación es conveniente destacar su directa incidencia en la extensión otorgada al texto que, al no responder a necesidades sustantivas de regulación, resulta una característica que convendría evitar.

Y es que el anteproyecto vuelve, una y otra vez, sobre los principios generales que deben inspirar la actuación administrativa y que, enunciados, por ejemplo, en su título preliminar, no necesitan ser repetidos en las diferentes partes de la norma —al contrario, esa práctica de alguna forma devalúa su función informadora y su papel preponderante en la regulación proyectada—.

Reiterativos resultan igualmente aquellos extremos vinculados a objetivos de promoción que, acomodados inicialmente en el título III del anteproyecto, se trasladan, con pocas variaciones, a otras partes del articulado, con un estilo que no facilita su aplicación.

Por otra parte, un gran número de preceptos integran en su redacción la explicitación de su finalidad. Tal explicitación, además de no resultar necesaria —la buena técnica normativa aboga por no incluir en los preceptos su motivación—, afecta, asimismo, de manera notoria, a la extensión del articulado.

Por ello, al margen de los concretos comentarios que sobre este aspecto se realizan al analizar la parte dispositiva del texto, **como consideración general parece adecuado recomendar que cuanto pueda hacerse por reducir el texto** —y cada uno de sus artículos— **mejorará el producto normativo final**. Para esta finalidad, sin descartar otras medidas, evitar la repetición de mensajes normativos en distintos lugares del texto, así como suprimir los motivos y razones de los preceptos en su redacción, sería una buena decisión que, por lo demás, no perjudica al entendimiento y aplicación de la regulación proyectada.

Sobre el carácter programático del anteproyecto

El anteproyecto contiene un exceso de disposiciones que podríamos calificar como programáticas. Su título III —dedicado a la promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia y del ejercicio de sus derechos— constituye el ejemplo más cualificado de ese carácter programático. Pero no es el único.

El texto determina, en ocasiones, las concretas medidas a desarrollar en la acción de promoción, pero no siempre sucede así y **las previsiones del anteproyecto incorporan, finalmente, contenidos carentes de virtualidad jurídica y, en algunos supuestos, claramente**

tautológicos.

Este estilo, en conjunción con la ya señalada reiteración de mensajes, lastra el resultado final, de tal forma que en el conjunto de los títulos II, III y IV —un total de 105 artículos— apenas se hallan normas prescriptivas.

Se incluyen múltiples principios, objetivos y enunciados programáticos sin fuerza vinculante —bajo términos tales como "promover, impulsar, fomentar, velar"— **que, en puridad, no se avienen del todo con la función ordenadora propia de las leyes y que se alejan del concepto del derecho expresado mediante normas jurídicas**, al limitarse a formular líneas de actuación u orientaciones que ulteriormente requerirán de otras disposiciones para lograr que resulten efectivas, sin las cuales resultarán carentes de toda función.

Aunque el enunciado de principios rectores que guíen la actuación administrativa bien puede formar parte de todo texto legal, no es necesario —ni aconsejable— incurrir en excesiva inflación de principios. Menos aún cuando se proyectan en ámbitos que, regidos por sus propias leyes especiales o sectoriales, disponen, a su vez, de sus propios principios rectores —con la dificultad que puede entrañar su conciliación con los que ahora se pretenden incorporar—, así como de las correspondientes normas prescriptivas vinculadas a la aplicación de tales principios.

Se estima adecuado, por ello, evitar el exceso de contenidos meramente programáticos, que deberían ceñirse a los propios del anteproyecto. Se contribuiría así, además, a reducir la extensión del texto, extremo siempre positivo si, como en el caso anterior, la regulación sustantiva no padece.

DCJA 61/2023 párr. 148 a 170

Abordando ya el examen particularizado del texto, debe en primer lugar apuntarse que **la organización del proyecto, con un decreto de artículo único que remite al anexo con el reglamento del procedimiento sancionador**, **sugiere la aprobación de un reglamento propio y comprensivo de una regulación íntegra**. Un planteamiento que **no concuerda con la voluntad** expresada respecto a la aplicación de la normativa común **de la LPS**, que debiera suponer que la regulación proyectada **se constriña a la definición de especialidades o especificidades con respecto a aquella.**

De ahí que se estime más conveniente la forma de un decreto al uso, sin anexo, con una parte dispositiva que contenga las previsiones procedentes.

DCJA 178/2023 párr. 136 a 137

VI. Habilitaciones

Más **problemática resulta la referencia a la facultad para "actualizar el contenido y alcance de las prestaciones contenidas en este decreto**……". Se trata de un literal impreciso en el sentido de que no resulta clara la extensión de la habilitación consignada: si se circunscribe a posibles variaciones de detalle, más ligadas a aspectos técnicos o médicos de la prestación, o si, por el contrario, ampara una hipotética habilitación para ampliar el contenido y el alcance de la prestación bucodental, siendo así que esta determinación se halla reservada al reglamento a aprobar por el Gobierno (artículo 4.4 y disposición final primera de la LOSE). En tal sentido, **la redacción resulta excesivamente genérica, debiendo definirse con más nitidez los aspectos del decreto cuya modificación queda al alcance del desarrollo reglamentario de segundo grado,** como pueden ser extremos técnicos o médicos que, en una consideración previa, hemos sugerido podrían ser trasladados a anexo desde el capítulo II.

Una observación similar cabe formular respecto a la facultad de actualización de tarifas incluida en el párrafo 2 de la disposición final primera, que se torna igualmente **problemática si la referencia a "la creación de nuevas tarifas" presupone la aprobación de prestaciones no previstas inicialmente y reservadas a la aprobación en virtud de decreto**.

DCJA 33/2023 párr. 189 a 190

VII. Normas modificativas

Por otro lado, **en cuanto a la modificación de las órdenes mencionadas mediante este proyecto de decreto**, conviene traer aquí lo que dijimos en los epígrafes 199 y 200 del Dictamen 27/2018, para concluir que **no se considera apropiada la técnica de modificar a través de disposiciones con rango de decreto otras disposiciones reglamentarias de rango inferior, con repercusiones en la falta de claridad del sistema de fuentes y seguridad jurídica:**

> 199. Dado que no parece pretenderse la modificación del rango de la norma, el sistema de fuentes, la seguridad jurídica y la buena técnica jurídica recomiendan que la modificación de la Orden de (…) del Consejero de Sanidad, se realice de forma separada por otra orden.
>
> 200. En todo caso, tal y como en un caso similar, aunque referido a una modificación de un reglamento por una ley, señaló la Comisión (Dictamen 64/2007), de no aceptarse la sugerencia, deberá precisarse en el texto que el hecho de acometer la modificación de la orden en un decreto no significa que las futuras modificaciones deban realizarse mediante normas de ese rango, sino que las modificaciones posteriores podrán efectuarse mediante orden de la persona titular del departamento competente.

En el proyecto que nos ocupa reparamos, **además,** en que, como hemos adelantado, **una de las órdenes se modifica íntegramente**, de suerte que el artículo cuarto del proyecto comprende una redacción completa de la Orden de 29 de abril de 2009, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se desarrollan determinados preceptos del Decreto 92/2007, de 29 de mayo, por el que se regula el ejercicio de determinadas actividades de las EPSV, incluida su parte expositiva. Además, **con la peculiaridad de que se ha reproducido la disposición final original, relativa a la entrada en vigor**, que excepciona las previsiones que desarrollan el artículo 11 del Decreto 92/2007, con efectos de 1 de enero de 2010.

Resulta evidente que **esta forma de proceder se aparta ostensiblemente de las Directrices, en cuya virtud, cuando se trate de modificaciones extensas, ha de dictarse una disposición enteramente nueva**, que, aunque no se indique de manera expresa en las Directrices, ha de entenderse que debe necesariamente aprobarse de forma independiente y no integrada en una norma modificativa. Con ello se consigue una norma homogénea y coherente.

El departamento proponente puede entender que la integración en un único texto de todas las modificaciones normativas que se consideran necesarias resulta útil a efectos de que el sector directamente destinatario de las normas pueda acceder de forma sencilla a todas las adaptaciones normativas derivadas de la modificación que se acomete.

La garantía de un acceso fácil y actualizado a la normativa aplicable, exigible en virtud del principio de transparencia —al que también alude la LPEDG en su artículo 4— **se logra con una adecuada utilización de las herramientas existentes y el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa en materia de información de relevancia jurídica**, que debe respetar los principios de veracidad y organización estructurada para facilitar la identificación y búsqueda de la información, con la publicación de la normativa vigente.

Pero este intento de hacer accesible la regulación aplicable no puede lograrse mediante la desnaturalización de las normas jurídicas que deben lograr un marco normativo integrado, claro y de certidumbre, tal y como exigen los "principios de buena regulación" que son aplicables al ejercicio de la potestad reglamentaria conforme al artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC).

En definitiva, y en atención a lo expuesto, **lo deseable sería una regulación de las EPSV integrada, actualizada, formulada de forma independiente y no incorporada a una norma modificativa.**

En relación con la inclusión en el proyecto de la modificación de las órdenes referidas, desde el punto de vista de la técnica normativa **conviene separarlas de aquel, sin que ello impida que las modificaciones previstas se incluyan en un nuevo texto, con el mismo contenido normativo ahora recogido en los artículos cuarto y quinto, para su aprobación como orden independiente**.

Sería admisible, así, la aprobación de una orden con el contenido del artículo cuarto del proyecto de decreto, que incorporara como disposición final la modificación de la Orden de 19 de julio de 2016, del Consejero de Hacienda y Finanzas, por la que se regula la organización y el funcionamiento del Fichero General de Socios de las EPSV, con el contenido del artículo quinto. La disposición derogatoria debiera también incorporarse a esa orden.

A tal efecto, **se puede considerar**, a partir de los documentos obrantes en el expediente, **que materialmente se han llevado a cabo todos los trámites necesarios previos a dicha aprobación, sin que sea necesaria una nueva tramitación**.

DCJA 192/2023 párr. 239 a 248

En otro orden de cosas, también como observación de carácter general, entiende la Comisión que, **por tratarse de una norma modificativa de otras previas elaboradas conforme a las Directrices aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, está justificada como excepción la redacción del texto del proyecto conforme a la configuración de la subdivisión de artículos que realiza dichas directrices,** que contempla los párrafos como primera estructura de división y los apartados como división subsiguiente. Lo contrario incidiría en la falta de homogeneidad de los textos normativos modificados.

No obstante, en aquellas partes de la disposición que no se integran en los decretos modificados, se aconseja utilizar la referencia a la división de artículos que realizan las Directrices vigentes. Sucede así con las referencias a modificaciones de "párrafos" que se contienen en los artículos segundo.dos y tercero.tres, en los que se aconseja referirse a "apartados".

DCJA 192/2023 párr. 259 a 260

VIII. Reproducción de preceptos

Resulta, a juicio de la Comisión, innecesario reiterar los aspectos novedosos de la iniciativa, lo que ha sido tratado en profundidad por el Consejo Escolar de Euskadi, cuyas aportaciones hemos recogido con cierta amplitud, aunque es preciso reconocer que la mayoría son reflejo de la reforma introducida por el Estado en la LOMLOE y el Real Decreto 242/2022.

Ahora bien, esa traslación al currículo vasco recomienda siquiera una apreciación sobre la forma en que se incorporan tales contenidos al proyecto.

Para ello, debemos tener en cuenta, en primer lugar, que **la regulación estatal no puede ser entendida como una regulación completa y cerrada porque**, como venimos sosteniendo, salvo en el caso de los títulos académicos y profesionales, **se trata de una competencia compartida**, en la que las comunidades autónomas deben tener un margen para completar y desarrollar las normas estatales, y así lo reconoce expresamente la LOE en el caso del currículo.

En segundo lugar, no ignoramos que, **por existir competencias legislativas del Estado y de la Comunidad Autónoma sobre la misma materia, puede suscitarse la inconstitucionalidad mediata de la norma autonómica cuando reproduce normas básicas estatales, lo que se conoce como la lex repetita**.

Como hemos dicho en el Dictamen 53/2023 emitido con ocasión del anteproyecto de Ley de educación del País Vasco, debemos considerar el canon impuesto por la STC 51/2019, de 1 de abril.

Pues bien, con la lógica prudencia inherente a un enjuiciamiento de estas características, podemos decir que **el proyecto, al proceder a esa reproducción, cumple las dos condiciones impuestas: (I) tiene un sentido instrumental,** hacer comprensible el currículo del Bachillerato y hacer inteligible el régimen autonómico de desarrollo; (II) **que la reproducción sea fiel, en el sentido de que no se reformule la normativa básica,** sino que sea respetuosa con aquella, **lo que no impide la adición de los contenidos novedosos que responden**

a las opciones del normador autonómico.

Esa fidelidad **implica una fidelidad en cuanto a su contenido material, no respecto los exactos términos escogidos por el legislador estatal,** porque, con arreglo a la mejor doctrina del alto tribunal, como dijo la STC 172/1996, de 31 de octubre (luego reproducida en la STC 87/2009, de 20 de abril):

> el desarrollo implica de suyo no sólo un complemento más detallado de lo que sea genérico sino también de lo específico, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada sector o de cada Administración

Y si bien el legislador autonómico debe respetar escrupulosamente las normas básicas dictadas por el Estado:

> en la articulación de las bases y de su desarrollo, como esquema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas aquí y en otros lugares, el sentido y alcance de aquéllas ha de ser obtenido mediante los criterios o técnicas hermenéuticas propias de la lógica jurídica, atendiendo por supuesto a su función y a su finalidad, sin quedarse en la superficie literal del texto.
>
> …ese respeto no significa reverencia a lo literal, pues también en el caso de las normas básicas ha de extraerse su sentido y alcance del contexto sistemático y de su finalidad. Esto que es así para el Juez, es válido también para el legislador.

En este caso, además, **cabe deducir de la distinta formulación incluida en las leyes orgánicas un mayor margen para el normador autonómico**.

El artículo 8.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación, ya derogada, dispuso que "las Administraciones educativas competentes establecerán el currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, que deberá incluir las enseñanzas comunes en sus propios términos".

Y aunque la STC 212/2012, de 14 de noviembre, no puso objeciones a que las comunidades autónomas se conviertan en meras reproductoras, al regular el currículo, de lo que el Gobierno decidiera sobre las enseñanzas comunes, lo cierto es que la LOMLOE no prevé esa incorporación "en sus propios términos", sino que los aspectos básicos del currículo fijados por el Gobierno han de formar parte del currículo que aprueben.

Es decir, de un lado, **una cierta reproducción es inevitable, por así exigirlo el Estado, y de otro lado, hay un campo para el complemento, siempre que no se desdibujen ni se desconozcan los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas.**

DCJA 62/2023 párr. 93 a 104

Estas consideraciones se ligan principalmente, como se desgranará en el examen de los concretos artículos y avanzamos como observación previa, al **profuso uso en el proyecto de la reproducción de preceptos de la LPS** —en algún caso también de la LCE—.

Por tal razón se insta a revisar el texto, con la eliminación de muchos de los artículos propuestos, lo que resultaría concordante con el propósito expresado en el preámbulo del propio proyecto por su promotor, que alude repetidamente a la ausencia de necesidad e improcedencia de reproducir aspectos de la LPS.

Al respecto, no está de más reseñar someramente **los límites y fines con los que debe abordarse correctamente esta técnic**a y que **se han incluido en el reciente Acuerdo del Consejo de Gobierno de 11 de julio de 2023 por el que se aprueban las Directrices para la elaboración de proyectos de ley, decretos, órdenes y resoluciones**, publicado mediante Resolución 78/2023, de 28 de julio, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento —en concreto, en la directriz 29, dentro del capítulo quinto, relativo a "la parte dispositiva: criterios generales y texto articulado"—.

Dichas directrices estiman que **la reproducción debe evitarse especialmente cuando se pueda crear confusión sobre la fuente de la norma aplicada o se introduzcan modificaciones que puedan alterar su significado o alcance**. También deben eludirse las traslaciones de preceptos legales innecesarias que no contribuyan a una mejor comprensión de la norma.

Se exige, en todo caso, "que cuente **con un significado preciso, que sea comprensible y no genere inseguridad jurídica".**

Pues bien, un juicio previo sobre el cumplimiento de estos fines en el uso de esta técnica permite adelantar que, en general, **no se cumplen las dos principales condiciones impuestas: no se advierten razones sistemáticas que lo justifiquen y, por otra parte, la reproducción no siempre es fiel**.

DCJA 178/2023 párr. 129 a 134

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

I. Asistencia Social (art. 10.12 EAPV)

En relación al régimen de **las empresas de inserción**, decíamos en nuestros dictámenes 111/2000 y 196/2008 que, **aunque no estuvieran expresamente previstas en la legislación autonómica en materia de inclusión social**, se entendían necesarias para alcanzar los objetivos de integración social previstos en dicha legislación, por lo que **su regulación se entendía dictada al amparo y en desarrollo de dicha legislación** —en su momento, la Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social, sustituida posteriormente por la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social, y actualmente por la LSVGI—.

Conforme a este planteamiento, **la habilitación genérica para dictar esta iniciativa** desde la perspectiva competencial **sería** la misma que sustenta la legislación en este ámbito —recogida actualmente en la LSVGI—, esto es, **la competencia exclusiva en materia de "asistencia social"** que el artículo 10.12 del Estatuto de Autonomía (EAPV) atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV).

Ahora bien, ya planteábamos en nuestro Dictamen 196/2008 **las quiebras que en este planteamiento surgían tras la aprobación por parte del Estado de la LEI** [Ley 44/2007, de 13 de diciembre, de Empresas de Inserción]:

> 20. No obstante, y sin desmerecer la anterior afirmación, esta simple formulación competencial precisa hoy de una actualización, como consecuencia de la aprobación en el Estado de la LEI, que el propio proyecto señala, en su parte expositiva, como uno de los hitos que han dado lugar a su elaboración y tramitación, además de realizarse varias remisiones a la misma a lo largo de su articulado.
>
> 21. La LEI, al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral atribuida por el artículo 149.1.7ª de la Constitución, regula una serie de cuestiones, como las incluidas en todo su Capítulo IV (Relaciones laborales de los trabajadores en situación de exclusión social en las empresas de inserción) o las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social previstas en su artículo 16.3.a), sobre las cuales la exclusiva competencia estatal resulta incuestionable.
>
> 22. Aunque pudiera plantear mayores dudas, tampoco parece prudente cuestionar actualmente su incursión en la calificación de los colectivos considerados en situación de exclusión social –al menos en lo que a los anteriores contratos y bonificaciones se refiere–, puesto que la LEI no ha hecho en ese punto más que incorporar, con alguna ligera modificación, los colectivos de exclusión social favorecidos por el Programa de Fomento de Empleo previsto en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimien-

to y del empleo, y recogidos en la disposición adicional segunda de esta norma.

23. Sin embargo, la LEI también regula otra serie de cuestiones, como el objeto y los fines de las empresas de inserción (artículo 1), el propio concepto de empresas de inserción (artículo 4), los requisitos para ser calificadas como tales (artículo 5) o la misma calificación (artículo 7), que también tienen una innegable conexión con el ámbito de los servicios sociales, cuya competencia corresponde en exclusiva a las Comunidades Autónomas.

24. De hecho, hasta la promulgación de la LEI estos aspectos venían únicamente regulados, en lo que a nuestra Comunidad Autónoma se refiere, por el ya citado Decreto 305/2000, amparado en la competencia en asistencia social. Esta situación no podía calificarse además como excepcional, ya que han sido varias comunidades autónomas las que, desde la competencia en materia de servicios sociales, han regulado las empresas de inserción por vía legal o reglamentaria.

25. Es cierto, por otro lado, que la propia disposición final quinta de la LEI salva la competencia de las comunidades autónomas en materia de asistencia social, pero ello no clarifica el panorama descrito, pues resulta preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado, en torno a la legislación laboral, que la competencia estatal en esa materia es completa e incluye, también, en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, de manera que únicamente quedarían fuera los reglamentos que carecen de esa significación por referirse a aspectos organizativos (por todas, STC 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 4º).

26. En este contexto, cabe realizar una crítica previa al planteamiento de la LEI, al ampararse únicamente en un título competencial —legislación laboral— sobre el cual pudiera pensarse que impide, por exclusivo y excluyente, una intervención por parte de las comunidades autónomas más allá del ámbito organizativo, en un campo —el de las empresas de inserción— en el que hasta fechas recientes sólo contaba con la regulación autonómica dictada y aceptada pacíficamente. Por otro lado, la propia LEI parece querer moderar, como decimos, esa interpretación excluyente, admitiendo la participación autonómica en su desarrollo en el ámbito de sus competencias, y más concretamente, a través de la competencia exclusiva en materia de servicios sociales…

La LEI fue recurrida por el Conseill de la Generalitat Valenciana por considerar que la misma, "aunque guarde «una innegable relación con el ámbito de empleo», tiene mejor encaje en el título competencial de «asistencia social» atendiendo al fin que la inspira".

La **Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 228/2012**, de 29 de noviembre, que resolvió dicho recurso, desestimó las pretensiones de la Generalitat Valenciana y defendió el encuadramiento de los preceptos recurridos en la materia relativa a "legislación laboral". Entiende el tribunal que tanto la delimitación de las personas que pueden ser contratadas por parte de las empresas de inserción como la fijación de las características y requisitos de estas empresas afectan a los elementos subjetivos que configuran la relación laboral y, en cuanto

tales, se enmarcan dentro del ámbito de "legislación laboral":

> 7. En suma, la normativa impugnada en este recurso contiene el régimen jurídico de las empresas de inserción, determinando los elementos subjetivos de la relación laboral que se regula al comprender las personas que pueden ser contratadas como trabajadores y los requisitos que han de reunir las empresas para ser calificadas como de inserción.
>
> La regulación legal también define los elementos que distinguen al trabajo efectuado en ese específico entorno laboral, la existencia de un itinerario de inserción socio laboral y las medidas de intervención, acompañamiento, y colaboración de la Administración pública en los procesos de inserción.
>
> Por consiguiente, no cabe, como se postula en el recurso, el encaje de la regulación impugnada dentro del ámbito de la «asistencia social» (art. 49.1.24 EAV en conexión con el art. 148.1.20 CE), al tratarse, como ha quedado expuesto, de una ordenación de índole laboral, con las peculiaridades subrayadas en atención a los sujetos a los que afecta y no de un «mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza el sistema de Seguridad Social, y que opera mediante técnicas distintas de las propias de ésta» (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4).
>
> 8. En contra de lo mantenido por la Generalitat de la Comunidad Valenciana en el recurso de inconstitucionalidad planteado, con independencia de que en este supuesto el contrato de trabajo pueda tener como finalidad la integración social de determinados colectivos especialmente desfavorecidos, hay que tener en cuenta que tal objetivo puede ser atendido de muy diversas formas por los poderes públicos, es decir, no sólo mediante técnicas de asistencia social, sino también mediante la adopción, como es el caso, de medidas de índole laboral. En otras palabras, el hecho de que la Ley persiga la integración del contratado en el mercado de trabajo y, en términos generales, en la sociedad, no elimina la realidad expresada, esto es, que se trata de una ley que se enmarca dentro de la «legislación laboral» en la medida que ofrece una regulación de una materia atinente a la relación laboral, proporcionando el régimen jurídico del trabajo que se desarrolla en las empresas de inserción.

En cuanto a **la regulación relativa al registro de las empresas de inserción, entiende que "no afecta a las competencias de ejecución de la legislación laboral que a las Comunidades Autónomas les corresponde"**:

> Este Tribunal, en la STC 18/1982, de 4 de mayo, FFJJ 9 y 13, subraya que en estos casos hay que tener en cuenta si la norma en cuestión regula aspectos de «organización» del registro, como pueden ser los relativos a la creación del mismo, determinación de su sede, dependencia orgánica, jefatura y competencias, o el aspecto formal de los asientos, en cuyo caso estaríamos ante el ejercicio de competencias organizativas de la Comunidad Autónoma; o, si por el contrario, la norma examinada aborda aspectos de «regulación», tales como determinación de los actos inscribibles, contenido de los

asientos, o documentación que ha de presentarse, lo que supondría el ejercicio de la competencia en materia de «legislación laboral».

Pues bien, aplicando este último criterio, el artículo 9.3 no tiene como cometido la regulación de aspectos organizativos internos del registro, sino que establece, en concordancia con lo previsto en los artículos 4 y 5 de esa Ley, una obligación al empresario consistente en la presentación de determinada documentación sujeta a constancia registral a los efectos de comprobar si reúne los requisitos para no perder su calificación como empresa de inserción, lo que supone el ejercicio de una facultad normativa en materia laboral, en coherencia con el aludido criterio jurisprudencial (STC 18/1982, de 4 de mayo, FJ 13), pues el examen valorativo contenido en los apartados a) documentación acreditativa de las modificaciones estatutarias, b) plan de actividades y c) cuentas anuales, se refiere a aspectos de relevancia externa relacionados con el acceso o los efectos jurídicos del registro.

La sentencia contó con un voto particular en la línea crítica con el encuadramiento competencial de la LEI que ya planteábamos en el antes citado Dictamen 196/2008. El voto particular de la magistrada Adela Asua critica las conclusiones de la sentencia por considerar que la misma realiza "una desmesurada extensión del título estatal previsto en el citado artículo 149.1.7 CE para incluir en el mismo el conjunto del contenido de la ley impugnada, abarcando de este modo aspectos que no pertenecen, stricto sensu, al ámbito de la relación laboral, con la consecuencia subsiguiente de eliminar la posibilidad de que las Comunidades Autónomas intervengan en la materia propia de dicha ley en virtud de sus legítimas competencias estatutarias, señaladamente, las referidas a «servicios sociales», invocadas en su recurso por la Generalitat Valenciana."

La magistrada, en síntesis, apoya su discrepancia en las propias contradicciones del texto de la LEI, que realiza diversas remisiones a la regulación de las comunidades autónomas —difíciles de encajar con la calificación íntegra de su contenido como "legislación laboral"—; contradicción que alcanza su mayor expresión en la disposición final segunda, apartado 3, según la cual, las comunidades autónomas "podrán dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley en el marco de sus competencias".

Considera la magistrada que lo determinante es la finalidad de la norma — "...facilitar la integración de personas en situación de exclusión social, desarrollando al propio tiempo una política de empleo con dichas personas"—. Que esa integración se articule a través de empresas de inserción es instrumental y no absorbe ni altera aquella finalidad esencial. Considera que puede acudirse al derecho mercantil o al laboral para el fin pretendido sin que la regulación se convierta "... íntegramente en legislación mercantil o laboral". El encuadre competencial correcto de la LEI es, por tanto, la materia "asistencia social" en la que ostentan competencias legislativas y ejecutivas las comunidades autónomas y que en este caso se conecta con el fomento del empleo —materia conexa, pero que no es subsumible en el ámbito laboral—.

Todo lo cual lleva a la magistrada a considerar que el título competencial estatal es el del artículo 149.1.13 de la Constitución (CE) —bases y coordinación de la planificación general de la

actividad económica—, que no tiene un alcance legislativo tan intenso como el que presenta la legislación laboral, por lo que las comunidades autónomas podrían aprobar regulaciones en aplicación de sus propias políticas sociales y económicas.

Aun cuando la Comisión pueda compartir el encuadre competencial que realiza el voto particular, no puede obviar que la posición del Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 228/2012 se ha mantenido en otros asuntos semejantes al que ahora nos ocupa.

Así, el Tribunal Constitucional ha considerado "legislación laboral" la regulación de las causas de extinción de los contratos de trabajo aunque se pretenda con ella la promoción de rehabilitación de ex toxicómanos y ex drogadictos (STC 360/1993, FJ 3); las ayudas de fomento del empleo y las acciones de estímulo a la contratación laboral en sus distintas modalidades (SSTC 360/1993, FJ 4; 195/1996, FJ 5 y 95/2002, FJ 8); y la determinación de las medidas alternativas a la cuota de reserva en favor de trabajadores discapacitados (STC 194/2011, FJ 4).

La competencia estatal para el dictado de "legislación laboral" en la doctrina del Tribunal Constitucional es completa, de modo que "ningún espacio de regulación externa les resta a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal" (SSTC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 11; 51/2006, FJ 4; 111/2012, FJ 7; y 244/2012, FJ 4). Y, en consecuencia, **en ese ámbito, las comunidades autónomas disponen de potestades ejecutivas** —incluidas las inspectoras y sancionadoras—, **pero no de potestad reglamentaria, salvo para dictar reglamentos organizativos,** esto es, reglamentos de organización de los servicios, **que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa** (por todas, SSTC 18/1982, FJ 5, 249/1988, FJ 2; 360/1993, FJ 4; 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 61 y 106; y 22/2014, de 13 de febrero, FJ 4; y 159/2016, de 22 de septiembre, FJ 2).

Sobre este aspecto el Tribunal Constitucional ha precisado que "no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a los aspectos organizativos", dentro de los cuales "debe incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa" (SSTC 18/1982, FJ 5, y 360/1993, FJ 4), "pudiendo sólo las Comunidades Autónomas dictar reglamentos de organización de los servicios" (STC 249/1988, FJ 2).

Con todo, y sin perjuicio de lo que luego se dirá en el análisis de algunos de los contenidos de la regulación proyectada, **la Comisión considera que partiendo de la propia LEI cabe sostener la existencia de un espacio regulatorio de la CAPV más amplio que el que a primera vista podría derivarse de la doctrina constitucional porque,** como expusimos en el Dictamen 196/2008 de constante cita, **es cuestionable el exclusivo y excluyente amparo de toda la LEI en el título competencial** —legislación laboral—, **cuando la propia LEI admite la participación autonómica en su desarrollo en el ámbito de sus competencias** —más precisamente, en base a la competencia exclusiva en materia de asistencia social—.

Entenderíamos, por tanto, **en primera instancia** que **el proyecto dictaminado encuentra su fundamento competencial en la competencia exclusiva en materia de "asistencia social"** que el artículo 10.12 del EAPV reconoce a la comunidad autónoma, si bien —tal y como dijimos en nuestro Dictamen 196/2008— **"esa competencia se encuentra actualmente condicionada en el campo de las empresas de inserción social por la legislación estatal en materia laboral, y más concretamente, por la LEI,** en la medida que regula aspectos fundamentales de estas empresas como son, entre otros, su objeto y fines, su concepto y el de las entidades promotoras, así como los requisitos mínimos para su calificación".

Por otro lado, y atendiendo a la propia regulación de la LEI, **la iniciativa se enmarcaría en el ejercicio de la competencia de ejecución de la legislación del Estado en materia de legislación laboral** (artículo 12.2 EAPV).

En este enmarque competencial no debemos olvidar, sin embargo, que la actuación de las empresas de inserción viene estando vinculada con las políticas de empleo y las medidas tendentes a mejorar el empleo y eliminar las disfunciones del mercado laboral.

En este sentido, esta Comisión viene señalando en sus dictámenes (230/2010 y 213/2008 entre otros) que en relación con el derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la CE y los principios rectores de la política social y económica regulados en los artículos 40 y 41 de la misma, el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) dispone que los poderes públicos vascos, en el ámbito de sus competencias, impulsarán una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo y adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica. De ahí que **esta materia no se agote en el ámbito de la ejecución de la legislación laboral** que se desprende del artículo 12.2 del EAPV, **sino que afecta de manera trasversal a otros ámbitos sectoriales sobre las que la CAPV dispone de competencias de distinto signo.**

DCJA 156/2023 párr. 22 a 41

II. Ciberseguridad

El anteproyecto, además de justificar la creación de la Agencia en lo dispuesto en el artículo 10.2 del EAPV, **invoca la competencia reconocida por el artículo 17 del EAPV en materia de seguridad pública, en policía y seguridad ciudadana**. Competencia que ha de entenderse integrada, a su vez, con otras, tales como las **competencias en materias de emergencias y protección civil**. Todas estas competencias **configuran un sistema general de seguridad propio, si bien participado por otras administraciones que también ostentan competencias sobre dichas materias**.

La memoria y exposición de motivos alegan también que dentro de la competencia en seguridad pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi se integran las materias de planificación y coordinación del sistema de seguridad pública de Euskadi. La finalidad de dicha organización **competencial**, cuyas autoridades y órganos autonómicos competentes se regulan en la Ley 15/2012, de 28 de junio, de ordenación del Sistema de seguridad pública de Euskadi, **es la de proporcionar a la ciudadanía la protección frente a toda clase de riesgos y garantizar el libre y pacífico ejercicio de derechos y libertades de forma integral**.

Tal enfoque, a juicio de la Comisión, requiere ser reconsiderado porque la citada STC 142/2018 ha entendido que el encaje de la ciberseguridad en ese ámbito trasciende el campo de las competencias autonómicas, **pues lo ha restringido a las actuaciones relacionadas con las administraciones y sus sistemas de información y comunicaciones.**

Respecto a la ciberseguridad, la sentencia citada acoge para el encuadramiento competencial su definición técnica, como el «conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de la organización y los usuarios en el ciberentorno» (Recomendación de la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT-T X.1205), y la que plasma la Directiva (UE) 2016/1148, de 6 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo, que define la «seguridad de las redes y sistemas de información» como «la capacidad de las redes y sistemas de información de resistir, con un nivel determinado de fiabilidad, toda acción que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad o confidencialidad de los datos almacenados, transmitidos o tratados, o los servicios correspondientes ofrecidos por tales redes y sistemas de información accesibles a través de ellos» (art. 4.2). Con esta finalidad, y según la propia directiva, los estados pueden adoptar medidas de «prevención, detección, respuesta y mitigación de los incidentes y riesgos que afecten a las redes y sistemas de información» (considerando 34).

De ello se extrae una **primera conclusión**: "dado el contenido de los diversos aspectos que configuran el concepto de la ciberseguridad, es posible considerar que ésta puede tener varias acepciones y comprender varias actividades" (FJ 4).

Y consecuentemente, "**no es un concepto o materia reconducible a un único título competencial**. **Puede**, como allí se recalca, i**dentificarse con la seguridad nacional o con la seguridad pública** cuando se trata de la protección ordinaria de las redes y las infraestructuras de telecomunicaciones. **Pero también** puede proyectarse sobre otros planos, como es el caso de **la administración electrónica**, **que abarca la organización de medios y previsión de medidas de protección de la administración y, por extensión, la protección de los derechos de los ciudadanos cuando se relacionan con la administración por medios electrónicos**" (FJ 5).

En particular, **esa acepción conectada con la autoprotección**, que tiene como finalidad

última prevenir las amenazas y vulnerabilidades inherentes a sus redes interdependientes e infraestructuras de la información, tanto internamente como en sus relaciones con los administrados y con otras administraciones o entidades públicas, **ha sido expresamente reconocida como un componente fundamental de las competencias de autoorganización administrativas**.

Ello por cuanto que el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es un aspecto central de la «potestad de autoorganización» inherente a la autonomía (STC 111/2016, de 9 de junio, FJ 11).

Cuando las facultades atribuidas a la agencia autonómica no se limitaban a proteger las redes y sistemas de información de la Administración de la Generalitat y de su sector público y los de los particulares y otras administraciones públicas que se relacionan por medios electrónicos con dicha administración, ha entendido que se infringía el orden constitucional porque la ciberseguridad se integra en las competencias estatales en materia de seguridad pública (149.1.29 CE) y de telecomunicaciones y régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21 CE), lo que impide atribuir a la agencia potestades de intervención o regulación sobre el sector privado.

Dicho de otra forma, **la ciberseguridad tiene, de una u otra forma, una indudable conexión con el mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadanos, que es en lo que consiste la seguridad pública** (SSTC 33/1982, FJ 3; 117/1984, FJ 4; 104/1989, FJ 3; 148/2000, entre otras). **Pero, a juicio del alto tribunal, la ciberseguridad se incluye en materias de competencia estatal** en cuanto, al referirse a las necesarias acciones de prevención, detección y respuesta frente a las ciberamenazas, **afecta a cuestiones relacionadas con la seguridad pública y la defensa, las infraestructuras, redes y sistemas y el régimen general de telecomunicaciones.**

De un lado, por lo que se refiere a la **materia de seguridad pública**:

> **es**, en principio, **competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.29 CE**, precepto constitucional que pone de manifiesto que ya en él se establecen **salvedades** («sin perjuicio de») que, en cierto sentido, vienen a modular la exclusividad de la competencia estatal, proclamada en el párrafo inicial del artículo 149 CE. De esas salvedades pueden derivarse, en su caso, límites, en razón del contenido de los Estatutos de las diferentes Comunidades Autónomas y de la Ley Orgánica a la que la norma constitucional confía la regulación del marco al que ha de ajustarse la creación de policías por las Comunidades Autónomas. Así se ha declarado que «**la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública no admite más excepción que la que derive de la creación de las policías autónomas**» (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3).
>
> (…)
>
> **Sin embargo, la seguridad pública no se agota en la actividad policial** (STC 86/2014,

FJ 4), de modo que la falta de identificación absoluta entre la materia seguridad pública y el ámbito propio de los servicios policiales tiene consecuencias en el plano de la delimitación de competencias en la materia, de manera que a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas corresponde la organización de sus propios servicios policiales y el ejercicio de las funciones o servicios policiales no estatales, así como la necesaria inherencia o complementariedad (SSTC 104/1989, FJ 6, y 175/1999, FJ 5) de determinadas funciones o potestades no estrictamente policiales.

De este modo, en los términos de nuestra doctrina, no basta únicamente la conexión de una determinada función con la materia seguridad pública, para encuadrarla competencialmente en la esfera de responsabilidad del Estado, sino que, además del dato positivo de esa posible conexión, que se daría en todos los casos de funciones policiales, es necesario el negativo de la inexistencia de vinculación específica con la competencia derivada de la «creación» de la policía autonómica, cuyo ámbito competencial no comporta sólo una referencia orgánica, sino también funcional. Esta competencia autonómica se refiere a la función policial prestada por dicha policía autónoma, esto es, a la capacidad de los poderes autonómicos de organizar aquella y ejercer las funciones o servicios policiales no estatales, así como las potestades administrativas que puedan ser consideradas como complementarias o inherentes a las tareas de prevención e investigación de hechos delictivos y persecución de los culpables, del mantenimiento del orden ciudadano y otras análogas que se atribuyen a los cuerpos y fuerzas de seguridad (por todas, STC 104/1989, FJ 4).

Entendida en tales términos, competencias orgánicas y funcionales sobre la propia policía y potestades administrativas inherentes o complementarias a la actividad estrictamente policial, la competencia autonómica derivada de la creación de la policía de seguridad propia es la única excepción que el artículo 149.1.29 CE contempla a la exclusiva competencia estatal sobre seguridad pública.

Cabe señalar que dicha doctrina es coincidente con la expuesta en la STC 86/2014, de 29 de mayo de 2014, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 15/2012, de 28 de junio, de ordenación del Sistema de seguridad pública de Euskadi, de suerte que corresponden al Estado, "además de los servicios policiales que en todo caso han quedado reservados a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, las restantes potestades o facultades administrativas que, siendo relevantes para la seguridad pública, no sean sin embargo propias ni inherentes de las funciones o servicios policiales, según han sido definidos por la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y por la Ley Orgánica a que se remite el artículo 104.2 CE".

Y su conclusión: "no ha de confundirse (es) la competencia específica relativa al 'régimen de la policía autónoma, para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo', prevista en el artículo 17 EAPV, que se proyecta sobre el sistema de autoridades territoriales y servicios policiales propios en los términos ya expuestos con la más genérica y, por tanto, de contenido más amplio –en tanto que abarca un amplio espectro de actuaciones administrativas (STC 104/2005, FJ 5)– en materia de seguridad pública que el artículo 149.1.29.ª CE reserva, con los límites ya examinados, al Estado".

De otro lado, por lo que respecta a la **competencia exclusiva estatal del artículo 149.1.21 CE, en materia de telecomunicaciones y régimen general de comunicaciones**:

> La primera de ellas se conecta con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas (dominio público radioeléctrico), lo que justifica proceder a una «ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y radiocomunicación» [STC 78/2017, de 22 de junio, FJ 4 a), citando la STC 168/1993, de 27 de mayo, FJ 4]. Por su parte la competencia exclusiva estatal respecto del «régimen general de comunicaciones» «comprende, desde luego, la totalidad de las competencias normativas sobre la misma (SSTC 84/1982, FJ 4, y 38/1983, FJ 3); pero implica también un plus», ya que «puede comportar la atribución de las competencias de ejecución necesarias para configurar un sistema materialmente unitario» (STC 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 6).
>
> Como recuerda la STC 8/2016, de 21 de enero, FJ 3: «Desde una última perspectiva, más global, se integra también en la materia de telecomunicaciones y de régimen general de comunicaciones (y corresponde por tanto al Estado la competencia exclusiva conforme al 149.1.21 CE) la conformación, regulación o configuración del propio sector de telecomunicaciones (comunicaciones electrónicas) atendiendo a la convergencia tecnológica (y de servicios) y al marco regulador de las comunicaciones electrónicas de la Unión Europea para asegurar una regulación homogénea en todo el territorio español. Esta homogeneidad resulta necesaria, no solo para el desarrollo e innovación del sector, sino también para la garantía de los derechos de los ciudadanos en el marco de la sociedad de la información (o sociedad del conocimiento), si se tiene en cuenta que el desarrollo de las comunicaciones y de las nuevas tecnologías de la información constituye un factor esencial para lograr la cohesión social, económica y territorial necesarias para evitar, o al menos disminuir, la llamada fractura digital».
>
> A este respecto, el artículo 3 b) del Real Decreto-ley 12/2018, dictado al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones y régimen general de comunicaciones (art. 149.1.21 CE) y seguridad pública (art. 149.1.29 CE), define la seguridad de las redes y sistemas de información como: «la capacidad de las redes y sistemas de información de resistir, con un nivel determinado de fiabilidad, toda acción que comprometa la disponibilidad, autenticidad, integridad o confidencialidad de los datos almacenados, transmitidos o tratados, o los servicios correspondientes ofrecidos por tales redes y sistemas de información o accesibles a través de ellos».
>
> El apartado 7 del artículo 140 EAC atribuye a la Generalitat «de acuerdo con la normativa del Estado, la competencia ejecutiva en materia de comunicaciones electrónicas», citando a continuación las potestades que incluye, potestades que la doctrina constitucional ha relacionado preferentemente con la materia relativa a los medios de comunicación social. Dicha competencia no puede menoscabar ni perturbar la competencia estatal en materia de régimen general de comunicaciones que tiene por objeto ordenar normativamente y asegurar la efectividad de las comunicaciones, ni tampoco la dimensión técnica vinculada al uso del dominio público radioeléctrico que está en manos del Estado, que es su titular (art. 149.1.21 CE; STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 85).

En definitiva, **las funciones atribuidas a la Agencia no pueden afectar a la dimensión de**

la ciberseguridad relacionada con la seguridad pública —que no sea la propiamente policial— **en el ámbito material de las redes e infraestructuras informáticas —salvo en el caso de la autoprotección de la Administración**—.

Lo que no impide que la Agencia, como señala la Ley catalana, **pueda actuar como apoyo, en materia de ciberseguridad, de cualquier autoridad competente para el ejercicio de sus funciones públicas y, en particular, en las tareas de lucha contra las conductas ilícitas, incluidas la intervención directa y la obtención de pruebas electrónicas, ni que pueda colaborar en la investigación y represión de ilícitos penales**, con los cuerpos policiales y las autoridades judiciales de acuerdo con lo establecido por la normativa vigente, previo requerimiento, actuando de forma coordinada y preservando y poniendo a su disposición los elementos relevantes para la investigación y los que puedan constituir una prueba.

La STC 142/2018 confirma su constitucionalidad porque:

> La norma contiene un mandato de colaboración con el resto de autoridades con competencias en materia de ciberseguridad que no es sino concreción del principio general de cooperación que informa el Estado autonómico, así como del deber de colaborar con Jueces y Tribunales y con el Ministerio Fiscal que resulta del ordenamiento jurídico vigente. Más específicamente, acerca de la investigación y represión de ilícitos penales, que, evidentemente, no corresponden a la Agencia, el precepto no le atribuye una función directa en esas materias vinculadas a la seguridad pública. Su participación en las funciones propias de los cuerpos policiales y las autoridades judiciales, en particular en lo relativo a la «intervención directa y la obtención de pruebas electrónicas», no se produce por iniciativa de la propia Agencia, sino que se condiciona a que haya sido requerida para hacerlo, así como que se actué de acuerdo con la normativa vigente. Su actuación en este ámbito es meramente auxiliar y requiere la solicitud expresa, bien de los cuerpos policiales, entre los que se encuentra la policía de la Generalitat (art. 164.5 EAC), bien de las autoridades judiciales competentes, en los términos previstos en la legislación procesal.

Así pues, **lo que legitima y fundamenta la actuación, en este caso, de la Agencia Vasca de Ciberseguridad es la preservación de la seguridad en la Administración electrónica de la Administración General de la Comunidad Autónoma y las redes de comunicaciones electrónicas del resto de administraciones públicas vascas**, tanto a nivel interno como externo, **en su relación con el resto de entidades públicas y los administrados**.

Ahora bien, **esa competencia también obliga a tener en cuenta que se encuentra limitada por la del Estado prevista en el artículo 149.1.18 de la CE**.

La jurisprudencia constitucional, sintetizada en la STC 141/2014, de 11 de septiembre (FJ 5.D), delimita el alcance de la potestad autoorganizativa autonómica en relación con las competencias del Estado para fijar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), recordando que «para determinar el régimen jurídico de la organización y funcionamiento de su propia Administración, no tiene carácter exclusivo, sino que debe respetar y, en su caso,

desarrollar las bases establecidas por el Estado» (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

No obstante, la intensidad de estas bases fijadas por el Estado es diversa. El Tribunal Constitucional afirma que no procede atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos, que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y de los administrados, que en el resto de aspectos en los que sí que se da esta afectación (STC 50/1999, FJ 3).

Como ha quedado expuesto anteriormente, el Estado también ha incidido en este ámbito de la ciberseguridad interna de las administraciones públicas, invocando una triada de títulos competenciales, principalmente, el citado de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (artículo 149.18 CE), pero también los de seguridad pública (artículo 149.1. 29 CE) y telecomunicaciones y régimen general de comunicaciones (artículo 149.1.21 CE).

Puede decirse que **es indudable la capacidad de las administraciones públicas vascas y su sector público para prevenir y dar respuesta a las amenazas derivadas de la ciberseguridad, pero, igualmente, deben hacerlo respetando las bases establecidas por el Estado, materializadas en el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, y sobre todo en el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad**.

DCJA 85/2023 párr. 158 a 180

III. Cooperación al desarrollo

En relación con el Estado:

El Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) no contiene una atribución competencial expresa en el ámbito material "**cooperación al desarrollo**", como sí la contemplan —aunque en términos no iguales— los denominados estatutos de autonomía de segunda generación —por todos, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (artículo 51 y artículo 197), o la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura (artículo 9.1.6)—. Sin embargo, ese silencio no depara ninguna consecuencia negativa para el anteproyecto.

Como señalábamos en el Dictamen 92/2004, al estudiar el anteproyecto de ley de la que luego sería la Ley 1/2007, de 27 de febrero, de cooperación al desarrollo (Ley 1/2007), esencialmente sobre la base de la doctrina constitucional de las Sentencias del Tribunal Constitucional (**STC) 137/1989**, de 20 de julio, y 165/1994, de 26 de mayo, **"desde el punto de vista competen-**

cial, las actuaciones de los poderes públicos destinadas a la cooperación para el desarrollo son ejercicio de las atribuciones que les confiere el ordenamiento con la particularidad de que se despliegan en un ámbito espacial y personal que trasciende las fronteras políticas existentes. Ahora bien, esa proyección exterior o, si se quiere, internacional, no las convierte en 'relaciones internacionales' a los efectos del artículo 149.1.3º de la Constitución (CE)".

Debemos, no obstante, completar esa conclusión a la vista de la doctrina constitucional y de las normas legales aprobadas por el Estado después de la Ley 1/2007.

En el terreno de la doctrina constitucional, sucesivas sentencias del **Tribunal Constitucional (SSTC 31/2010, 118/2011, 138/2011, 46/2015, 85/2016, 228/2016 y 135/2020) han confirmado la competencia de las comunidades autónomas en materia de acción exterior**. Del mismo modo, distintas normas legales estatales han reconocido dicha competencia. La cuestión, por tanto, no gira ya en torno a la existencia de la competencia, sino a la de los **límites que se proyectan sobre el ejercicio de la misma.**

Para empezar nuestro examen, la doctrina constitucional sobre dicha competencia queda bien resumida en el fundamento jurídico (FJ) 4 de la STC 46/2015:

> a) Las Comunidades Autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, pueden llevar a cabo actividades con proyección exterior, si bien con el límite de las reservas que la Constitución efectúa a favor del Estado y, en particular, de la reserva prevista en el art. 149.1.3 CE, que le confiere competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales;
>
> b) Para fijar el alcance de dicha competencia exclusiva estatal "es preciso tener en cuenta que no cabe identificar la materia relaciones internacionales con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque en todo caso han de quedar fuera de la actividad con proyección exterior de las Comunidades Autónomas las actuaciones comprendidas en el referido título competencial;
>
> c) Sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva a favor del Estado del art. 149.1.3 CE, este Tribunal ha identificado como algunos de los elementos esenciales que conforman su contenido los relativos a la celebración de tratados (ius contrahendi), a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado; en otras palabras, las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, lo que supone, necesariamente, que las actividades con proyección exterior que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas deben entenderse limitadas a aquellas que no impliquen el ejercicio de un ius contrahendi, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y

no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales”

d) Dentro de la competencia estatal se sitúa la posibilidad de establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas para evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que corresponde en exclusiva al Estado.

La posterior **STC 85/2016, de 28 de abril, analizó —y validó— la constitucionalidad de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y el Servicio Exterior del Estado** (Ley 2/2014), e incidió en esa facultad para establecer medidas de coordinación del Estado, que vinculó al artículo 97 de la Constitución (CE) que, si bien no podría ser considerado como una norma atributiva de competencias, sí servía para delimitar los contornos del título estatal en materia de “relaciones internacionales”.

Sobre dicha cuestión volvió a incidir la STC 228/2016, de 22 de diciembre, esta vez al hilo del examen de constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea.

Se reiteró el contenido de la competencia estatal ex artículo 149.1.3 de la CE, integrada por las facultades clásicas que el derecho internacional reconoce a los Estados como sujetos de ese derecho, pero también por una potestad más amplia de “dirección y puesta en ejecución de la política exterior” que le permite al Estado coordinar las actuaciones autonómicas con proyección exterior y proceder a fijar medidas y mecanismos de relación que van desde la información recíproca a la instauración de técnicas autorizatorias, o de coordinación a posteriori, preventivas u homogeneizadoras. Tales como las que contempla la Ley 2/2014 (p. ej., en los artículos. 5.2, 11.4 o 12.1).

Mas adelante, la sentencia resaltó la importancia del principio de unidad de acción en el exterior [artículo 3.2.a) de la Ley 2/2014] que asume la premisa de una acción exterior tanto de las comunidades autónomas y otros sujetos distintos del Estado, pero de forma coordinada, a fin de garantizar los objetivos de la política exterior del Gobierno, “… de modo que ‘[e]l establecimiento de ‘directrices, fines y objetivos’ que, en cuanto tales, deben ser seguidos por los sujetos coordinados, resulta pues propio de la competencia de ordenación y coordinación que, como director de la política exterior del Estado, incumbe al Gobierno en esta materia’. Con la consecuencia de que ‘el principio de unidad de acción en el exterior y la fijación de directrices, fines y objetivos en este ámbito, responden a la naturaleza misma de la política exterior y de las relaciones internacionales que requieren una actuación no fragmentada, común y coordinadora, dirigida por el Estado en cuanto titular de la representatividad de nuestro país a nivel internacional’”.

Esta doctrina se mantiene en la STC 77/2017, de 21 de junio, y STC 135/2020, de 23 de septiembre. Esta última sobre el Plan estratégico de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea 2019-2022 del Gobierno de la Generalitat, al que aplicó los límites expuestos,

también respecto a los contenidos de dicho plan, materialmente reconducibles al área de la cooperación al desarrollo —así, el compromiso de alcanzar el 0,7 % en ayuda oficial al desarrollo o la previsión de un plan para el África Subsahariana—.

El tribunal confirmó la competencia para el desarrollo de la acción exterior autonómica en materia de cooperación al desarrollo, pero consideró no ajustados al deslinde competencial los dos aspectos señalados, por desconocer los límites de la acción exterior autonómica e interferir en la política exterior y, en consecuencia, invadir la competencia estatal en materia de relaciones internacionales.

En cuanto a las norma legales estatales que guardan relación con el anteproyecto cabe citar, en primer término, la referida Ley 2/2014 que, según su disposición final cuarta, "se dicta al amparo de los artículos 149.1.3ª, 97 y 149.1 18ª de la Constitución que atribuyen al Estado la competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales, dirección de la política exterior y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios".

Como hemos señalado, esta Ley 2/2014 ha sido validada por el Tribunal Constitucional y, de esta forma, **se ha asentado en el ordenamiento una definición de la acción exterior estrechamente vinculada a la política exterior y, por tanto, sometida a las medidas coordinadoras del Estado que —según lo expuesto— pueden ser adoptadas en virtud del artículo 149.1.3 de la CE y han sido consideradas conformes al orden constitucional de distribución de competencias por el Tribunal Constitucional**.

La **Ley 2/2014** define la acción exterior del Estado como "el conjunto ordenado de las actuaciones que los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes llevan a cabo en el exterior, en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrolladas de acuerdo con los principios establecidos en esta ley y con la observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno en el ejercicio de su competencia de dirección de la Política Exterior" (artículo 1.2.b).

Los **ámbitos propios de la acción exterior** se enumeran en los artículos 15 a 33 y, entre tales ámbitos, el artículo 24 se refiere a la **acción exterior en materia de cooperación para el desarroll**o.

En la Ley 2/2014, la acción exterior —elemento esencial para la ejecución de la política exterior— ha de desarrollarse en el marco de los instrumentos de planificación regulados en la ley, así como de los principios que enuncia su artículo 3.2 —unidad de acción, lealtad institucional, coordinación y cooperación, planificación, eficiencia, eficacia y especialización, transparencia y servicio al interés general—.

Entre los sujetos de la acción exterior del Estado (artículo 5) figuran las comunidades autónomas, cuya competencia para desplegar actividades en el exterior reconoce expresamente el artículo 11, precisando que su desarrollo se producirá "en el marco de las competencias que les sean atribuidas por la Constitución, los Estatutos de Autonomía y las leyes".

Al mismo tiempo, enuncia los límites en positivo: el respeto a los principios que establece la ley y la adecuación a las directrices, fines y objetivos de la política exterior, así como a los instrumentos de planificación de la acción exterior que establezca el Estado en el ejercicio de sus facultades de coordinación. Y, seguidamente, delimita negativamente la acción exterior autonómica, que no podrá comportar "en ningún caso, la asunción de la representación del Estado en el exterior, la celebración de tratados internacionales con otros Estados u organizaciones internacionales, la generación, directa o indirecta, de obligaciones o responsabilidades internacionalmente exigibles al Estado, ni incidir o perjudicar la Política Exterior que dirige el Gobierno", al que corresponde "establecer las medidas y directrices que regulen y coordinen las actividades en el exterior de las Comunidades Autónomas".

El mismo artículo 11 reconoce la capacidad de las comunidades autónomas y de las entidades que integran la Administración Local para celebrar acuerdos internacionales administrativos en ejecución y concreción de un tratado internacional, así como en materias de su competencia, acuerdos no normativos con órganos análogos de otros sujetos de derecho internacional, no vinculantes jurídicamente para quienes los suscriben —dichas facultades se reiteran en los artículos 52 y 53 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales—.

Por último, debemos hacer referencia a la **Ley 1/2023, de 20 de febrero, de cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad** (en adelante, Ley 1/2023).

Conforme a su disposición final primera, se dicta "en cumplimiento del principio proclamado en el preámbulo de la Constitución Española de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra y al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.3.ª de la Constitución Española (CE), que atribuye al Estado la competencia en materia de relaciones internacionales y, sin perjuicio de la capacidad de actuación reconocida a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la cooperación para el desarrollo sostenible, en virtud del ordenamiento jurídico español".

La Ley 1/2023 se ha aprobado durante la tramitación del presente anteproyecto, aunque, según se infiere de algunos documentos del procedimiento, parece haberse tenido en cuenta.

De su larga exposición de motivos, para este examen conviene resaltar el entendimiento de la política de cooperación como elemento integral, central y definitorio de la acción exterior de Estado, si bien se precisa que tal acción exterior "no se agota en los elementos esenciales de las relaciones internacionales por lo que según reiterada jurisprudencia constitucional existe amplio margen para la acción exterior de las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias. Por ello y desde esta realidad, la ley reconoce a la cooperación descentralizada como una de las señas de identidad y fortaleza de la cooperación al desarrollo sostenible española y expresión de sus respectivas sociedades".

Aunque **la ley** no admite una interpretación sencilla, por contar con una estructura y sistemáticas complejas y un abundante contenido programático y didáctico que tampoco facilita el deslinde de los mensajes jurídicos prescriptivos, ni el alcance de estos, cabe decir que **configura la política de cooperación al desarrollo sostenible como una política pública que se despliega a través de la acción exterior con el fin de contribuir a alcanzar las metas globales de desarrollo sostenible establecidas por las Naciones Unidas**, en la actualidad, la Agenda 2030, la Agenda de Financiación del Desarrollo Sostenible, la Alianza Global para la Cooperación Eficaz al Desarrollo, el Acuerdo de Paris en el ámbito climático, la Unión Europea y otras instancias multilaterales, y la estrategia española de desarrollo sostenible en su dimensión exterior (artículo 1.2). Dicha política se despliega a través del sistema español de cooperación para el desarrollo sostenible que, entre otros agentes, comprende a las comunidades autónomas y a los entes locales (artículo 1.3).

Sin perjuicio de las declaraciones genéricas y programáticas, el artículo 35, "cooperación descentralizada", encierra los términos en que **la ley contempla la actividad de las comunidades autónomas, cuya acción en la cooperación para el desarrollo sostenible se realizará según sus respectivos estatutos de autonomía, leyes autonómicas y líneas generales establecidas por sus asambleas legislativas**.

A continuación, añade que dicha acción deberá respetar en su ejercicio las líneas generales y directrices básicas establecidas por las Cortes Generales a que se refiere el artículo 23.1 de esta ley, así como lo establecido en la Ley 2/2014 y el principio de colaboración entre administraciones públicas en cuanto al acceso y participación de la información y máximo aprovechamiento de los recursos públicos.

Seguidamente, el apartado 6 del mismo artículo 35 "…reconoce la especial capacidad de las comunidades autónomas y entes locales directamente o a través de otros actores, singularmente de las ONGD, centros educativos y universidades, para realizar tareas de Educación para el desarrollo sostenible y la Ciudadanía Global", y el artículo 36 reconoce el importante papel de las comunidades autónomas en el sistema de cooperación española para el desarrollo sostenible y la solidaridad global junto a la singularidad, complementariedad y diversidad de sus políticas respecto de las que lleva a cabo la Administración General del Estado y otros actores de la cooperación. Dicha cooperación —señala el precepto— "se ejerce con autonomía presupuestaria y en el marco de sus competencias y se realiza de manera directa, desde las propias administraciones autonómicas, así como con otras entidades".

Confrontada la regulación proyectada con la doctrina constitucional descrita y las leyes estatales que integran en este caso el canon de constitucionalidad, **la Comisión considera que el anteproyecto se desenvuelve dentro del potencial de la competencia de la CAE en materia de acción exterior, del que la cooperación al desarrollo es una de sus manifestaciones más relevantes.**

Únicamente, **se aprecia la necesidad de revisar en el artículo 3.2.b) la expresión "-no condicionada, entre otros, a los criterios de política exterior-", que,** de acuerdo con lo expuesto,

podría suscitar problemas de compatibilidad en relación con los límites que para la cooperación al desarrollo pueden provenir de la política exterior del Estado.

En el examen competencial resta, por último, recordar que, **además del fundamento competencial principal, el anteproyecto encuentra también amparo en el título de autoorganización** (artículo 10.2 EAPV), en lo que atañe a la organización institucional de la cooperación pública vasca, y en el de la hacienda pública propia (artículo 40 EAPV), **con especial referencia a la submateria subvenciones**.

En relación con los territorios históricos:

La **Ley 27/1983**, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos (LTH), **no menciona el ámbito competencial de la cooperación**, por lo que en aplicación del artículo 6.1 de dicha ley **cabría sostener que se trata de un ámbito que no ha sido objeto de reparto interno en la CAE** y corresponde a las instituciones comunes.

Esa primera aproximación, empero, n**o es correcta porque, en aplicación de los mismos criterios y método empleados en el examen del fundamento competencial principal del anteproyecto, los territorios históricos tienen capacidad para desplegar una acción exterior vinculada al ejercicio de sus competencias y en defensa de sus intereses, sometida a los límites antes descritos** —líneas y directrices básicas de las Cortes Generales (artículo 23.1 de la Ley 1/2023 y las derivadas de la Ley 2/2014—.

El expediente de elaboración deja amplia constancia de la preocupación del órgano promotor por llegar a una solución satisfactoria en la conformación de la nueva arquitectura institucional de la cooperación en la CAE.

En ese sentido, como reconoce la memoria final, "conscientes de las dificultades que entrañaba la voluntad de ampliar el marco de aplicación de la norma, en la elaboración del presente anteproyecto se puso especial atención en el análisis de la materia de competencias para lo que se llevaron a cabo consultas y sesiones de trabajo específicas con personas expertas. El actual anteproyecto supera la referencia limitada de la ley 1/2007 y asume el protagonismo compartido y diferenciado de los tres niveles de la administración vasca -respetando en todo caso las normativas competenciales aplicables a cada administración-. Lo anterior es coherente con la arquitectura institucional y administrativa de la CAE, pero también con la orientación del nuevo texto normativo que está llamado a la conformación de alianzas a favor de los objetivos de desarrollo".

El anteproyecto, a la hora de articular el reparto interno, **asume como premisa el carácter compartido de la materia cooperación en el que actúan los tres niveles —autonómico, foral y local—.**

En sintonía con esa decisión, se enuncian finalidades, características, objetivos, principios y enfoques prioritarios de la política vasca de cooperación y solidaridad (artículos 1. 2 y 5, 3, 4, 5 y 6) de un modo abierto y orientador de la actuación de cada nivel institucional. Junto a ello **se establecen cauces para la colaboración y cooperación entre los tres niveles** (artículos 12 y 13). Y, con la finalidad expresa de preservar la coherencia de las actuaciones del sector público vasco, el artículo 14 (planificación) abre la vía a que la Administración General de la Comunidad Autónoma pueda fijar objetivos y prioridades para la acción pública en materia de cooperación y solidaridad.

El anteproyecto se alinea de este modo con el esquema competencial del marco europeo y el estatal que entienden la cooperación como un terreno en el que puedan actuar diferentes actores, sin perjuicio de establecer horizontes comunes para todos los agentes públicos con el fin de que la diversidad —que se asume como una fortaleza del sistema— **converja en la consecución de los objetivos y finalidades propuestos.**

La opción regulatoria propuesta en el anteproyecto, por tanto, es una de las posibles para articular la distribución competencial en el seno de la CAE.

DCJA 117/2023 párr. 97 a 134

IV. Enseñanza (art. 16 EAPV)

Entrando ya en el deslinde competencial entre Estado y Comunidad Autónoma, puede decirse que, pese a la amplitud con la que se enuncia la competencia autonómica en al artículo 16 del EAPV, esta ha sido objeto de una reconducción importante.

A tenor de dicho precepto:

> En aplicación de lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Constitución, es de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149 1.30 ª de la misma y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.

Pese a que invoca la raíz foral de la competencia, **el Tribunal Constitucional**, tras recordar que la actualización de los derechos históricos se ha llevado a cabo mediante el EAPV y que la materia de educación goza en el EAPV un tratamiento singularizado y separado con respecto a otras materias que se enumeran en los artículos 10, 11 y 12, **ha entendido que ello no significa ninguna singularidad en el acervo competencial de la Comunidad Au-**

tónoma:

> Mediante el examen del precepto estatutario reproducido podemos apreciar que, si bien se remite expresamente a la garantía de la foralidad que contiene la disposición adicional primera de la Constitución, lo que constituye por sí mismo el reconocimiento de un derecho histórico, somete las competencias autonómicas en esa materia, en todo caso, a los mismos límites que rigen para las demás Comunidades Autónomas de acuerdo con el marco constitucional: el contenido del artículo 27 CE y las leyes orgánicas que lo desarrollen, las facultades que el artículo 149.1.30 CE atribuye al Estado y la alta inspección necesaria para el cumplimiento y garantía de esas facultades. De ahí que en la STC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 2, afirmáramos que «[e]l artículo 16 del Estatuto Vasco, 'en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Constitución' reserva a la Comunidad Autónoma del País Vasco, sustancialmente, iguales competencias y con la misma salvedad» que las que estaban entonces definidas en el artículo 15 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (STC 68/2018).

En cuanto a los mencionados límites, respecto al contenido del artículo 27 de la CE nada cabe añadir a lo ya señalado acerca del mismo, mientras que sobre las leyes orgánicas que lo desarrollen cabe decir lo siguiente.

De acuerdo con la doctrina constitucional, **la reserva a la ley orgánica** (ex artículo 81.1 CE) ha de entenderse en sentido restrictivo pues la ley orgánica **debe limitarse al desarrollo directo en cuanto tal del derecho fundamental, sin adentrase en lo que constituye regulación de su ejercicio, que es la tarea propia de la ley ordinaria** (SSTC 6/1982, 67/1985, 160/1987, 127/1994 y 173/1998, entre otras).

Es cierto que no existe una respuesta unívoca a la cuestión de cómo ha de concretarse en cada supuesto el "desarrollo de los derechos fundamentales" a que alude el artículo 81.1 de la CE. Ello depende del tipo de derecho de que se trate y, especialmente, de los términos en los que se haya reconocido en el correspondiente precepto constitucional. Porque lo que la ley orgánica ha de desarrollar de forma directa y estricta es, precisamente, la norma que contiene el derecho (SSTC 6/1981 y 6/1982). En este caso el artículo 27 de la CE, que ya diseña los elementos esenciales que condicionan el desarrollo del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

En concreto**, la Comisión,** al analizar tal límite, **ya ha señalado** (dictámenes 48/2004, 26/2005 y 30/2008) **que no debe ser interpretado como un impedimento absoluto para que la Comunidad Autónoma pueda desplegar su actividad normativa en todo aquello que, en desarrollo del artículo 27, haya sido objeto de regulación al amparo del artículo 81.1 de la Constitución**.

Así, la STC 137/1986, de 6 de noviembre, a propósito de la impugnación de la Ley 15/1983, de 27 de julio, por la que se crea "Euskal Ikastolen Erakundea-Instituto Vasco de Ikastolas" y se aprueba el Estatuto jurídico de las Ikastolas, afirma la existencia de un ámbito propio del normador

autonómico, que no queda anulado a causa del carácter orgánico de la norma estatal.

En palabras del alto tribunal, la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece —el legislador estatal) y otras fuentes de producción reconocidas en la CE —en este caso, el legislador autonómico con competencia de desarrollo de la legislación básica del Estado en materia de educación—, de tal forma que se alcanza, así, una disciplina integral y articulada del ámbito citado.

Más concretamente, la STC 137/1986 señala: "… la delimitación de competencias que establece el art. 149.1.30ª entre el Estado y las Comunidades cuyos Estatutos hayan operado a partir de ese precepto, no podrá establecerse, sin más, tomando como parámetro el texto formalmente aprobado en 'desarrollo' de los derechos enunciados en el art. 27 CE. Para alcanzar el deslinde competencial es necesaria una indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la ley orgánica, encierran 'normas básicas para el desarrollo del art. 27', porque sólo son ellas, respecto de estas Comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas. No toda divergencia, pues, entre ley orgánica y territorial será causa de vicio de inconstitucionalidad en esta última…"

En definitiva, **no todas las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la CE han de ser contenido de la ley orgánica**, y las previsiones de tal naturaleza que se incluyen en una ley orgánica, por conexión, deben ser debidamente identificadas**, por no ser en realidad desarrollo del núcleo básico del "derecho a la educación**", aunque pueden constituir complemento indispensable de su regulación **y, por ello, se insertan con el carácter de ley ordinaria dentro de aquella.**

Han sido las **facultades que atribuye el artículo 149.1.30 de la CE** las que han ocupado al Tribunal Constitucional, y conforme a una doctrina plenamente consolidada, atribuye al Estado dos competencias diferenciadas que presentan un distinto alcance.

En primer lugar, le reconoce competencia exclusiva para la "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales", mientras que, en segundo lugar, le asigna competencia sobre las "normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia".

La primera de esas competencias comprende (SSTC 111/2012 y 184/202) la de "establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de las profesiones tituladas, es decir, aquellas cuyo ejercicio exige un título (ad ex : Graduado Escolar, Bachiller, Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico en la especialidad correspondiente, Licenciado, Arquitecto, Ingeniero, Doctor), así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado" (STC 42/1981, de 22 de diciembre, F. 3, reiterado en la STC 122/1989, de 6 de julio , F. 3). En todo caso, la extensión de esta competencia estatal exclusiva, que supone la reserva al Estado de toda la función normativa en relación con dicho sector (STC 77/1985, de 27 de junio, F. 15), determina que

las Comunidades Autónomas sólo puedan asumir competencias ejecutivas en relación con esta materia (así, en la STC 111/2012, de 24 de mayo, F. 5)".

Por otra parte, corresponde también al Estado, en virtud del art. 149.1.30 de la CE, la competencia para dictar las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la CE, que debe entenderse en el sentido de que incumbe al Estado "'la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE' (STC 77/1985, de 27 de junio, F. 15). Resulta pertinente recordar que el derecho a la educación incorpora un contenido primario de derecho de libertad, a partir del cual se debe entender el mandato prestacional a los poderes públicos encaminado a promover las condiciones para que esa libertad sea real y efectiva (art. 9.2 CE) (SSTC 86/1985, de 10 de julio, F. 3; y 337/1994, de 23 de diciembre, F. 9), y que su ejercicio ha de tener lugar en el marco de un sistema educativo cuyos elementos definidores son determinados por los poderes públicos, de modo que la educación constituye una actividad reglada (SSTC 337/1994, de 23 de diciembre, F. 9; y 134/1997, de 17 de julio, F. 4). En todo caso, en la configuración de ese sistema educativo han de participar necesariamente los niveles de gobierno estatal y autonómico, de acuerdo con sus competencias" (STC 111/2012, F. 5).

De las SSTC 111/2012 y 25/2013 se puede extraer la idea de que es precisa una interpretación estricta de la primera de las competencias:

> la competencia estatal incluye el establecimiento de los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, títulos que han de tener el mismo valor en toda España (STC 42/1981, de 22 de diciembre, FF. 3 y 4), por lo cual, corresponde al Estado asegurar una formación mínima común, estableciendo su contenido y la forma de acreditar los conocimientos inherentes a la misma. Ahora bien, ello no ha de traducirse necesariamente en la regulación completa de los requisitos y procedimientos de evaluación, …sino sólo de aquellos contenidos y criterios básicos que forman parte de las enseñanzas mínimas, por lo que queda un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollar sus facultades normativas inherentes a las competencias que ostentan en la materia (FJ 10).

Respecto a las competencias autonómicas, la STC 111/2012 insiste en dos ideas. La primera destaca que:

> el sistema educativo del país debe estar homologado (art. 27.8 CE) en todo el territorio del Estado, por lo cual, y por la igualdad de derechos que el art. 139 CE reconoce a todos los españoles, es lógica la competencia estatal del art. 149.1.30 CE para el establecimiento de las normas básicas de desarrollo del art. 27 CE, y, asimismo, que por su propia naturaleza, corresponda al Estado la ordenación general del sistema educativo (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 28). También hemos reconocido que la competencia del Estado para dictar normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE se extiende a la programación general de la enseñanza a que se refiere el art. 27.5 CE (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 11), y que es de competencia estatal el establecimiento de las enseñanzas mínimas, que lleva aparejada la concreción de su contenido, que comprende la fijación de objetivos por bloques temáticos en relación con cada disciplina o materia,

> y la fijación de los horarios mínimos que se consideren necesarios para su enseñanza efectiva y completa (STC 88/1983, de 27 de octubre, FJ 3).

La segunda idea muy relevante para el examen del anteproyecto resalta que:

> …todo ese conjunto de competencias estatales, …, constituyen unas exigencias que son compatibles con la competencia plena de las Comunidades Autónomas en los planos legislativo y ejecutivo en los términos enunciados en los respectivos Estatutos de Autonomía (STC 6/1982, de 22 de febrero, FJ 4), y deben ejercerse «de forma suficientemente amplia y flexible como para permitir que las Comunidades Autónomas con competencias normativas en la materia puedan adoptar sus propias alternativas políticas en función de sus circunstancias específicas» (STC 131/1996, de 11 de julio, FJ 3).

Sin perjuicio de que la competencia en materia de educación sea compartida, como señala el propio Tribunal Constitucional debe tener un alcance suficiente para que la CAE pueda adoptar sus "propias alternativas políticas".

En nuestro caso**, para delimitar la competencia autonómica es preciso acudir a las dos leyes orgánicas que disciplinan la materia, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE)** —porque no es objeto del anteproyecto, nos limitaremos a mencionar la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional—.

La primera prevé en su disposición final primera que el Gobierno y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán dictar cuantas disposiciones sean precisas para la aplicación de la presente ley.

La segunda, en su disposición final quinta, invoca las dos submaterias, la básica (párrafo 1) y la exclusiva (párrafo 2) que ostenta el Estado, mientras que la disposición final séptima identifica los preceptos que tienen naturaleza orgánica.

En relación a la disposición final quinta de la LOE, se ignora cuál es el fundamento competencial que permite al Estado dictar los preceptos expresamente excluidos de su carácter básico —es decir, que no tienen el amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.1.ª, 18.ª y 30.ª CE— e identificados en su párrafo 1, debiéndose pensar que rigen en el ámbito de gestión del propio Ministerio de Educación y, en particular, en el sistema educativo de las ciudades de Ceuta y Melilla. Sin embargo, siendo así en parte, lo cierto es que en general se refieren a habilitaciones que se conceden a las "Administraciones educativas" para completar determinados contenidos de la ley, reconduciendo y orientando el sentido de las competencias autonómicas.

Entremedias, la disposición final sexta señala que las normas de esta ley podrán ser desarro-

lladas por las comunidades autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la disposición adicional primera, número 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

Respecto al artículo 6 bis de la LOE, cabe considerar que el mismo resulta en general inválido porque el Gobierno del Estado carece de las competencias que señala su apartado 1, cuando están sometidas a reserva de ley orgánica u ordinaria, o superfluo, porque lleva a cabo una traslación en abstracto del reparto competencial fijado por la Constitución y los estatutos de autonomía.

Solo cabe excepcionar del contenido del citado precepto aquellas habilitaciones específicas que señala el párrafo 1.c), "la fijación de las enseñanzas mínimas a que se refiere el artículo anterior", que no hace sino reiterar lo que ya dispone el artículo 6.3 de la LOE, y la del párrafo 2 que es coincidente con el mensaje de la disposición final sexta de la LOE.

Otra cosa distinta es que el Tribunal Constitucional haya admitido la regulación reglamentaria de materias básicas por parte del Gobierno, pero con determinados condicionantes formales y materiales: primeramente, que exista una habilitación legal expresa y, en segundo lugar, que su rango reglamentario venga justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exija un tratamiento para el que las normas legales resultaran inadecuadas por sus mismas características.

Puede decirse que **ambas leyes abarcan todas las cuestiones fundamentales de la educación y la enseñanza, es decir, los principios normativos generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en el artículo 27 de la CE**.

En esta relación, que tampoco quiere resultar exhaustiva, se incluyen los principios y fines de la educación, la ordenación general del sistema educativo, la fijación de las enseñanzas mínimas, las obligaciones de los poderes públicos en garantía de la gratuidad y equidad de la educación, el régimen de becas y ayudas, la normas de escolarización y admisión, la libertad de creación de centros docentes y programación de la oferta de plazas, los conciertos educativos, la comunidad educativa, la participación en el funcionamiento y gobierno de los centros, los órganos de gobierno o la inspección educativa.

Ahora bien, se ha de **subrayar que no puede ser entendida como una regulación completa y cerrada porque, como venimos sosteniendo, salvo en el caso de los títulos académicos y profesionales, se trata de una competencia compartida, en la que las comunidades autónomas deben tener un margen para completar y desarrollar las normas estatales**, pues han de participar en la configuración de los elementos definidores del sistema educativo.

El contraste entre la disposición legal proyectada, que realiza una regulación general de la política educativa del País Vasco, con excepción de las enseñanzas universitarias y la formación profesional, tal y como precisa el artículo 1.3 del anteproyecto, **y ambas leyes orgánicas es fundamental, porque la regulación autonómica no puede contradecir o regular de un modo distinto ningún aspecto esencial del derecho a la educación**.

Ello al margen de lo que se deriva de las normas reglamentarias dictadas por el Estado, que también constituyen normativa básica, que han abarcado, entre otras, la materia de las enseñanzas, profesorado y equipos directivos, centros docentes o becas y ayudas.

DCJA 56/2023 párr. 215 a 246

Así las cosas, **el establecimiento de una duración superior de los cursos de especialización a la establecida con carácter básico resulta problemática y no se ajusta debidamente a las competencias atribuidas a esta comunidad autónoma** para desarrollar el currículo básico de los cursos de especialización tendentes a la obtención de la titulación de especialista o master.

No debemos olvidar que, en el presente caso, se aborda el desarrollo de enseñanzas que conducen a la obtención de un título con validez en todo el territorio estatal y que el contenido de los cursos de especialización debe ajustarse a la duración máxima atribuible a cada título, teniendo libertad la Comunidad Autónoma para, respetando los horarios mínimos, incluir contenidos que satisfagan las exigencias de la cualificación profesional requerida para alcanzar el perfil profesional definido.

En este sentido **el desarrollo de la duración de los módulos profesionales se debería ajustar a la duración máxima establecida para los cursos de especialización en los reales decretos respectivos**. Siendo que **la facultad de desarrollo se ejecuta a partir de los contenidos mínimos fijados por el Estado, pero con el horizonte de completarlos hasta el límite de la duración total establecida para el título respectivo.**

Otra posibilidad, si así se considera conveniente, **es que se abordara el exceso de formación que se ha establecido en programas propios de la CAPV**, que se enmarcarían dentro de la enseñanza no reglada del sistema educativo común y que, en todo caso, se deberían implementar de forma diferenciada e inconfundible con los cursos de especialización previstos en la LOOIFP y en el Real Decreto 1147/2011.

Es decir, **esa parte del horario se podría organizar como una unidad formativa dentro de los programas de especialización profesional,** que sería **acreditada por el departamento competente en materia de formación profesional del sistema educativo,** siguiendo lo señalado en la LFPPV.

DCJA 73/2023 párr. 104 a 108

V. Medioambiente (art. 11.1 EAPV)

En relación con el Estado

(…)

La legislación del Estado en la **materia de cambio climático**, principalmente la Ley 7/2021 y la Ley 1/2005, se dicta conjuntamente al amparo de las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149.1.13.ª de la CE en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, en el artículo 149.1.23.ª de la CE, de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección, y en el artículo 149.1.25.ª de la CE, de bases del régimen minero y energético.

Con respecto al artículo 149.1.13 de la CE, la jurisprudencia constitucional ha admitido que dicho título competencial puede amparar tanto normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como previsiones de acciones o medidas singulares indispensables para alcanzar los fines propuestos en la ordenación (STC 77/2004).

Recientemente, el Tribunal Constitucional ha reconocido con mayor énfasis la necesidad de no relegar los títulos competenciales estatales 149.1.13 y 149.1.25, como así se explica en la Sentencia (STC) 87/2019, de 20 de junio, a propósito de la Ley catalana de cambio climático:

> Una jurisprudencia reiterada de este Tribunal ha reconocido la importancia de la producción y distribución de energía tanto para la vida cotidiana como para el funcionamiento de la actividad económica, a los efectos de amparar la regulación de aquella actividad no solo en el título competencial específico que reserva al Estado el establecimiento de las bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE), sino también en el título transversal relativo a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE [así, SSTC 69/2018, de 21 de junio, FJ 6 b); 148/2011, de 28 de septiembre, FJ 6; 18/2011, de 3 de marzo, FJ 6, y STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 4 a)]. A su vez, en relación con este último título competencial (bases y coordinación

de la planificación general de la actividad económica), la jurisprudencia constitucional ha señalado que el Estado puede a su amparo no solo «fijar] las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos» para alcanzar objetivos de política económica general o sectorial (por todas, STC 139/2013, de 8 de julio, FJ 3, refiriéndose a actividades de fomento en el mercado inmobiliario «por la evidente conexión de este sector con la economía nacional»; o STC 143/2017, de 14 de diciembre, FJ 13, sobre la orientación de las políticas públicas hacia la rehabilitación y regeneración de las ciudades), sino también, y muy principalmente, acometer la «ordenación general de la economía» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 5) y adoptar «medida[s] de política económica general» para atender a supuestos en los que «para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precisa una actuación unitaria en el conjunto del territorio del Estado» (por todas, SSTC 79/2017, de 22 de junio, FJ 6, y 89/2017, de 4 de julio, FJ 8, ambas con cita de otras).

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia interpretativa de los títulos de los arts. 149.1.25 y 149.1.13 de la Constitución y el contenido y finalidad de la ley impugnada, no es posible relegar en este caso los títulos citados (energía y economía) al papel un tanto secundario o adjetivo, no sustancial, apreciado en las SSTC 15/2018, 62/2018 y 64/2018. La Ley del cambio climático de Cataluña no persigue solo la protección del medio ambiente; representa también, al mismo tiempo, el diseño de un modelo energético y económico alternativo para todas las actividades productivas de Cataluña y la programación o planificación de la actividad administrativa necesaria para alcanzar ese objetivo. De modo que no es posible prescindir de los intereses económicos y energéticos implicados y de las reglas de distribución de competencias en esas materias, en concreto en cuanto a su planificación, pues esta es fundamentalmente la técnica normativa empleada, como más adelante se comprobará. Al efecto, el art. 149.1.13 CE atribuye al Estado competencia sobre las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», mientras que el 152.3 EAC reserva a la Generalitat la potestad de «establecer una planificación de la actividad económica en el marco de las directrices que establezca la planificación general del Estado». Por su parte, el art. 149.1.25 CE reserva al Estado el establecimiento de las «bases del régimen energético», que incluye la planificación general del sector [SSTC 69/2018, de 21 de junio, 5 d); 170/2012, de 4 de octubre, FJ 10; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 19, y 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 4], en tanto que el art. 133 EAC regula la competencia «compartida» (entendido este término de conformidad con la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60) de la Generalitat en materia de «energía», que incluye, en lo que a este proceso interesa, la «regulación» de la actividad de «producción» de energía [apartado primero, letra a)], el «fomento y la gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética» [mismo apartado primero, letra d)] y la «participación» de la Generalitat «en la regulación y planificación de ámbito estatal del sector de la energía que afecte al territorio de Cataluña» (apartado tercero), debiendo entenderse en todo caso que «corresponde al Estado, titular de la competencia, concretar el alcance y modo de esa participación» (STC 31/2010, FJ 79).

Si bien nos remitimos a lo ya dicho en el Dictamen 100/2011 sobre el **alcance del reparto competencial en materia de medio ambiente entre el Estado y la Comunidad Autónoma**

del País Vasco, cabe afinar más dicha doctrina constitucional con lo establecido en la mencionada STC 87/2019, de 20 de junio:

> La contradicción efectiva e insalvable entre estas normas estatales básicas y los objetivos concretos y a término señalados en el art. 19, apartados primero, letras a) y c), y segundo a), de la Ley del cambio climático de Cataluña hacen que estos no puedan considerarse un ejercicio legítimo de la competencia en materia de protección del medio ambiente (arts. 149.1.23 CE y 144 EAC). En primer lugar, porque los preceptos autonómicos citados contradicen abiertamente, hasta negarlas, esas determinaciones básicas del modelo energético establecidas por el Estado (admisibilidad de combustibles fósiles y de energía nuclear). En segundo lugar, porque una "transición energética" tan importante, diseñada con el detalle de los preceptos mencionados, excede con mucho la perspectiva estrictamente medioambiental y aun energética, y no puede perder de vista las variadas implicaciones que trae consigo la alternativa al modelo vigente en materia económica, de reestructuración o reconversión industrial, empleo, cohesión territorial, competitividad de las empresas, formación de trabajadores, educación, etcétera, intereses todos ellos cuya tutela encuentra acomodo en otros títulos competenciales de la Constitución y los estatutos de autonomía que por fuerza deben entenderse igualmente concernidos e implicados en la decisión. Y finalmente, porque el nivel de coordinación exigido y de recursos que deben ser movilizados por los poderes públicos para poder alcanzar o aproximarse a los objetivos señalados, y los efectos de la transformación pretendida, exceden con mucho el ámbito territorial y el poder de decisión de una Comunidad Autónoma, o lo que es lo mismo, sus "intereses" exclusivos (art. 137 CE; esta "interrelación" entre intereses y competencias resulta expresamente del citado precepto constitucional y ha sido reconocida expresamente por la doctrina constitucional: por todas, STC 31/2010, FJ 118).
>
> Por todo lo anterior debe concluirse que **no pueden las comunidades autónomas decidir libre, aislada e individualmente si, y en su caso cómo, afrontan esta "transición energética", y la fecha en que debe conseguirse ésta, a modo de dies ad quem. Solo el Estado se encuentra en la posición y tiene las herramientas para decidir y planificar esa transformación. No solo por tener encomendadas las competencias** ya señaladas de los núms. 13, 23 y 25 del art. 149.1, con el contenido que resulta de la doctrina constitucional citada en el precedente fundamento jurídico 4, **sino por la necesaria coordinación con los restantes Estados miembros de la Unión Europea y con la propia Unión**, con competencia en la materia, pues en un espacio sin fronteras interiores y libre circulación de mercancías, servicios personas y capitales (art. 26.2 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea) solo actuando de manera conjunta puede afrontarse esa transformación.

Sin embargo, también cabe recordar, como dice la **STC 100/2020, de 22 de julio**, a propósito de la resolución del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del artículo 23 de la Ley Foral 14/2018, de 18 de junio, de residuos y su fiscalidad:

> Desde el punto de vista material, al encontramos **en materia de medio ambiente, lo bá-**

sico, como propio de la competencia estatal en esta materia**, cumple (…) "una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las comunidades autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos**" (SSTC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 101/2005, de 20 de abril, y 15/2018, de 22 de febrero, FJ 5, entre otras). Por ello, las medidas previstas en el Real Decreto 293/2018 para reducir el consumo de bolsas de plástico han de respetarse en todo el territorio nacional. Las comunidades autónomas no pueden rebajar ese nivel de protección, ya sea retrasando la entrada en vigor de las prohibiciones del art. 4 del real decreto, ya sea eximiendo de su aplicación alguno de los tipos de bolsas a los que afecta el real decreto. Esto no obsta, sin embargo, para que las comunidades autónomas puedan adoptar normas adicionales con niveles más altos de protección, bien adelantando el calendario o ampliando su ámbito de aplicación, siempre que tales disposiciones no entren en colisión con otros valores constitucionales.

También la reciente **STC 99/2022, de 27 de julio**, a propósito de la Ley 4/2021, de 1 de julio, de caza y gestión de los recursos cinegéticos de Castilla y León, contempla con mayor detalle el **concepto de lo básico** en el Fundamento Jurídico 3:

b) Requisitos materiales de lo básico.

El concepto material de norma básica acuñado por la doctrina constitucional **se fundamenta en la necesidad de «procurar que la definición de lo básico no quede a la libre disposición del Estado, en evitación de que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas»** (STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5). Desde esta perspectiva, hemos reiterado que una norma es básica si «garantiza en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada comunidad autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su estatuto» (STC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, seguida de otras muchas). Al establecer ese común denominador normativo, el Estado «no puede hacerlo con un grado de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las comunidades autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo» (por todas, STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3).

En el ámbito medioambiental, este tribunal ha destacado, además, varios criterios específicos que caracterizan a la legislación básica desde la perspectiva material. En primer lugar, hemos indicado que, en este contexto, lo básico «cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que puede permitir que las comunidades autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos» (STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 2). En segundo lugar, hemos aceptado que, aunque el legislador estatal está obligado a permitir el desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas, tal deber estatal es menor que en otros ámbitos (STC 102/1995, FJ 8). En consonancia con ello hemos indicado también que**, en esta materia, lo básico «no depende de lo genérico o lo detallado,**

de lo abstracto o lo concreto de cada norma, pues el criterio decisivo para calificar como básica una norma de protección del medio ambiente es su propia finalidad tuitiva» (por todas, STC 148/2020, de 22 de octubre, FJ 3). En tercer lugar, hemos indicado que es característica de la normativa básica medioambiental la afectación que esta puede tener sobre las competencias autonómicas, tanto sobre las relativas al desarrollo y ejecución en la propia materia de medio ambiente como sobre las sectoriales que se entrecruzan con la materia medioambiental (entre ellas, por lo que ahora interesa, la caza y la pesca). Según hemos señalado, esa afectación será conforme con el orden constitucional de competencias cuando «se traduzca en la imposición de límites a las actividades sectoriales en razón a la apreciable repercusión negativa que el ejercicio ordinario de la actividad sectorial de que se trate pueda tener», mientras que vulnerará dicho orden competencial «cuando la normativa estatal comporte, más que el establecimiento de limitaciones específicas o puntuales de las actividades sectoriales, una regulación de mayor alcance, incluso aunque dicha regulación presente una finalidad de protección ambiental» (STC 194/2004, de 4 de noviembre, FFJJ 8 y 9, seguida de otras muchas). Por último, hemos indicado que **la ordenación básica en materia de medio ambiente no requiere necesariamente que «el marco básico sea exactamente uniforme e igual para todas las áreas geográficas del territorio nacional**, puesto que la tesis contraria no se aviene con la lógica de la competencia básica, cuando se ejerce sobre una materia en la que existan distintas peculiaridades subsectoriales y espaciales que demanden la adaptación de la ordenación básica a esas peculiaridades» [SSTC 147/1991, de 4 de julio, FJ 4 D), y 146/2013, de 11 de julio, FJ 4].

En relación con los territorios históricos

La protección del medio ambiente es en la normativa actual, y a salvo de concretas especificaciones que no guardan relación con el objeto de este anteproyecto, competencia de las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco ex artículo 6 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos (LTH).

Los territorios históricos tienen, por otra parte, importantes competencias en sectores en los que incide el proyecto, como las que les atribuye el artículo 41 del EAPV en materia tributaria; montes y conservación y mejora de los suelos agrícolas y forestales (artículo 7.a,9 LTH); reforma y desarrollo agrario (artículo 7.b,1 LTH); producción animal (artículo 7.b,2 LTH); administración de espacios naturales protegidos (artículo 7.c,3 LTH); defensa contra incendios (artículo 7.c,4 LTH); ordenación territorial y urbanismo (artículo 7.c,5 LTH); actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (artículo 7.c,6 LTH); y transportes por carretera (artículo 10 LTH).

Sobre el artículo 10.2 del EAPV, y con relación con las competencias de los territorios históricos sobre la organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones, señalamos en nuestro Dictamen 105/2012 —también en los dictámenes de la Comisión 120/2014, 128/2015 y 138/2015— que la ley también puede entrar a ordenar el régimen jurídico que puede considerarse ordinario de las administraciones forales, porque:

… **el núcleo intangible de la foralidad** ─que reconoce la disposición adicional 1ª CE, actualiza el artículo 37.3.a) EAPV y tiene reflejo en el artículo 7 a).1 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos (LTH)─ **es el diseño institucional de los territorios históricos**.

Tanto su configuración interna como las normas que ordenan las relaciones entre sus instituciones de autogobierno ─juntas generales y diputaciones forales─ constituyen un reducto indisponible de su autonomía institucional constitucionalmente reconocida, límite que resulta infranqueable tanto al legislador estatal como al autonómico.

En tanto Administración pública, sin embargo, es posible una intervención del legislador autonómico al servicio de una idea común de la que han de participar todas las administraciones públicas autonómicas, y **que se traduce en principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento aplicables a todas ellas.**

Bajo el prisma del artículo 10.2 EAPV**, la autonomía organizativa de los órganos forales no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente del legislador autonómico** en cuanto institución que forma parte de los poderes del País Vasco**, siempre que no cuestione sus rasgos organizativos ni desdibuje la imagen identificable de sus régimen foral tradicional**, **encuentre adecuado soporte en preceptos constitucionales y tenga carácter principial.**

El primer anteproyecto de Ley de cambio climático fue objeto de la **Decisión de la Comisión Arbitral nº 2/2011, de 8 de noviembre de 2011**, relativa a las cuestiones de competencia planteadas por las Diputaciones Forales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, cuyas conclusiones avalan las facultades normativas que ejercen las instituciones comunes de la CAE:

FD 5º: El haz competencial, de carácter transversal en materia de medio ambiente y ecología que atribuye a las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma la competencia por la vía del artículo 11.1.a EAPV y el artículo 6 LTH, en cuanto a la formulación de un Plan de Cambio Climático que establezca objetivos, criterios, pautas y directrices generales a través de unas normas técnicas a cumplimentar por las Administraciones Públicas de la CAPV, incluidas los Órganos Forales de los Territorios Históricos, resulta en principio adecuado a la distribución competencial interna de la CAPV sin que sea necesario modificar directa o indirectamente, por vía de una legislación sectorial, dicha LTH.

Ello no obstante, no es lo mismo fijar a través de normas técnicas, objetivos, criterios, pautas y directrices en materia de cambio climático, que dictar medidas en relación a la gestión forestal, el mantenimiento o incremento de bosque autóctono, técnicas silvícolas u otros que ciertamente corresponden a los Órganos Forales de los Territorios Históricos, los cuales, como se ha visto, han proclamado y ejecutado sus competencias

exclusivas en esas materias conexas, como son en este caso los bosques (incardinadas en los montes de los Territorios Históricos) sin negar la necesaria coordinación en materia medio ambiental con el resto de las Administraciones Públicas (léase el Gobierno Vasco, pero también los Municipios), coordinación que pasa, de acuerdo con el PLCC, por respetar los objetivos, criterios, pautas y directrices que éste establezca de forma reglamentaria en materia de reducción de GEI del inventario de gases de la CAPV.

A este respecto, es importante recordar la doctrina constitucional que ya hemos adelantado, sobre el carácter transversal del título competencial medioambiental, dada su proyección al conjunto de recursos naturales. Dicha transversalidad se manifiesta al observar que la materia que nos ocupa –montes- es un soporte físico susceptible de servir a distintas actividades y de constituir el objeto de diversas competencias.

(…)

FD 6º: Es claro, siguiendo la doctrina constitucional de la transversalidad, que no puede utilizarse la competencia de medio ambiente que corresponde a la Comunidad Autónoma, para vaciar de contenido las potestades de las que son titulares los Territorios Históricos. No obstante, si aplicamos los criterios objetivo y teleológico al caso, llegaremos a la conclusión, ya adelantada, de que se ajusta a la distribución competencial permitir la aplicación sobre un determinado espacio físico de medidas necesarias para preservar el medio ambiente. Efectivamente, la adaptación a los potenciales impactos del cambio climático –que constituye la finalidad del PLCC- ha de respetar las competencias forales, pero éstas, aunque sean exclusivas sobre determinados espacios físicos, como los montes, han de permitir el ejercicio de la competencia medioambiental para lograr los resultados perseguidos. Este es el sentido también de la Resolución de la Comisión Arbitral 3/2003, que citamos en el Fundamento Jurídico 2º.

Máxime cuando las expresiones utilizadas por el PLCC, relativas a su aprobación, las necesarias consultas con diferentes organismos en los que participan los Órganos Forales de los Territorios Históricos y su contenido de fijación de objetivos y de integración de estrategias y políticas sectoriales es algo que encaja perfectamente, a tenor de la legislación interna de la CAPV, en el marco de distribución competencial de la misma.

En relación con los municipios

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL), dispone en su artículo 25.2, que el municipio **ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en** las siguientes materias de interés a los efectos relacionados con el proyecto que se informa: ordenación del tráfico de vehículos y transporte público de viajeros; prevención y extinción de incendios; ordenación y gestión urbanística; **protección del medio ambiente;** y alumbrado público y servicio de recogida y tratamiento de residuos.

El artículo 2 de la misma Ley dispone que "para la efectividad de la autonomía garantizada constitucio-

nalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos".

En cuanto a **la suficiencia de medios para el desempeño de las funciones** que la ley les atribuye (artículo 142 CE), como recoge el Tribunal Constitucional en su STC 104/2000, de 13 abril, "el principio de autonomía (para «la gestión de sus respectivos intereses», según el art. 137 CE) que preside la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, F. 3),ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines (STC 135/1992, de 5 de octubre, F. 8). **La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas (**SSTC 179/1985, de 19 de diciembre , F. 3; 63/1986, de 21 de mayo, F. 11; 201/1988, de 27 de octubre, F. 4; 96/1990, de 24 de mayo, FF. 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero , F. 6; 132/1992, de 28 de septiembre, F. 8; 237/1992, de 15 de diciembre, F. 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FF. 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, F. 10; 171/1996, de 30 de octubre, F. 5; 166/1998, de 15 de julio, F. 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, F. 22); es decir, para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, F. 7; 331/1993, de 12 de noviembre, F. 2.B; 233/1999, de 16 de diciembre, F. 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, F. 4)".

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que **la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi (LILE), atribuye a los entes locales vascos competencias en materia de ordenación complementaria, promoción, gestión, defensa y protección del medio ambiente y desarrollo sostenible,** incluida la protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas (art 17.1.8) de la LILE.

DCJA 67/2023 párr. 75 a 88

VI. Mutualidades no integradas en la Seguridad Social (art. 10.23 EAPV)

Podemos decir de inicio que el proyecto dispone de la misma cobertura competencial que ampara a los Decretos 87/1984, de 20 de febrero, 92/2007, de 29 de mayo, y 203/2015, de 27 de octubre, que pretende modificar.

En este sentido, tal y como decíamos en nuestro Dictamen 142/2015, que analizó el último de los decretos mencionados, **la base competencial nuclear del anteproyecto es el artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía** (EAPV) que atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) con carácter exclusivo la materia "Cooperativas, Mutualidades no integradas en la Seguridad Social y Pósitos, conforme a la legislación general en materia mercantil".

Junto a dicha competencia, recordábamos entonces que se hallaban **también presentes la competencia que atribuye a la CAPV el artículo 11.2.a) del EAPV** para "…el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio, de las bases, en los términos que las mismas señalen, en las siguientes materias: a) Ordenación del crédito, banca y seguros", **y la competencia exclusiva que reconoce el artículo 10.25 del EAPV** en materia de "Promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco de acuerdo con la ordenación de la economía".

Y también reflexionábamos en el citado dictamen —y previamente en el Dictamen 161/2011, relativo al anteproyecto de LEPSV— sobre **la complejidad del deslinde competencial Estado/CAPV, haciéndonos eco de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional** relativos a la competencia autonómica en materia de "mutualismo no integrado en la Seguridad Social".

No procede que reiteremos ahora una **doctrina del Tribunal Constitucional** que no ha sido modificada desde entonces y que fue condensada en la **Sentencia (STC) 97/2014, de 12 de junio**, referida precisamente a la LEPSV.

Pero procede recordar a modo de resumen las principales conclusiones que de la misma se extraen:

a) **Las entidades de previsión social voluntaria vascas, como las mutualidades de previsión social, en tanto realizan una actividad aseguradora, se hallan sometidas a la normativa estatal dictada en el ejercicio sobre la competencia prevista en el art. 149.1.11ª de la Constitución** (CE) sobre "bases de la ordenación de crédito, banca y seguros".

b) **Las normas básicas que dicte el Estado para regular la actividad aseguradora habrán de respetar la peculiaridad del mutualismo de previsión social**; y, además, tal normación básica **no podrá afectar al régimen jurídico estructural y funcional de tales mutualidades**, que queda —en virtud de la asunción de competencias exclusivas— dentro del ámbito competencial de las comunidades autónomas.

c) **Las EPSV que realizan una actividad aseguradora deben sujetarse a los requisitos establecidos en el Texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados** —que tiene la condición formal y material de base, ex art. 149.1.11ª CE— para la adquisición de la personalidad jurídica y de la plena capacidad jurídica y de obrar. La regulación autonómica del margen de solvencia, provisiones técnicas y principios de inversión de las mutualidades de previsión social debe ajustarse a la normativa básica estatal en materia de ordenación y supervisión de los seguros privados.

d) **El ámbito material en el que deben encuadrarse los planes de previsión social es el de los planes y fondos de pensiones**, lo que implica, desde una perspectiva competencial, **que se halla afectada**, **por un lado, la competencia mercantil, respecto de la cual el Estado es competente para establecer su legislación (art. 149.1.6ª)**, en cuanto se trata de regular el contenido obligacional de un contrato de esa naturaleza, y**, por el otro, la competencia en materia de seguros, en relación con la cual al Estado se le atribuye el establecimiento de las bases para su ordenación (art. 149.1.11ª)** mientras que las comunidades autónomas lo son para el desarrollo legislativo y la ejecución de tales normas básicas.

Y también reiterar las conclusiones que del análisis de toda esta jurisprudencia extrajimos en **nuestro Dictamen 142/2015**, en el que reconocíamos la capacidad del Gobierno autonómico de aprobar el desarrollo reglamentario de la LEPSV, al mismo tiempo que afirmábamos que este desarrollo se encuentra condicionado "por la legislación aprobada por el Estado en ejercicio de los títulos competenciales amparados especialmente en los 149.1.11ª y 6ª CE, y, en menor medida, el 149.1.13ª".

Resulta **también relevante**, cara a definir el marco competencial aplicable, realizar una referencia a **la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1880/2017**, de 30 de noviembre, dictada en el recurso que la Generalitat de Cataluña presentó contra el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia, el Tribunal Supremo afirma:

> Aduce la Generalidad con insistencia que las mutualidades de previsión social no se rigen propiamente por normas mercantiles porque no son entidades con ánimo de lucro sino que responden a un sistema de solidaridad mutua entre sus asociados al margen de tal ánimo, por lo que se caracterizan no como sociedades de capital sometidas al Derecho Mercantil sino como entidades asociativas sujetas al Derecho Civil o en su caso Administrativo. Empero, frente a este argumento, lo cierto es que **desde el punto de vista de su configuración y régimen jurídico positivo, que es el que ahora importa, las mutualidades de previsión social se presentan como una de las formas que pueden adoptar las entidades privadas para ejercer la actividad aseguradora, concretamente en una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria del sistema de Seguridad Social obligatoria, y en este sentido se pueden calificar con toda propiedad como empresas aseguradoras que, como tales, se mueven dentro del ámbito del Derecho Mercantil,** entendido como el área jurídica que disciplina la actividad de los operadores del mercado que desarrollen cualquier actividad económica de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, y no sólo la actividad de los empresarios o comerciantes guiados por el ánimo de lucro.
>
> No puede dejar de tenerse en cuenta, en este sentido, que como explica la sentencia de la Sala Primera de este Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007 (RC 4341/2000), **la actuación de las mutualidades de previsión social está condicionada por la interacción entre los derechos que derivan de la condición de asegurado de los**

socios y los que derivan de la condición de mutualista que simultáneamente ostentan, la cual es inseparable de aquélla. Dada esta vinculación entre la condición de mutualista y la de tomador de seguro o asegurado, se entiende que, sin perjuicio de las normas aplicables al mutualista en su condición de socio, es de aplicación la normativa rectora del contrato de seguro a la relación jurídica que deriva de su condición de tomador de seguro o asegurado, sin perjuicio de los pactos convenidos en los reglamentos o las pólizas convenidas con la mutualidad, en cuanto sean compatibles con el régimen específico que deriva de los principios inherentes al carácter colectivo y mutual mediante el que se gestiona el aseguramiento. Precisamente porque se trata de entidades dedicadas a la actividad aseguradora, de este dato deriva la posibilidad de que el Estado pueda abordar su regulación, por supuesto mediante la fijación de las bases de ordenación del seguro (artículo 149.1.11ª), pero también por medio de otros títulos competenciales como la legislación mercantil o las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, ex artículo 149.1, apartados 6ª y 13ª, de la Constitución …

DCJA 192/2023 párr. 30 a 38

VII. Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV)

Retomando el contenido de los artículos 8 y 9 del anteproyecto y ciñéndonos al caso de los territorios históricos, el anteproyecto dibuja una regulación con distinto alcance.

En materia de trasparencia, deja fuera de su ámbito de aplicación a los territorios históricos —las administraciones forales y su respectiva Administración institucional, y demás entes instrumentales dependientes y adscritos, así como las Juntas Generales—, sin que tampoco opere la garantía del derecho de la ciudadanía vasca al acceso a la información pública y del cumplimiento de los requerimientos normativos en materia de publicidad activa, que ejercerá la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena, mientras que **la protección a informantes prevista en la Ley 2/2023, que se atribuye también a dicha Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena, sí que se proyecta sobre tales administraciones forales** —artículo 4 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco— y las Juntas Generales de los territorios históricos.

Por lo que se refiere a la transparencia, en el Dictamen 120/2014 **la Comisión reconoció que era posible extender la aplicación parcial del anteproyecto también a las administraciones forales,** "ello permitiría, quizás, trasladar una visión más general y coherente de los poderes públicos vascos, y del conjunto de las administraciones vascas", pero era también "una opción legislativa igualmente válida desde el punto de vista jurídico, al excluir de forma expresa su aplicación a las administraciones forales".

Ese posible establecimiento por parte del Parlamento de un estándar común, homogéneo para el conjunto de las administraciones públicas vascas, sobre todo en los supuestos en los que la regulación está dirigida a preservar que las relaciones de las administraciones vascas con la ciudadanía estén presididas por unos principios comunes, ha sido avalada por la **Decisión 1/2019, de 20 de junio, del Pleno de la Comisión Arbitral**, relativa a las cuestiones de competencia 1/2019, 2/2019, 3/2019, planteadas, respectivamente, por la Diputación Foral de Álava, Diputación Foral de Bizkaia y Diputación Foral de Gipuzkoa, en relación con la Proposición de Ley para la creación de la oficina de buenas prácticas y anticorrupción formulada por el grupo parlamentario EH Bildu.

Distinto resulta, sin embargo, su criterio cuando se trata de diseñar una institución dirigida, aun en el supuesto de que sea independiente, **a hacer efectiva la garantía de cumplimiento de la normativa que rige tales relaciones, con potestades y facultades que le permitan ser eficaz.**

De su lectura cabe inferir que, de forma genérica, la **Comisión Arbitral considera que no se ajustaría al esquema de distribución competencial territorios históricos-instituciones comunes si tuviera por destinatarios a los territorios históricos.**

De otro lado, dicha Decisión 1/2019 también atribuye una especial significación al hecho de que los territorios forales ya se hayan dotado de instituciones que, como era el caso, pueden desarrollar esa misma función de tutela respecto a la Administración foral, encontrándonos en supuestos de duplicidad funcional.

Resulta importante también destacar que la Comisión Arbitral niega que sea equiparable, en aquel caso, la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción a otros órganos y estructuras públicas que extienden su ámbito de aplicación al conjunto de administraciones y organismos dependientes que actúan en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), pues:

> no son asimilables ni afectan al núcleo intangible de la foralidad por los preceptos estatutarios o legales que les sirven de fundamento y en los términos en el que lo hemos desarrollado línea arriba, además de ostentar un título competencial en el que apoyarse.
>
> La institución del Ararteko está prevista en el artículo 15 del EAPV que, al igual que lo hace el artículo 54 de la CE, prevé la creación de un órgano similar al Defensor del Pueblo que ejerza las funciones que este tiene encomendadas y cualesquiera otras que el Parlamento Vasco pudiera encomendarle. Es al amparo de este precepto estatutario por el que surge la figura del Ararteko, en la Ley 3/1985, de 27 de febrero, del Parlamento Vasco, que extiende su ámbito de actuación conforme al artículo 9, también a la Administración de los Territorios Históricos, incluidos sus organismos autónomos, sociedades públicas y demás entes públicos de la misma. Surge, por tanto, dentro del ámbito competencial propio y específico de la CAPV.

El Tribunal Vasco de Cuentas públicas que se regula en la Ley 1/1988, del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, modificada por la Ley 6/2012, de 1 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, la Ley de Control Económico y Contabilidad de la CA de Euskadi y la Ley del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, para la regulación de las entidades participadas o financiadas mayoritariamente por el sector público de la CA de Euskadi, tiene su fundamento en el artículo 10 apartado 24 del EAPV y en el artículo 30 de la LTH, que lo configura como el supremo órgano fiscalizador de las actividades económico financieras del sector público vasco y extiende su jurisdicción a todo el territorio de la CAPV.

La Agencia Vasca de Protección de datos que se crea por la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia vasca de Protección de Datos se hace al amparo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal que, acorde con el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE, establece que la mayor parte de las funciones asignadas a la citada agencia, cuando afecten a ficheros de datos de carácter personal, creados o gestionados por las CC.AA. y por la Administración Local de su ámbito territorial serán ejercidas por los órganos correspondientes de cada comunidad.

Finalmente, la Autoridad Vasca de la Competencia surge de la competencia, valga la redundancia, que el artículo 10.27 del EAPV confiere a la CAPV en materia de comercio interior y se apoya en la STC de 11 de noviembre de 1999, en virtud de la cual corresponde a las CC.AA., con competencias en materia de comercio interior, el ejercicio de las funciones ejecutivas de intervención, autorización, o sanción en asuntos relacionados con la libre competencia siempre que se trate de prácticas desarrolladas en ámbitos intracomunitarios o restringidas al mercado correspondiente al ámbito territorial autonómico.

No existe, por tanto, el paralelismo pretendido.

En suma, **todo ello conduce a sostener que la primera opción, de exclusión completa en materia de trasparencia, no suscita ninguna objeción**.

En el ámbito de la protección al informante, como hemos señalado, **la disposición adicional cuarta de la Ley 2/2023 expresamente prevé, respecto a la Administración de los territorios históricos, que la tramitación a través del canal externo podrá ser ejercida en el País Vasco por las instituciones competentes en los términos que disponga la normativa autonómica.**

Así como la LTBG [**Ley 19/2013, de 9 de diciembre** de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno] nada señala sobre tal particular, y en principio se refiere al órgano independiente que determine la Comunidad Autónoma, eso no ha sido óbice, atendida la arquitectura institucional de la Comunidad Autónoma y las competencias de los territorios históricos, para que los territorios históricos hayan establecido sus propias instituciones análogas.

Sucede, sin embargo, que **en esta materia de la protección al informante existe un llamamiento al normador autonómico para que determine la institución competente.**

Y en esa tarea **el anteproyecto**, como hemos dicho, **atribuye a la Autoridad Vasca de Transparencia-**Gardena tal función de canal externo, así como las demás competencias propias de la autoridad independiente en la adopción de las medidas de protección al informante y en la tramitación de procedimientos sancionadores e imposición de sanciones.

En este caso, **considera la Comisión que dicha aplicabilidad a los territorios históricos se encuentra,** asimismo, **justificada**.

En primer lugar, no cabe negar la existencia de un paralelismo con los órganos y estructuras mencionados por la Comisión Arbitral en su Decisión 1/2019 parcialmente transcrita, **pues nace al amparo de la Ley 2/2023, y su creación viene impuesta por normativa europea [Directiva (UE) 2019/1937**, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión].

En segundo lugar, **no existe un riesgo de duplicidad funcional entre la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena e instituciones a las que se hayan asignado tales funciones en el ámbito de los territorios históricos, ya que estas no han sido creadas**.

En el modelo de canal interno y externo de la directiva, las administraciones forales y su sector público habrán de diseñar su correspondiente sistema interno de información, lo que permitirá que su responsable pueda recibir las comunicaciones de prácticas irregulares de sus empleados públicos y sea posible tomar las medidas oportunas.

Por último, y no por ello menos importante, **la autoridad independiente va a extender su campo de actuación al ámbito del sector privado** cuando el incumplimiento se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Esa potencial afectación al sector privado desborda la competencia autoorganizativa de los territorios históricos y justifica, sin duda, que se atribuya a una Administración independiente autonómica la condición de canal externo de protección al informante.

DCJA 179/2023 párr. 149 a 168

Capítulo 5. ÁREAS

I. Administración Pública

A) Administración independiente

En orden a la valoración del impacto económico de la iniciativa —que según lo indicado es uno de los aspectos relevantes de nuestro examen— el **informe de la Oficina de Control Económico** (OCE) plantea, en síntesis, tres grandes observaciones: sobre la tipología de la nueva entidad, sobre el procedimiento, y sobre la creación de órganos colegiados.

En cuanto a la tipología de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena, **el informe señala que no se atiene a las categorías de entidades instrumentales contempladas en la LSPV para** configurar lo que en su artículo 10 denomina "**administración independiente**".

En el expediente el órgano promotor ha explicado con razones de peso por qué considera que la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena debe ser configurada como una Administración independiente, al margen de la tipología de entidades que abre el citado artículo 10 de la LSPV.

Como exponemos luego en el examen del texto, **la Comisión** —con la misma base argumental del Dictamen 182/2022— **considera que esa opción**, **dado el rango legal de la futura norma, es posible.**

En cuanto al procedimiento, la OCE señala que el seguido en este caso se ha separado del establecido en el artículo 43 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco (LSPV).

A juicio de la Comisión, **la conclusión alcanzada sobre la tipología no conlleva la excepción del cumplimiento del proceso que para la creación de entidades distintas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi establece el citado artículo 43 de la LSPV.**

Pero, más allá del debate sobre la aplicabilidad del artículo 43 de la LSPV para los supuestos de creación de administraciones independientes, ha de tenerse en cuenta **que la finalidad del régimen allí dispuesto es preservar que la decisión de fundar nuevas entidades** —y ampliar el peso institucional— **venga precedida de un proceso previo de reflexión ad hoc que acredite la viabilidad económica de la opción organizativa.**

DCJA 179/2023 párr. 92 a 98

Como hemos dicho en otras ocasiones, **la potestad de autoorganización de los poderes públicos es un principio esencial de toda organización política**, **en cuanto a esta corresponde la determinación y selección de las concretas formas de organización y personificación** a través de las cuales trata de lograr la mejor y más efectiva consecución de los intereses generales cuya satisfacción tiene encomendados.

Esas opciones organizativas han de ajustarse, en su creación, a los procedimientos que a tal efecto prevean las normas y, en cuanto a la concreta forma de organización y, en su caso, personificación, igualmente ha de elegirse entre las que el ordenamiento prevea, atendiendo a la finalidad perseguida con la creación del órgano o entidad de que se trate.

En este caso, la elección se encuentra condicionada por las funciones que se le atribuyen (I) **como la autoridad administrativa independiente de protección a informantes** en los términos contemplados en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, extendiendo su ámbito funcional de actuación a la totalidad de las administraciones, organismos y entidades del sector público vasco y entidades privadas en los términos del artículo 9 de esta ley; y (II) **como autoridad pública de garantía del derecho de la ciudadanía vasca al acceso a la información pública y del cumplimiento de los requerimientos normativos de transparencia e integridad** en el ámbito de aplicación establecido en el artículo 8 de esta ley.

La Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, traslada a los Estados miembros la competencia para determinar qué autoridades son competentes para recibir la información sobre infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la esta directiva y seguir adecuadamente las denuncias.

Según el Considerando 64, dichas autoridades competentes podrían ser autoridades judiciales, organismos de regulación o de supervisión competentes en los ámbitos específicos de que se trate, o autoridades con una competencia más general a escala central dentro de un Estado miembro, autoridades encargadas del cumplimiento del derecho, organismos de lucha contra la corrupción o defensores del pueblo.

El artículo 11.1 de la directiva, relativo a los canales de denuncia externa, dispone que los Estados miembros designarán a las autoridades competentes para recibir las denuncias, darles respuesta y seguirlas, y las dotarán de recursos adecuados. Por su parte, el artículo 12.1 establece que se considerará que los canales de denuncia externa son independientes y autónomos, siempre que cumplan todos los criterios siguientes: a) se diseñen, establezcan y gestionen de forma que se garantice la exhaustividad, integridad y confidencialidad de la información y se impida el acceso a ella al personal no autorizado de la autoridad competente;

b) permitan el almacenamiento duradero de información, de conformidad con el artículo 18, para que puedan realizarse nuevas investigaciones.

En la transposición de la directiva, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, procede a la creación de la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AII), autoridad de nueva creación que se constituye en pilar institucional esencial en la lucha contra la corrupción, y avala la posibilidad de que la llevanza de los canales externos, la adopción de medidas de apoyo y el ejercicio de la potestad sancionadora puedan ser asumidas por autoridades independientes autonómicas análogas.

La AII [Autoridad Independiente de Protección del Informante] **se configura como un ente de derecho público de ámbito estatal con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actuará en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con plena autonomía e independencia orgánica y funcional respecto del Gobierno, de las entidades integrantes del sector público y de los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones** (artículo 42).

Por lo que se refiere al segundo ámbito funcional, como autoridad pública de garantía en el cumplimiento de la normativa en materia de transparencia, también se percibe la voluntad de crear una entidad análoga a la estatal, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

El artículo 33 de la LTBG [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno] lo configura como organismo público, con personalidad jurídica propia, que actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines. Y la disposición adicional cuarta de la señala que la resolución de la reclamación en materia de acceso corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las administraciones de las comunidades autónomas y su sector público, y por las entidades locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano "independiente" que determinen las comunidades autónomas.

No cabe duda de que **el anteproyecto respeta esa exigencia de independencia que debe caracterizar a la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena**, a la vista de su configuración (artículo 69.1 del anteproyecto) y su naturaleza (artículo 70 del anteproyecto).

No obstante, la Comisión debe reiterar lo apuntado en su Dictamen 182/2022, sobre el supuesto de otra autoridad independiente del ámbito autonómico, con la que la ahora examinada guarda un sustancial paralelismo, en especial respecto de la actividad de supervisión y control sobre la propia actividad pública:

> **En nuestro ordenamiento interno no es reciente la existencia de administraciones independientes, pero sí su catalogación, en el marco del respectivo sector institucional.**

La catalogación de las autoridades administrativas independientes que realiza la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (artículos 109 y 110) difiere, no obstante, de la que contempla el artículo 10 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco, pues en este caso tales autoridades, si cuentan con personalidad jurídica propia —como es el caso de la Autoridad Vasca de la Protección de Datos—, han de adoptar "las figuras de organismos autónomos, entes públicos de derecho privado o consorcios".

Según lo visto en el examen del procedimiento, el anteproyecto se separa de dicha regla.

Como hemos señalado allí, es cierto que resulta un tanto paradójico que la primera norma de creación de una entidad que se aprueba tras la entrada en vigor de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco, se separe del esquema allí establecido. Por otro lado, se constata que hay otras autoridades independientes —por ejemplo, la Autoridad Vasca de Competencia— a las que también se les exigen altas dosis de independencia y que, sin embargo, siguen el modelo establecido en el sector público vasco y están configuradas como organismos autónomos —Ley 1/2012, de 2 de febrero—.

La independencia exige que estén exentas de mecanismos de supervisión y control que puedan afectar a la neutralidad que debe regir el ejercicio de sus funciones. Independencia o especial autonomía respecto de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi que, para el supuesto de la Autoridad Vasca de Protección de Datos, ha de ser especialmente afianzada cuando su actividad no se proyecta sobre actividades ajenas a la actividad pública sino precisamente sobre los tratamientos de datos que el desarrollo de dicha actividad requiere.

Pero, sin perjuicio de las exigencias de justificación que la separación del modelo legal impone al órgano promotor, lo cierto es que el rango legal de la norma proyectada permite la solución traída al anteproyecto, que, por otro lado, dada la relevancia, detalle y amplitud de las funciones y potestades con que el RGPD dota a las autoridades de control de la protección de datos, no permite considerar irrazonable la solución del anteproyecto sobre la Autoridad Vasca de Protección de Datos.

No obstante, considera esta Comisión que, si se produjera un nuevo supuesto que no pudiera encajar en el esquema institucional que para el sector público establece la citada Ley 3/2022, sería aconsejable operar la correspondiente modificación expresa de dicha norma.

En definitiva, **al igual que en el caso de la Autoridad Vasca de Protección de Datos, la Comisión ve posible la creación de la Autoridad Vasca de Transparencia-Gardena como Administración independiente, con personalidad jurídica propia y sin adoptar la forma de un organismo autónomo, un ente público de derecho privado o un consorcio**, pero ha de reiterar la conveniencia de sopesar la recomendación modificativa expuesta.

Junto a ello, la Comisión debe precisar que la admisión de la figura de la Administración independiente en los términos expuestos **no puede conllevar**, como se ha indicado en el examen del procedimiento, **la excepción respecto del cumplimiento de los trámites que la LSPV establece para la creación de entidades**.

DCJA 179/2023 párr. 532 a 544

B) Cargos públicos

En el artículo 45 los apartados 2 y 3 oscurecen **las reglas para la selección de las personas responsables.**

En cuanto al empleo de la expresión "alto cargo o personal directivo del sector público de la CAE", procede una reflexión de orden más general con el fin de acotar el ámbito subjetivo del régimen sancionador —lo que no es una cuestión sencilla— .

El "cargo público" es un concepto amplio que, entre otros, engloba el de alto cargo —artículo 2 **de la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del código de conducta y de conflictos de intereses de los cargos públicos**—. Esta norma legal **contiene un régimen sancionador que en los aspectos sustantivos** —no así en cuanto al procedimiento— **va a verse desplazado por el establecido en el anteproyecto**.

En efecto, cuando la persona infractora sea un alto cargo se le aplicarán las infracciones y sanciones establecidas en los artículos 46 y 47 del anteproyecto, pero el procedimiento para imponerle la sanción correspondiente será el de "la normativa de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi" (artículo 48.2). En este momento, dicha normativa es la citada Ley 1/2014, de 26 de junio, cuya cita expresa podría valorarse.

Por su parte, el artículo 13 de **la LSPV, en su apartado 4, determina quiénes son altos cargos de la CAE: los viceconsejeros o viceconsejeras, los directores o directoras, los secretarios o secretarias generales, los delegados y delegadas de Euskadi en el exterior, los presidentes, presidentas, directores y directoras de organismos autónomos y de entes públicos de derecho privado y aquellas otras personas que así sean determinados por una ley.**

La Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco (LEPV), **determina** en su artículo 26 **las clases de personal empleado público** —funcionario (de carrera o interino), laboral (fijo indefinido o temporal) y eventual— y en el artículo 31 crea la categoría "personal

directivo público profesional".

Este personal directivo público profesional comprende a aquellas personas que ocupan puestos de naturaleza directiva —sería el primer escalón debajo de la dirección política de cada nivel de gobierno—.

Lo que a los efectos del anteproyecto es relevante es que la LEPV, cuando delimita el ámbito subjetivo del régimen disciplinario (artículos 172 y ss.), determina su aplicación al personal funcionario, laboral (en los términos del artículo 172.2) y al personal directivo público profesional.

En este contexto, **el empleo en el anteproyecto de la expresión "alto cargo o personal directivo"** (en los artículos 45.2 y 47.2) **debería matizarse**.

La precisión es importante en tanto permite trazar la línea para aplicar el régimen sancionador del anteproyecto o el establecido en la LEPV: ambos espectros subjetivos deberían encajar para evitar posteriores problemas aplicativos.

DCJA 179/2023 párr. 391 a 400

C) Órganos colegiados

Por último, la regla final que prevé el artículo 7.2 de los Estatutos debe ser reconsiderada. Dice así:

> Caso de que un Diputado General no designare al miembro correspondiente a su Territorio Histórico, y tras ser requerido sin efecto, ese número acrecerá a la designación de los demás Territorios Históricos, manteniendo en todo caso la regla de paridad entre ellos y respecto a la Administración General. El Territorio sin designación podrá proceder a ella en cualquier momento, comunicando su intención con antelación suficiente a fin de organizar la sustitución, que no podrá tener lugar en un plazo inferior a un mes antes de la celebración de una sesión del Consejo de Administración.

Tal regla puede ser entendible cuando se regula la participación en órganos colegiados de organizaciones representativas de intereses sociales, en tanto que dicha participación se concibe como un derecho, no como un deber, por lo que pueden renunciar a ejercerla, en beneficio de otra organización.

Cuando se trata de la participación de representantes de distintas administraciones para el ejercicio colegiado de una serie de funciones, empero, **ello implica la atribución legal o reglamentaria de una competencia y, por ello, no cabe renunciar a la misma,** a tenor del artículo 8.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), y artículo 22.1 de la LSPV.

En cualquier caso, **no cabe atribuir a una Diputación Foral la representación de otra, en una suerte de sustitución, por incomparecencia**.

DCJA 145/2023 párr. 104 a 107

Por último, el informe de la OCE recuerda, asimismo, la **necesidad de aportar la justificación que exige el artículo 18 de la LSPV cuando se trata de crear órganos colegiados** —en referencia al órgano colegiado para la coordinación interdepartamental en materia de transparencia—.

En el aspecto que ahora analizamos, cabe insistir en que, de acuerdo con dicho precepto legal, **debe constar la motivación de su necesidad junto a la inexistencia de duplicidades en las funciones asignadas**. Sobre este extremo, la Comisión ha podido observar que **podría existir cierta duplicidad con las funciones de la Comisión Estratégica TIC** —creada por el Decreto 36/2020, de 10 de marzo, por el que se regula el Modelo de Gestión de las Tecnologías de la Información y la Comunicación en el Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi— **y con la Comisión Interdepartamental de Gobernanza Pública** —creada por el Decreto 91/2023, de 30 de junio, de atención integral y multicanal a la ciudadanía y acceso a los servicios públicos por medios electrónicos (art. 130.1.a) y c)—, cuyas funciones pueden verse afectadas por el nuevo órgano.

En realidad, no cabe olvidar que tales exigencias son traslación al caso de los órganos colegiados de los requisitos mínimos impuestos para la creación de órganos administrativos por el apartado 4 del artículo 20 de la LSPV, cuyo apartado 5 prevé con carácter general que no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos. A este objeto, **la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en el sector público vasco que desarrolle igual función sobre el mismo territorio o población**.

DCJA 179/2023 párr. 99 a 101

D) Patrimonio de las Administraciones Públicas

Para el examen de la siguiente cuestión debemos fijarnos en el artículo 3 que tiene el siguiente literal:

> 1. Corresponde al departamento de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi competente en materia de patrimonio velar por el cumplimiento de la política patrimonial de la Comunidad Autónoma así como por la **coordinación de las actuaciones patrimoniales públicas** con incidencia en el patrimonio de Euskadi**, a cuyo efecto, su titular podrá dictar las instrucciones que resulten precisas para su ejecución.**
>
> 2. Los demás Departamentos y entidades mencionadas en el artículo 1 llevarán a efecto en su ámbito competencial la política patrimonial de la Comunidad Autónoma y observarán las instrucciones que, en su caso, pueda dictar la persona titular del departamento competente en materia de Patrimonio.

El artículo ha suscitado durante la tramitación **dudas sobre el posible objeto y alcance de las instrucciones** y, en efecto, se observa la necesidad de precisar algunos extremos al respecto.

El departamento promotor de la iniciativa **explica que el fundamento del mismo se encuentra**, por un lado, en la competencia del Gobierno para adoptar decisiones de política patrimonial y, por otro, **en la atribución que el artículo 8.1 del TRLPE** [Texto refundido de la Ley del patrimonio de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre] **realiza al departamento competente en materia de patrimonio para la ejecución de los acuerdos del Gobierno** relativos a las materias reguladas en dicho TRLPE.

Con esa doble base considera "coherente el reconocimiento explícito de la facultad de dictar instrucciones en materia patrimonial en ejecución de los acuerdos que pudieran dictarse por el Gobierno, así como para garantizar una actuación coordinada en materia patrimonial que evite la adopción de criterios dispares".

No obstante, ya de inicio **se aprecia una gran distancia entre el ámbito del precepto del proyecto** —instrucciones para el cumplimiento de la "política patrimonial" de obligada observancia para todas las entidades del artículo 1— **y el del artículo 8.1 del TRLPE que se mueve en un plano distinto y mucho más concreto**.

Su literal es el siguiente:

> El ejercicio de las facultades dominicales sobre los bienes y derechos del patrimonio de Euskadi cuya titularidad corresponda a la Administración general de la Comunidad Autónoma, así como su gestión, administración y explotación, su representación y defensa extrajudicial, la ejecución de los acuerdos del Gobierno relativos a la materias reguladas en esta ley y el ejercicio de las acciones en defensa y protección de los bienes y derechos, corresponde al departamento competente en materia de patrimonio, salvo que se encuentre expresamente atribuido a otro órgano o entidad y sin perjuicio de las facultades inherentes al acto de adscripción.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del sector público vasco (LSPV), apartado 1, determina que "Los órganos superiores y los órganos directivos impulsarán y dirigirán la actividad administrativa mediante instrucciones, circulares y órdenes de servicio", lo que resulta coherente con el artículo 6 —de carácter básico— de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), cuyo apartado 1 señala que "los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio".

En el mismo sentido, **la doctrina entiende las instrucciones y órdenes de servicio como herramientas para fijar directrices de actuación dictadas por un órgano administrativo con el fin de establecer criterios de aplicación e interpretación jurídica internos,** en una determinada área o materia, **para que sean seguidos por los órganos dependientes**. Aunque el hábitat natural de las instrucciones es el de las relaciones jerárquicas, **llega a admitirse la existencia de instrucciones que alcancen a órganos no jerárquicamente dependientes**, **pero sí funcionalmente dependientes en relación a sectores** o áreas de actuación (presupuestos, función pública, etc.). **Pero sin perder, en ningún caso, su ámbito interno o ad intra dentro de una misma Administración**.

En virtud de lo expuesto, **la instrucción no puede ser el instrumento adecuado para velar por el cumplimiento de la política patrimonial de la CAPV ni para procurar la coordinación de las actuaciones patrimoniales públicas** con incidencia en el patrimonio de Euskadi **que lleven a cabo las entidades del artículo 1 del TRLPE**.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que el objeto —cumplimiento de la política patrimonial de la Comunidad Autónoma— excede el ámbito de la atribución al departamento competente en materia de hacienda (art.8.1 TRLPE)

Para el dictado de unas instrucciones con la finalidad y el ámbito objetivo pretendidos —en realidad, una norma—, y de aplicación a todas las entidades del artículo 1 del proyecto **sería necesario contar con una habilitación expresa en ese sentido en el TRLPE, sin que el artículo 8.1 tenga tal carácter**.

Ha de repararse en que, **incluso la habilitación por un reglamento** —el proyecto— a favor de la consejera o el consejero sectorial para el dictado de disposiciones de carácter general, **con efectos ad extra**, **ha de establecerse expresamente y con precisión sobre su objeto y alcance, dado que en nuestro sistema de fuentes** — artículo 26.4 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno (LG)—, **las personas titulares de un departamento, con carácter general, solo tienen atribuida la facultad para el dictado de normas** (órdenes, artículo 61 LG) **en materias de su departamento**.

DCJA 42/2023 párr. 102 a 113

En cuanto a la renuncia, la Comisión de Derecho Civil Vasco considera que no debería contemplarse dicha posibilidad. Apoya la idea en la doctrina más moderna y mayoritaria que sostiene que el Estado —en este caso, la Administración de la CAPV— no puede renunciar, entendiendo que su declaración como heredero o sucesor abintestato supone, en realidad, más que un derecho, una función basada en el interés público y, por tanto, irrenunciable.

Sin necesidad de adentrarnos en el debate doctrinal —por ser el objeto de este dictamen más limitado— y sin desconocer tampoco las razones de oportunidad que aduce el órgano promotor para sustentar la conveniencia de contar con la posibilidad de renuncia para velar por el interés público y evitar consecuencias gravosas para el erario público, lo cierto es que **el TRLPE** [Texto refundido de la Ley del patrimonio de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre] **no contempla la renuncia de la Administración General de la CAPV en el caso de la sucesión abintestato**, por la sencilla razón de que, cuando se aprobó dicha norma legal, el ordenamiento jurídico no contemplaba ese tipo de adquisición, introducida posteriormente, según lo dicho, por el artículo 117 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco.

Esa falta de previsión legal, a la que se añade el indudable carácter de cierre del sistema —esencialmente, para el caso de los bienes inmuebles**— que concurre en la institución de la sucesión abintestato a favor de las administraciones públicas, impide al proyecto contemplar la renuncia sin un amparo legal claro**.

Al hilo de esta consideración, **se aprecia la conveniencia de acometer la reforma del TRLPE para que, tras sopesar las consecuencias de las distintas opciones, pueda adoptarse la regulación más adecuada al interés público**.

DCJA 42/2023 párr. 129 a 132

El análisis del **proyecto** suscita otra cuestión que se centra en el artículo 46 (reglas de capacidad) que **establece el requisito de no hallarse incurso en causa de prohibición o incompatibilidad para contratar a todas las personas que vayan a celebrar un negocio jurídico patrimonial de adquisición de bienes y derechos** con alguna de las entidades del ámbito subjetivo de aplicación del proyecto.

La Junta Asesora de la Contratación Pública sugiere en su informe **que se sopese ese contenido del proyecto ya que**, de acuerdo con los artículos 9 y 26 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 (en adelante, LCSP), **las prohibiciones de contratar** (artículos 71 a 73 LCSP) **tienen un ámbito de aplicación propio y las características de su regulación recomienda una aplicación estricta.**

Así, conforme a la LCSP, no son de aplicación a (I) las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público; (II) los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14 —referido al contrato de concesión de obras—; y (III) los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales —salvo programas de ordenador— que no deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, pues serán contratos privados sujetos a la legislación patrimonial.

El informe del EVE plantea, asimismo, reticencias a esa extensión —"en ocasiones, la idoneidad del bien para la satisfacción del interés público puede prevalecer sobre la situación de su titular" y pone como ejemplo el supuesto de sociedades en situación concursal—.

El órgano proponente aduce razones de coherencia, toma en consideración que la aplicación de las prohibiciones de contratar se contemplan en el TRLPE [Texto refundido de la Ley del patrimonio de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre] — concretamente, en los artículos 82.5 (concesiones de bienes y derechos demaniales) y 100.2 (contratos de explotación de bienes y derechos patrimoniales, susceptibles de aprovechamiento rentable)—, la solución del proyecto vendría a evitar la paradójica situación, según la cual, en función del negocio jurídico patrimonial se aplicarían unas u otras reglas de capacidad.

Sin prejuzgar la bondad de las razones aducidas, lo cierto es que **la extensión de tales prohibiciones a supuestos no previstos en el TRLPE excede la labor propia de desarrollo que corresponde al reglamento**: **al tratarse de una previsión restrictiva de la capacidad general de las personas para contratar ha de ser la ley la que formule dicha restricción**.

En efecto, la capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones se determina en el texto constitucional —nacionalidad, artículos 11 y 13 CE, edad, artículo 12 CE)— y en la ley —normas de derecho privado—. Es asimismo la ley la que establece las reglas que rigen la capacidad de obrar ante la Administración (artículo 3 LPAC) o la que puede establecer condiciones que modifiquen esa capacidad general, como sucede, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública (LCSP).

En este caso, **el silencio del TRLPE no es tal —como se desprende de los artículos 43.5 o 46—. O, si se prefiere, no reclama ser completado. Sin que tampoco razones de igualdad impongan la extensión del requisito, pues no resultan equiparables**, en término jurídicos, el acceder a la titularidad de un bien o derecho demanial —que puede prolongarse durante 75 años— o a la explotación de bienes o derechos de dominio privado con aprovechamiento rentable —que puede extenderse por veinte años— con el resto de negocios jurídicos que contempla el TRLPE para los que no ha previsto ninguna regla especial de capacidad.

El artículo 46 debe ser, por tanto, reformulado**: el proyecto debe prever la prohibición de contratar solo en aquellos supuestos en los que así esté previsto en el TRLPE**, esto es, en los citados artículos 82.5 y 100.2.

DCJA 42/2023 párr. 136 a 144

E) Potestad sancionadora

Sería muy conveniente extremar el cuidado en definir los ilícitos administrativos, tal y como lo dispone expresamente el artículo 4.1 de la LPS: "los distintos regímenes sancionadores tipificarán las infracciones con la mayor precisión posible".

Según una doctrina constitucional constante, ese esfuerzo debe realizarse en primer término por el normador: "En relación con las infracciones y las sanciones administrativas, **el principio de taxatividad se dirige, por un lado 'al legislador y al poder reglamentario', exigiéndoles el 'máximo esfuerzo posible' para garantizar la seguridad jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados** 'aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia'; afecta, por otro a los aplicadores del Derecho administrativo sancionador, obligándoles a atender, no ya al canon de interdicción de la arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad derivado del artículo 24

CE, sino a un canon más estricto de razonabilidad, lo que es determinante en los casos en que la frontera que demarca a la norma sancionadora es borrosa por su carácter abstracto o por la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje" (SSTC 297/2005, FJ 8, 145/2013, FJ 4 y 86/2017, FJ 5).

En aplicación del principio de taxatividad todo régimen sancionador debe permitir a quienes puedan verse afectados por su aplicación conocer de antemano, con certeza y sin un especial esfuerzo interpretativo el ámbito de lo prohibido y las consecuencias de sus conductas. Para ello, la definición rigurosa de tales conductas —por relación con el concreto marco regulatorio— es una condición imprescindible.

DCJA 179/2023 párr. 408 a 410

II. Cooperativas

La atribución a la ITSS [Inspección de Trabajo y Seguridad Social] **de la función inspectora:**

El artículo 158 de la LCE [Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de cooperativas de Euskadi] señala que **corresponde al departamento del Gobierno Vasco competente en materia de trabajo ejercer la función inspectora** en relación con su cumplimiento.

El proyecto sitúa esta función, en su artículo 2.1, en la Inspección de Trabajo del País Vasco.

Esta atribución se ajusta al modelo que rige en el ámbito estatal [artículo 12.1.f) LITSS] y es el acogido igualmente en numerosas leyes autonómicas de forma explícita.

Es el caso, por citar algunos ejemplos, de la Ley 2/2023, de 24 de febrero, de cooperativas de la Comunidad de Madrid (artículo 140); Ley 5/2023, de 8 de marzo, de sociedades cooperativas de las Illes Balears (artículo 170); Ley 4/2022, de 31 de octubre, de cooperativas de Canarias (artículo 142); Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura (artículo 184); Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas de Cataluña (artículo 149); Ley 4/2002, de 11 de abril, de cooperativas de Castilla y León (artículo 136).

Es común en estas leyes, asimismo, prever la aplicación del procedimiento sancionador del orden social en este ámbito.

Un modelo diferente es el que sigue el artículo 120 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas —desarrollada por Reglamento de sociedades coo-

perativas andaluzas, aprobado por Decreto 123/2014, de 2 de septiembre—, que regula una inspección específica para el sector cooperativo.

El literal del artículo 158 de la LCE no se decanta por uno u otro modelo. Situar la función en el departamento de trabajo permite ambos sistemas de inspección y, en lo que ahora interesa, permite la atribución a la ITSS, de la que forman parte funcionarios que dependen funcionalmente de ese departamento.

Frente a los no pocos ejemplos de leyes autonómicas que arbitran el ejercicio de la inspección a través de la ITSS, **la ausencia de concreción en este extremo de la ley vasca revela la voluntad de demorar al desarrollo posterior el modelo a implantar**. El legislador es conocedor de que definir la organización de su inspección exigirá pronunciarse sobre el papel a desempeñar por la ITSS, teniendo en cuenta que la regulación estatal de la ITSS contempla su competencia para la vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de cooperativas "salvo que la respectiva legislación autonómica disponga lo contrario en su ámbito de aplicación".

Es el proyecto, como decimos, el que regula la atribución a la ITSS que, como explicita la parte expositiva, "sigue con ello la opción normativa estatal en la materia, hallando en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco mayor justificación dado el carácter predominante del cooperativismo de trabajo asociado".

DCJA 178/2023 párr. 91 a 99

III. Educación

El artículo 58 del anteproyecto se ocupa de la **composición del Consejo Escolar** de Euskadi, que estará integrado por quienes ostenten los cargos de presidencia, vicepresidencia y vocalías y, asimismo, por quien ejerza las funciones de secretaría. En todo caso, contará con una representación de los centros educativos, de los Consejos Educativos Municipales y de los agentes sociales (párrafo 1) y serán nombrados por la persona titular del departamento competente en materia de educación, de acuerdo con lo que se prevea reglamentariamente (párrafo 2).

Si comparamos tal regulación con la actual, incluida en los artículos 8, 9 y 10 de la LCEE, se concluye que la composición que ahora es objeto de la ley **se deriva al desarrollo reglamentario del Gobierno.**

Tal deslegalización, a juicio de la Comisión, no es posible, en un ámbito en el que se hace efectiva la participación de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza, que conecta directamente con el mandato del artículo 27.7 de la CE, como con-

tenido del derecho de todos a la educación, pues se encuentra afectada por la reserva de ley establecida por el artículo 53.1 de la CE para regular el ejercicio de tal derecho.

En ese sentido, cabe recordar **que el artículo 34 de la LODE contempla expresamente la reserva legal** en los siguientes términos: "En cada Comunidad Autónoma existirá un Consejo Escolar para su ámbito territorial, cuya composición y funciones serán reguladas por una Ley de la Asamblea de la Comunidad Autónoma correspondiente que, a efectos de la programación de la enseñanza, garantizará la adecuada participación de los sectores afectados".

DCJA 56/2023 párr. 451 a 454

De forma resumida estos son los **rasgos generales del régimen lingüístico** establecido por el anteproyecto, **en el que ya no va a separarse el alumnado por centros o grupos, en función de un modelo lingüístico**:

a) El sistema educativo se define como plurilingüe, articulado en torno al euskera, y se estructura en dos lenguas oficiales y, al menos, una lengua extranjera;

b) los decretos curriculares deberán definir el conocimiento práctico y suficiente de estas lenguas y su enseñanza efectiva, para lo cual establecerán, como objetivo mínimo, unos determinados niveles de competencia al finalizar la educación primaria y la educación secundaria obligatoria, tomando como referencia los niveles del marco unificado de referencia europea;

c) los centros deben elaborar, como parte del proyecto educativo, su propio proyecto lingüístico que enmarque el tratamiento de las lenguas en el centro, con la finalidad de impulsar un sistema plurilingüe en el que el euskera se sitúe como eje central y en el que las dos lenguas oficiales y, al menos, una lengua extranjera, se consideran lenguas de aprendizaje, y

d) la Administración educativa, en colaboración con el centro respectivo, realizará un seguimiento y evaluación del proyecto lingüístico del centro, que tendrá como objeto llevar a cabo procesos de mejora.

Tales rasgos característicos no suscitan dudas de constitucionalidad**. El Tribunal Constitucional ha admitido la legitimidad constitucional de una enseñanza en la que el vehículo de comunicación sea la lengua propia de la Comunidad Autónoma y lengua cooficial en su territorio, junto al castellano** (STC 137/1986, fundamento jurídico 1º), y un modelo que reconoce la lengua propia como centro de gravedad y lengua vehicular y de aprendizaje en el sistema educativo, con la finalidad de asegurar la normalización de su uso y la integración social (por todas, STC 15/2013, de 31 de enero, FJ 4).

Además, **la Constitución no establece un derecho de opción lingüística**, en virtud del cual los padres, tutores o los propios alumnos puedan escoger la lengua de la enseñanza, para recibirla solo en una de las lenguas oficiales en el territorio de su comunidad autónoma, ni desde

la perspectiva de la declaración del castellano como lengua oficial del Estado y del derecho de usarlo y el deber de conocerlo que establece el artículo 3.1 de la CE, ni tampoco desde la perspectiva del derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la CE (STC 337/1994).

Lo que ha establecido son dos condiciones generales, que el castellano no sea excluido como lengua docente, así como tampoco lo puede ser la lengua cooficial de la comunidad autónoma correspondiente; y que el sistema educativo debe garantizar el conocimiento de las dos lenguas oficiales, precisamente como consecuencia natural de su condición de oficialidad (STC 337/1994 y STC 31/2010).

En cuanto a la competencia estatal en materia de educación, cabe resaltar específicamente los contenidos incluidos en los artículos 2.1.j, 6.1 y 3, 17.e) y f), 23.h) e i), 30.2.a, 33.e) y f), 121.2.bis y la disposición adicional trigésima octava de la LOE, al tratarse de normas declaradas básicas por la disposición final quinta de esta misma ley orgánica.

La disposición adicional trigésima octava de la LOE establece:

> Lengua castellana, lenguas cooficiales y lenguas que gocen de protección legal.
>
> 1. Las Administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la normativa aplicable.
>
> 2. Al finalizar la educación básica, todos los alumnos y alumnas deberán alcanzar el dominio pleno y equivalente en la lengua castellana y, en su caso, en la lengua cooficial correspondiente.
>
> 3. Las Administraciones educativas aplicarán los instrumentos de control, evaluación y mejora propios del sistema educativo y promoverán la realización de análisis por parte de los centros, de modo que se garantice que todo el alumnado alcance la competencia en comunicación lingüística, en lengua castellana y en su caso en las lenguas cooficiales, en el grado requerido. Asimismo, impulsarán la adopción por parte de los centros de las medidas necesarias para compensar las carencias que pudieran existir en cualquiera de las lenguas.
>
> 4. Tanto la materia Lengua Castellana y Literatura como la Lengua Cooficial y Literatura deberán impartirse en las lenguas correspondientes.
>
> 5. Aquellas Comunidades Autónomas en las que existan lenguas cooficiales que no tienen ese carácter en todo su territorio o lenguas no oficiales que gocen de protección legal podrán ofrecerlas en los términos que determine su normativa reguladora.

A juicio de la Comisión, a la vista de tales condicionantes, cabe afirmar que **el anteproyecto supera también el juicio de constitucionalidad mediata, esto es, resulta conforme con la normativa básica**.

El único elemento que suscita alguna duda es el hecho de que se establezcan niveles concretos de competencia, a la vista del Marco Unificado de Referencia Europea —su denominación oficial es la de Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas—, en el artículo 68.1 y 2 del anteproyecto.

Con respecto a las dos lenguas oficiales, dice el artículo 68.1:

- Al finalizar la Educación Primaria se deberá alcanzar el nivel B1 del Marco Unificado de Referencia Europea en las dos lenguas oficiales.

- Al finalizar la Educación Secundaria Obligatoria se deberá alcanzar el subnivel B2 del Marco Unificado de Referencia Europea en las dos lenguas oficiales.

Con respecto a la lengua extranjera, dice el artículo 68.2:

- Al finalizar la Educación Primaria se deberá alcanzar el subnivel A2 del Marco Unificado de Referencia Europea.

- Al finalizar la Educación Secundaria Obligatoria se deberá alcanzar el subnivel B1 del Marco Unificado de Referencia europea.

Así como los niveles —que no subniveles— del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas han sido tomados en cuenta para la organización de las enseñanzas de idiomas (artículo 59.1 LOE), no sucede lo mismo con el castellano, las lenguas cooficiales y la lengua extranjera en el contexto de las enseñanzas generales del sistema educativo.

El artículo 17.e) y f) de la LOE establece como objetivos de la Educación Primaria:

> e) Conocer y utilizar de manera apropiada la lengua castellana y, si la hubiere, la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma y desarrollar hábitos de lectura.
>
> f) Adquirir en, al menos, una lengua extranjera la competencia comunicativa básica que les permita expresar y comprender mensajes sencillos y desenvolverse en situaciones cotidianas.

Por su parte, el artículo 23.h) e i) de la LOE contempla como objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria:

> h) Comprender y expresar con corrección, oralmente y por escrito, en la lengua castellana y, si la hubiere, en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma, textos y mensajes complejos, e iniciarse en el conocimiento, la lectura y el estudio de la literatura.
>
> i) Comprender y expresarse en una o más lenguas extranjeras de manera apropiada.

Tampoco aluden a tales niveles el Real Decreto 157/2022, de 1 de marzo, por el que se establecen la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y el Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria, ambos básicos (disposición final 1ª), que introducen además un nuevo concepto, el de "competencias clave y perfil de salida del alumnado al término de la enseñanza básica".

No obstante, **dada la inclusión de la lengua cooficial como área o materia que los alumnos deben cursar con aprovechamiento suficiente, y las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza de la lengua cooficial, la opción del anteproyecto en relación a las dos lenguas cooficiales resultaría respetuosa con las exigencias de la LOE** porque debe hacerlo "garantizando, en todo caso, el objetivo de competencia lingüística suficiente en ambas lenguas oficiales".

Es decir, **puesto que corresponde a la Comunidad Autónoma establecer el currículo del área de Lengua cooficial y literatura**, en Educación Primaria, y la materia de Lengua cooficial y literatura, en Educación Secundaria Obligatoria, **le permite disponer que los alumnos han de alcanzar un nivel del Marco, a fin de que puedan obtener la correspondiente competencia en la lengua cooficial; quedaría frustrada la exigencia de igualdad de conocimiento de ambas lenguas si no se tomara también como referente para la otra lengua oficial.**

También la LOE establece una gradación en el conocimiento de la Lengua castellana y literatura, según se trata de la Enseñanza Primaria o la Secundaria Obligatoria, ya que los alumnos tienen que alcanzar las competencias comunicativas de forma adecuada según las diferentes etapas, y a la conclusión de la educación básica, como dice la disposición adicional trigésima octava.2 de la LOE, "todos los alumnos y alumnas deberán alcanzar el dominio pleno y equivalente en la lengua castellana y, en su caso, en la lengua cooficial correspondiente", sin que sea desacertado identificarla con el nivel B2, en garantía del dominio oral y escrito de las lenguas oficiales, como opción didáctica o pedagógica más adecuada, y sin que ello suponga soslayar las competencias reservadas al Estado, pues no ha fijado otro nivel distinto.

Avalaría también la regulación del anteproyecto que ha resultado pacífico el artículo 10.1 de la Ley catalana 12/2009, de 10 de julio, de educación, que dispone que los currículos deben

garantizar el pleno dominio de las lenguas oficiales catalana y castellana al finalizar la enseñanza obligatoria, de acuerdo con el marco europeo común de referencia para el aprendizaje, la enseñanza y la evaluación de las lenguas —aunque no hay referencia alguna a un determinado nivel—.

Más complicado resulta asumir la regulación del artículo 68.2 del anteproyecto respecto a la lengua extranjera, ya que no figura como objetivo en la LOE, ni se menciona en la ordenación y enseñanzas mínimas de la Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria.

Indirectamente también incide en el campo de las enseñanzas de idiomas, porque se señala que "se deberá alcanzar" y estará evaluado por los equipos docentes que atienden a cada estudiante.

Las enseñanzas de idiomas están reguladas en la LOE y en el Real Decreto 1041/2017, de 22 de diciembre, por el que se fijan las exigencias mínimas del nivel básico a efectos de certificación, se establece el currículo básico de los niveles Intermedio B1, Intermedio B2, Avanzado C1, y Avanzado C2, de las Enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y se establecen las equivalencias entre las Enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas en diversos planes de estudios y las de este real decreto, así como en el Real Decreto 1/2019, de 11 de enero, por el que se establecen los principios básicos comunes de evaluación aplicables a las pruebas de certificación oficial de los niveles Intermedio B1, Intermedio B2, Avanzado C1, y Avanzado C2 de las enseñanzas de idiomas de régimen especial.

Ambos se dictan "al amparo del artículo 149.1.30.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia".

En este contexto**, parece difícil que el anteproyecto fije como objetivo que los alumnos alcancen el nivel A2 o el B1 del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas** —entendido como que obtengan o lleguen a poseer ese nivel— **porque el Estado ha fijado las exigencias mínimas del nivel básico a efectos de certificación, y ha establecido el currículo básico del nivel Intermedio B1**, así como los principios básicos comunes de evaluación aplicables a las pruebas de certificación oficial del mismo.

Distinto sería que pudieran tomarse como referencia en los currículos, a la hora de completarlos, dentro del margen que en el diseño de los currículos reconoce a las comunidades autónomas el artículo 6.4 de la LOE, porque las enseñanzas mínimas requerirán el 50 por ciento de los horarios escolares para las comunidades autónomas que tengan lengua cooficial y el 60 por ciento para aquellas que no la tengan.

DCJA 56/2023 párr. 466 a 489

La autonomía de los centros educativos, que deriva del artículo 27.6 de la CE, constituye un componente clave de la organización del sistema educativo.

La LEPV reconoce a la escuela pública vasca tanto su autonomía pedagógica — concretada en la elaboración del proyecto educativo y proyecto curricular (capítulo III)—, como su autonomía de gestión —concretada en su proyecto de gestión y en el programa anual de gestión—, reconociéndose a los centros docentes públicos, además, una autonomía económico financiera (capítulo IV).

También el artículo 120 de la LOE establece que los centros dispondrán de autonomía pedagógica, de organización y de gestión en el marco de la legislación vigente y en los términos recogidos en dicha ley y en las normas que la desarrollen (párrafo 1), y dispondrán de autonomía para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro (párrafo 2).

El artículo 121 de la LOE contempla el proyecto educativo como medio básico para adaptar la enseñanza a las condiciones concretas del centro en las que debe ser impartida, que debe incorporar la concreción de los currículos establecidos por la Administración educativa, y que corresponde fijar y aprobar al claustro.

El artículo 123 de la LOE, por su parte, prevé que los centros públicos que impartan enseñanzas reguladas en dicha ley dispondrán de autonomía en su gestión económica, de acuerdo con la normativa establecida en esa ley, así como en la que determine cada Administración educativa.

Por lo demás, sin el carácter de normas básicas, señala que las administraciones públicas: (I) podrán delegar en los órganos de gobierno de los centros públicos la adquisición de bienes, contratación de obras, servicios y suministros, de acuerdo con la LCSP y, en su caso, con la legislación autonómica en materia de contratación del sector público, y con los límites que en la normativa correspondiente se fijen, y el ejercicio de la autonomía de los centros para administrar estos recursos estará sometido a las disposiciones que las administraciones públicas establezcan para regular el proceso de contratación, de realización y de justificación del gasto; (II) establecer las condiciones para que los centros públicos puedan formular requisitos de titulación y capacitación profesional respecto de determinados puestos de trabajo del centro; (III) los términos en los que los centros podrán elaborar su proyecto de gestión, en el que expresarán la ordenación y utilización de sus recursos, tanto materiales como humanos; (IV) podrán delegar en los órganos de gobierno de los centros públicos las competencias que determinen, incluidas las relativas a gestión de personal, responsabilizando a los directores de la gestión de los recursos puestos a disposición del centro.

En cuanto a las normas de organización y funcionamiento del centro, el artículo 124 de la LOE

se centra en las normas de convivencia, estableciéndose una serie de previsiones, algunas básicas, las características de la medidas correctoras, y otras no, e imponiendo a las propias administraciones educativas la aprobación de protocolos de actuación frente a indicios de acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género y cualquier otra manifestación de violencia, así como los requisitos y las funciones que debe desempeñar el coordinador o coordinadora de bienestar y protección, que debe designarse en todos los centros educativos independientemente de su titularidad. Finalmente, dispone que las directoras, directores o titulares de centros educativos se responsabilizarán de que la comunidad educativa esté informada de los protocolos de actuación existentes, así como de la ejecución y el seguimiento de las actuaciones previstas en los mismos.

En definitiva, **todos los centros educativos deben aprobar un proyecto educativo, un proyecto de gestión y las normas de organización y funcionamiento del centro, pero son distintas las exigencias impuestas a los centros educativos en función de su tipología.**

Por lo que se refiere a **los centros públicos, en cuanto a la gestión, organización y funcionamiento, es la ley la que puede incidir con plenitud, como servicio público**, con los límites derivados de las competencias atribuidas a los órganos de dirección o de participación por la LOE.

En los centros privados concertados no es posible ignorar la existencia de un titular, **pero**, al igual que en el caso de los centros públicos, por imposición del artículo 27.7 de la CE, **sus atribuciones se encuentran limitadas.**

El artículo 55 de la LODE contempla que los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de los centros concertados a través del consejo escolar del centro, sin perjuicio de que en sus respectivos reglamentos de régimen interior se prevean otros órganos para la participación de la comunidad escolar.

También deberá tener en cuenta al aprobar las normas de organización y funcionamiento las competencias del director o directora y la del Consejo Escolar del centro (artículo 54 y 57 LODE), que deberá informarlas.

En los centros privados no concertados, como ya hemos señalado anteriormente, el artículo 25 de la LODE contempla que "dentro de las disposiciones de la presente Ley y normas que la desarrollan, los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, elaborar el proyecto educativo, organizar la jornada en función de las necesidades sociales y educativas de sus alumnos y alumnas, ampliar el horario lectivo de áreas o materias, determinar el procedimiento de admisión del alumnado, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico".

DCJA 56/2023 párr. 558 a 570

IV. Entidades de previsión social

Comenzamos el análisis de las modificaciones introducidas en este decreto por la que se plantea como **modificación principal** y que tiene que ver con **la regulación de las EPSV preferentes y con los planes de previsión social voluntaria preferentes.**

Son dos las cuestiones principales que debemos destacar de esta regulación.

La primera de ellas tiene que ver con la especialidad que estos planes de previsión social de empleo implican —si atendemos a su configuración legal— **en cuanto al régimen de prestaciones.**

El artículo 14.f) señala, entre los requisitos que deben cumplir los planes de previsiones social para calificarse como preferentes, que "las prestaciones por jubilación, fallecimiento e invalidez o incapacidad permanente que suponga extinción de la relación laboral se percibirán de acuerdo con lo que establezcan los estatutos o reglamentos, y deberá llevarse a cabo su reconocimiento y pago en forma de renta vitalicia, con la posibilidad de rentas financieras siempre y cuando tengan una duración mínima de quince años, excepto en los supuestos de prestaciones de orfandad".

A continuación, el precepto añade que, "excepcionalmente, esas prestaciones se podrán percibir en forma de capital en las situaciones previstas por los estatutos o reglamentos o cuando la cuantía de la prestación en forma de renta no alcance los porcentajes o cantidades a establecer en el desarrollo reglamentario".

En principio, **el proyecto reproduce con exactitud la regla general en el artículo 127.2 del Decreto 203/2015. Sin embargo, no sucede lo mismo con las dos excepciones que admite la ley para percibir las prestaciones en forma de capital.**

En concreto, establece lo siguiente:

> Excepcionalmente, los estatutos o el reglamento del plan de previsión social de empleo preferente podrán prever que las prestaciones por jubilación, fallecimiento, invalidez o incapacidad permanente que suponga extinción de la relación laboral se puedan percibir en forma de capital, en los siguientes supuestos:
>
> a) Los estatutos o el reglamento del plan de previsión social de empleo preferente podrán establecer la posibilidad de percibir la prestación, total o parcialmente, en forma de capital cuando los derechos económicos no alcancen determinada cuantía. Esta cuantía de los derechos económicos no podrá ser superior al doble de la prestación anual míni-

ma por jubilación con cónyuge a cargo del sistema de la Seguridad Social. Los estatutos o el reglamento pueden establecer como cuantía máxima una cantidad determinada o la fórmula para calcularla, siempre que se respete el límite de la cuantía señalada en el párrafo anterior. A estos efectos, para la determinación de la cuantía de los derechos económicos no se tendrá en cuenta la disminución que se haya producido en los mismos como consecuencia del cobro en forma de capital de hasta un diez por ciento del importe de los derechos económicos previsto en la letra siguiente.

b) Los estatutos o el reglamento del plan de previsión social de empleo preferente podrán establecer la posibilidad de percibir en forma de capital hasta un diez por ciento del importe de los derechos económicos. Respetando este límite máximo, los estatutos o el reglamento pueden establecer el porcentaje máximo concreto de los derechos económicos que se podrá percibir en forma de capital.

Su mera lectura ya permite concluir que **la primera excepción es ignorada por el proyecto, ya que nada alude a la posibilidad de que los estatutos o reglamentos establezcan aquellas situaciones que permitirán que la prestación se perciba en forma de capital.**

Hay en la ley una remisión expresa a tales instrumentos, siendo los estatutos — a tenor del artículo 33.1 LEPSV— la norma jurídica que rige el funcionamiento de la entidad, que deben incluir como contenido mínimo "la especificación de la acción protectora, así como el régimen de aportaciones y prestaciones" [artículo 33.2 c) LEPV], y siendo el reglamento del plan de previsión social —a tenor del artículo 43.1 LEPSV— la norma de funcionamiento del mismo, que debe incluir el "régimen de aportaciones y prestaciones , así como la especificación de las contingencias reconocidas y las fórmulas de percepción de las prestaciones" [artículo 43.1.c) LEPSV].

Sin perjuicio de reconocer que tales situaciones deben ser "excepcionales", lo que conlleva la necesidad de interpretar un concepto jurídico indeterminado, lo que deberá hacerse con rigor, sin que se llegue a desnaturalizar la regla general, **el reglamento no puede establecer una regulación que desconozca ese margen de actuación que la ley concede a las entidades.**

En cuanto al segundo parámetro, existe una habilitación al titular de la potestad reglamentaria para que defina los porcentajes o cantidades a establecer.

En este caso, **la Comisión considera que la formulación del proyecto es correcta al conectarse la primera excepción con las cantidades**, así se podrá percibir la prestación en forma de capital cuando los derechos económicos no sean superiores al doble de la prestación anual mínima por jubilación con cónyuge a cargo del sistema de la Seguridad Social. Es decir, se admite el pago en forma de capital porque la cuantía de la prestación en forma de renta en tales casos no alcanza, por su escaso importe, una suma suficiente.

La segunda excepción atiende al porcentaje, al admitir que los estatutos o el reglamento del

plan de previsión social puedan establecer la posibilidad de percibir en forma de capital hasta un diez por ciento del importe de los derechos económicos. En tal supuesto la prestación sería mixta, parte en capital y parte en renta, y lo que el proyecto viene a determinar es que la parte de renta nunca podría ser inferior al noventa por ciento del importe de los derechos económicos, estableciendo su reverso.

En definitiva, **el artículo 127.3 debe ser reformulado por no contemplar la remisión establecida por la ley a los estatutos o reglamentos**, y tal omisión, a la vista de la letra y contexto del precepto, solo puede ser entendida como expresiva de la voluntad de apartarse de la ley, lo cual le está vedado al titular de la potestad reglamentaria.

DCJA 192/2023 párr. 175 a 188

Por otro lado, debemos referirnos a la regulación que el proyecto realiza d**el principio de no discriminación para los planes de empleo preferentes**. Esta regulación **exige a los trabajadores, para que se les reconozca el derecho a la adhesión al plan de previsión social de empleo preferente, una antigüedad mínima de un año en la empresa**, tal y como establece la LEPSV.

En la tramitación del expediente, tanto en el CRL como en el CES se ha planteado la posibilidad de aplicar la antigüedad de un mes establecida en el artículo 5.1.a) del TRLPFP, dictado ex art. 149.1.6ª de la CE —modificado precisamente por la Ley 12/2022, de 30 de junio, de regulación para el impulso de los planes de pensiones de empleo—.

La propuesta no se ha admitido porque, conforme a la explicación que se ofrece en la memoria del procedimiento, "No se atiende esta consideración dado que el plazo de un año de antigüedad está establecido por el artículo 14.a) de la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria. Sin embargo, se ha añadido al artículo un último inciso al artículo 128 (apartado siete del artículo tercero del proyecto de decreto) previendo la posibilidad de establecer un plazo de antigüedad inferior a un año en virtud de los acuerdos alcanzados en negociación colectiva o pacto de empresa".

Procede, sin embargo, recordar a este respecto que **el principio de no discriminación de los planes de previsión social preferentes** [artículo 14.a) de la LEPSV] **fue objeto de análisis en la STC nº 97/2014, en la que se anuló parte del precepto.**

Si bien el contenido anulado guardaba relación con la incorporación a los planes de pensiones derivada de la negociación colectiva, la declaración de inconstitucionalidad del precepto se formuló en los siguientes términos:

> En consecuencia, al tener el art. 4.1 a) del texto refundido de la Ley de planes y fondos de pensiones **el carácter de legislación mercantil, competencia exclusiva del Estado**, de conformidad con lo dispuesto en la disposición final cuarta del texto refundido, debemos concluir que el inciso segundo del art. 14 a) de la Ley de País Vasco 5/2012 es inconstitucional, al establecer un régimen de integración de los partícipes que invade la regulación estatal dictada ex art. 149.1.6 CE.

Habiendo confirmado el Tribunal Constitucional el carácter de regulación mercantil que tiene el régimen de integración de los partícipes en los planes de previsión social, la Comisión entiende que procede aplicar el límite temporal fijado en la normativa estatal, que resulta, además, más favorable a la integración de las personas trabajadoras en los planes de empleo preferente.

DCJA 192/2023 párr. 189 a 194

En cuanto a la modificación que afecta al artículo 38, relativo **a la inembargabilidad de derechos**, la memoria de análisis de impacto normativo **da cuenta del origen de esta modificación que sitúa en la anulación por la Sentencia** del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) 291/2021, de 8 de julio, de la Instrucción 1/2018, de 7 de marzo, del Viceconsejero de Finanzas y Presupuestos relativa a la aplicación de los artículos 19, 27 y 29 de la LEPSV y, en concreto, **acerca del momento de la anotación de los embargos sobre los derechos económicos de los socios ordinarios y beneficiarios, en su caso, de una EPSV y del momento de la ejecución de dicho embargo.**

El departamento promotor modifica el artículo 38 del Decreto 203/2015 **para introducir el contenido de dicha instrucción y salvar así el escollo atinente al rango normativo** y procedimiento de elaboración jurídicamente pertinentes para modificar o completar el señalado precepto reglamentario.

No obstante, **a pesar de abordarse ya la regulación mediante una disposición de carácter general con el alcance normativo apropiado, la Comisión no puede eludir otra de las importantes consideraciones que realiza la citada sentencia** acerca del marco jurídico en el que debe insertarse la correcta interpretación del texto proyectado.

En este sentido, el pronunciamiento judicial adelanta ya que **el régimen de inembargabili-**

dad de derechos que se contemple en el artículo 38 **tampoco puede extravasar los términos de la STC 88/2009 invocando el ejercicio de la competencia exclusiva prevista en el artículo 10.23 del EAPV**, tal y como ya expuso el Dictamen 142/2015 al dictaminar el artículo 38 inserto en el proyecto de Decreto 203/2015, al que se adhiere expresamente.

El sustento de la referida sentencia refuerza la conclusión alcanzada en dicho dictamen, que cabe trasladar al proyecto que informamos toda vez que se retorna ahora a una redacción que se abandonó en el decreto finalmente aprobado y que, con ligeras diferencias al ahora propuesto, respondía al mismo objeto e interpretación que ya fue extensamente valorado en sus epígrafes 151 a 161, a los que nos remitimos.

Del necesario contraste con la normativa estatal que actualmente regula los planes de pensiones con los que los planes de previsión social comparten sustrato común, no puede sino deducirse que **tanto el artículo 8.8 del TRLPFP, como el artículo 22.7 del RPFP y la disposición adicional octava del mismo, sitúan el momento en el que puede recaer embargo, traba judicial o administrativa, y el momento en el que pueden ejecutarse una vez han sido objeto de tales, cuando "se cause el derecho a la prestación o puedan ser disponibles o efectivos** conforme a lo previsto en el artículo 9".

De ello se deriva, reiterando el epígrafe 158 del Dictamen 142/2015: "Es decir, un posible embargo de los derechos consolidados en un plan de pensiones no precisa la solicitud del cobro de la prestación, sino únicamente que se den las condiciones que permitan solicitarlo, lo cual resulta especialmente importante en los supuestos de enfermedad grave, desempleo de larga duración y, sobre todo, en el caso de aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad.".

Y para concluir, recordamos que ya en el epígrafe 161 de ese dictamen apuntábamos que, "asumiendo la diferencia en el régimen jurídico aplicable a los planes de previsión social y a los planes de pensiones, es preciso reconocer que el ámbito de su inembargabilidad tiene un sustrato común; de ahí que también resulte trasladable su justificación desde el punto de vista de la limitación del derecho fundamental del artículo 24.1 CE. En el reverso de este razonamiento, **debe igualmente asumirse que separarse en esta cuestión de lo establecido por el legislador estatal para los fondos de pensiones desbordaría la competencia autonómica exclusiva del artículo 10.23 EAPV".**

DCJA 192/2023 párr. 203 a 210

De las disposiciones transitorias, únicamente merece que nos detengamos en el apartado 3 de la disposición transitoria segunda, relativa a **las EPSV de empleo que hayan sido calificadas como preferentes con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto.**

Dicho apartado **contempla dos medidas específicas** para tales entidades. **Por un lado, su adaptación** a lo dispuesto en el artículo 127 del Decreto 203/2015 **debe realizarse en el plazo de cinco años desde el día siguiente a la entrada en vigor de este decreto.**

De esa forma se les concede un amplio plazo parar llevar a cabo tal adaptación, sin que se hayan expuesto las razones para ello.

Por otro lado, **en la citada adaptación se les permite que, si tuvieran un porcentaje de cobro en forma de capital distinto** al señalado en la letra b) del apartado 3 del artículo 127 del Decreto 203/2015, "**excepcionalmente podrán mantenerlo, si bien está posibilidad se limitará a las personas que sean socias de la Entidad y a las cantidades aportadas hasta el momento** de la adopción de los acuerdos de adaptación más los rendimientos que las mismas hayan generado hasta que se cause la prestación".

Puede decirse que el proyecto tiene en cuenta relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior y pretende que no se perjudiquen situaciones beneficiosas para los particulares, que podrán mantener el porcentaje de cobro en forma de capital que tuvieran reconocido.

La conjunción de tales medidas supone que, durante los próximos cinco años, los socios de tales entidades gozaran de un derecho que se niega a los socios de las EPSV y planes de previsión preferentes que adquieran dicha calificación una vez cumplimentados los tramites procedentes (artículo 125 del Decreto 203/2015).

La modificación proyectada persigue establecer el régimen de prestaciones aplicable a los planes de previsión social preferentes por considerarse que, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 14.f) de la LEPSV, constituye el adecuado para preservar la naturaleza singular de tales planes.

Esa excepción, nos conduce rectamente a su contraste con el artículo 14 de la CE, que, en expresión muy sintética de la doctrina constitucional elaborada sobre el principio de igualdad en su vertiente de igualdad en la ley, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (entre otras muchas STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6, 200/2001, de 4 de octubre).

La doctrina constitucional sobre el artículo 14 de la CE permite, en síntesis, la fijación de regímenes jurídicos distintos en función de factores o elementos no prohibidos por el ordenamiento —como la existencia de EPSV de empleo ya calificadas como preferentes—, pero tal diferencia siempre ha de superar el denominado test o juicio de razonabilidad, que conlleva necesariamente que no deba excepcionarse más de lo necesario, atendida la razón que mo-

tiva la diferencia.

Así como cabría sostener que **el nuevo régimen debe aplicarse plenamente cuando se trate de nuevas EPSV de empleo preferentes, no vemos con la misma claridad que en el caso de las EPSV y planes de previsión ya constituidos, cuando adquieran la condición de preferentes, no deban serle respetados a sus socios, de forma equiparable, el porcentaje de cobro en forma de capital que tuvieran reconocido en sus estatutos y reglamentos**, limitada, eso sí, a las cantidades aportadas hasta el momento de la adopción de los acuerdos de adquisición de la calificación de preferentes.

Por ello, **convendría que constara la debida justificación de tratamiento diferenciado que se otorga a los socios de las EPSV de empleo ya calificadas como preferentes** y las razones de su sujeción a un régimen distinto durante cinco años.

DCJA 192/2023 párr. 219 a 229

V. Entidades financieras

Sucede así que estas memorias vienen a trasladar que **la única función que corresponde al IVF** [Instituto Vasco de Finanzas] **en materia subvencional tiene que ver con su actuación como entidad colaboradora, pero** como veremos a continuación **la forma en la que se articula esta participación no es adecuada.**

Empezamos por transcribir la inequívoca afirmación contenida en la memoria de tramitación, ante las observaciones realizadas en **el informe de la Dirección de Función Pública** que **cuestiona la naturaleza jurídica del IVF atendidas las funciones que le corresponden:**

> Por un lado, no se ha pretendido atribuir al Instituto la potestad de fomento, dado que su participación en la instrumentación y la gestión financiera de los programas de fomento se formula en su consideración como entidad colaboradora, y, por otro lado, ni la emisión de informes que no son preceptivos, ni el ejercicio de funciones representativas, implican el ejercicio de autoridad. Por lo tanto, no se considera necesario reservar puestos de trabajo del Instituto a personal funcionario.

En similar sentido se manifiesta el departamento en la memoria económica y también en la anteriormente citada memoria de tramitación, si bien en este caso centradas en las observaciones de la OCE [Oficina de Control Económico] y la respuesta departamental en la regulación contenida en el artículo 9.4, cuestión que nos lleva a **analizar el modo en el que está**

configurada en el anteproyecto la actuación del IVF como entidad colaboradora.

Para analizar esta cuestión resulta conveniente transcribir el contenido del citado artículo 9.4, que regula la concesión de préstamos bonificados sin interés en los siguientes términos:

> Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior [el que recoge el sometimiento a la regulación en materia de ayudas de estado], el Instituto Vasco de Finanzas podrá conceder préstamos bonificados sin interés, con interés inferior al de mercado, o con un tramo no reembolsable, siempre que dicha bonificación sea financiada con cargo a las dotaciones de los Presupuestos Generales de Euskadi en el marco de un programa de fomento promovido por una entidad del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi a través del oportuno convenio que deberá formalizarse entre el Instituto y el órgano competente de dicha entidad. A estos efectos, tendrá la consideración de normativa reguladora de la concesión de tales préstamos los acuerdos adoptados por el consejo de administración del Instituto que, en todo caso, tendrán que prever una convocatoria con los requisitos y obligaciones de los beneficiarios y el procedimiento de concesión, con respeto a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación no discriminación, así como a la normativa europea en materias de ayudas de estado, todo ello de conformidad con los términos del convenio formalizado. Tanto la convocatoria como el convenio de colaboración deberán ser publicados en el Boletín Oficial del País Vasco.

La memoria económica refiere al respecto que "se ha considerado oportuno que el Instituto Vasco de Finanzas pueda conceder préstamos bonificados, siempre que dicha bonificación sea financiada con cargo a las dotaciones presupuestarias de una entidad del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. La concesión de estos préstamos, sin embargo, no se encontrará sujeta a la normativa en materia de subvenciones, sin perjuicio de que se deba garantizar el respeto a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, así como, en todo caso, a la normativa europea en materias de ayudas de estado".

La OCE plantea en su informe la necesidad de clarificar el precepto por entender **que existe una aparente contradicción en los términos en los que está formulada la actuación del IVF.**

En respuesta a la objeción que la OCE plantea al respecto, la memoria de tramitación explica:

> La razón de la inclusión de esta novedosa fórmula de colaboración entre el Instituto Vasco de Finanzas y las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi para la puesta en marcha de programas de fomento de este tipo (préstamos bonificados) obedece a razones meramente instrumentales, derivadas de la necesidad de contar con un procedimiento ágil para su implementación, bastando con la formalización de un convenio entre ambas partes con carácter previo y la aprobación de la convocatoria por el consejo de administración del Instituto,…

Estas memorias parecen apuntar, por tanto, a la configuración del IVF, en este concreto ámbito de su actividad, únicamente como entidad colaboradora en la gestión de subvenciones.

Sin embargo, hemos visto que **el artículo 9.4** transcrito **prevé que**, previo convenio con la entidad del sector público responsable del programa de fomento, **corresponderá al Consejo de Administración del IVF aprobar la "normativa reguladora" y la "convocatoria con los requisitos y obligaciones de los beneficiarios y el procedimiento de concesión"**.

Este modo de plantear la actuación del IVF no responde al esquema de una actuación como entidad colaboradora en la gestión de las subvenciones.

La LGS configura en estos términos la figura de las entidades colaboradoras: "Será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos" (artículo 12).

Por otro lado, si bien es cierto que el artículo 16 de la misma norma exige la formalización de un "convenio de colaboración entre el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta", recoge, dentro del contenido mínimo que debe incluir el convenio, el de la "Identificación de la normativa reguladora especial de las subvenciones que van a ser gestionadas por la entidad colaboradora".

Ambos son preceptos básicos y los mismos limitan la actuación de estas entidades a la colaboración en la gestión de las subvenciones y, en su caso, en la entrega de fondos, pero **resulta inequívoco que la aprobación de la regulación aplicable al programa subvencional y su convocatoria corresponden a la entidad del sector público responsable del programa de fomento**.

Este mismo esquema de actuación es el que recoge la LPOHGPV, que en su artículo 52 establece que "Las normas reguladoras de las ayudas o subvenciones podrán establecer que la gestión y el pago de las ayudas o subvenciones públicas se efectúe a través de una entidad colaboradora" y añade "La entidad colaboradora actuará en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención o ayuda".

El artículo 9.4 del anteproyecto exige por tanto un replanteamiento pues si, tal y como refiere la memoria, **la participación del IVF se limita a su actuación como entidad colaboradora, la regulación de sus cometidos debe quedar circunscrita a lo que le corresponde como tal** conforme a la regulación básica aplicable**, sin que en modo alguno le corresponda la aprobación de las bases y la convocatoria del programa subvencional.**

VI. Personal de las administraciones públicas

A) Acceso

Medidas de discriminación positiva

Tal y como señalamos entonces, siguiendo la doctrina establecida en la Sentencias 335/2010, de 12 de mayo, y 55/2011, de 26 de enero, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), **no hay duda de que en el caso de establecerse la reserva de plazas a mujeres es necesaria una habilitación legal. Ello deriva,** de un lado, **de la reserva de ley en materia de estatuto de los funcionarios públicos** establecida en el artículo 103.3 de la CE **y,** de otro, **en la doctrina del Tribunal Constitucional que exige una expresa habilitación legal para toda limitación de derechos fundamentales**, y, concretamente, en relación con una convocatoria de pruebas específicas.

Al respecto, parece oportuno señalar que, tras la aprobación de la LPPV, se han promulgado la modificación de diferentes normas del ámbito de los cuerpos policiales en los que se han incluido medidas similares. En concreto, la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana; la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las policías locales de Cataluña; Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears, y Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra. Así como Ley 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-«Mossos d'Esquadra».

Además de lo anterior, en el ámbito específico de los SPEIS, la Ley 2/2021, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público catalana, que modificó la Ley 5/1994, de regulación de los servicios de prevención y extinción de incendios y de salvamentos de Cataluña, incorporó unas medidas cuasi idénticas a las aquí mencionadas. Incluso con un objetivo más ambicioso, pues lo cifra en alcanzar una presencia de mujeres funcionarias igual o superior al 40 % en la categoría objeto de la convocatoria.

Más aun, la Ley 2/2021 catalana citada modificó la Ley 17/2003, del Cuerpo de Agentes Rurales, para establecer las mismas medidas con el ánimo de establecer los mecanismos y los recursos para hacer efectivo el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito del acceso al cuerpo.

En este ámbito conviene destacar los contenidos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de

marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), que en su artículo 5 establece el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo, sin que constituya discriminación en el acceso al empleo público, incluida la formación necesaria, "una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se llevan a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado". Por su parte, el artículo 11 ampara la adopción por los poderes públicos de acciones positivas a favor de la mujer, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, medidas que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones y que "habrán de ser razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido".

Como bien se pude apreciar**, no es cuestionable la capacidad legisladora autonómica para incorporar al ordenamiento autonómico este tipo de medidas como las propuestas en el anteproyecto**. Esto es, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas admite que el legislador pueda tomar en consideración el sexo de los aspirantes, si se debe a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se llevan a cabo, como dice el artículo 5 de la LOIEMH. También **permite la adopción de medidas de discriminación positiva si estas sirven para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres y son razonables y proporcionadas en relación al objetivo perseguido**, como proclama el artículo 11

Por tanto, siempre que resulte cauce válido para el logro de la igualdad sustancial prevista por el artículo 9.2 de la CE, **no cabe descartar ad limine las configuraciones legislativas orientadas a la realización del principio de igualdad** reconocido por el artículo 14 de la CE **también en ese ámbito**.

En palabras de la STC 26/2011, de 14 de marzo:

> la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo (por todas, SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 19/1989, de 31 de enero, F. 4; 317/1994, de 28 de noviembre, F. 2; 17/2003, de 30 de enero, F. 3; 214/2006, de 3 de julio, F. 2; y 324/2006, de 20 de noviembre, F. 4).
>
> De ahí que hayamos afirmado que la interdicción de la discriminación por razón de sexo implica no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona,

> ya en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio, F. 2; 136/1996, de 23 de julio, F. 5; 20/2001, de 29 de enero, F. 4; y 41/2002, de 25 de febrero, F. 3, entre otras muchas), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, por lo que las medidas legales que tratan de compensar las desventajas reales que para el acceso al trabajo o la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre no podrían considerarse opuestas al principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes, para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE (SSTC 128/1987, FF. 7 y ss.; 19/1989, F. 4; 28/1992, de 9 de marzo, F. 3; 229/1992, de 14 de diciembre, F. 2; 3/1993, de 14 de enero, F. 3; y 109/1993, de 25 de marzo, F. 5, por todas).

Ahora bien, en la medida en que se incide sobre un derecho fundamental, como lo es el artículo 23.2 de la CE, y a la vista de la conexión reiterada entre el citado derecho y los principios de mérito y capacidad**, la carga sobre la justificación del tratamiento diferenciador se hace especialmente rigurosa cuando se maneja una condición personal, como lo es la del sexo**, que, en apariencia, no guarda relación directa con tales principios; otro tanto cabe decir de la discapacidad (STC 269/1994) o la edad (STC 75/1983 y 38/2007).

La cuestión se traslada a la elección de **las medidas para la consecución del objetivo perseguido**, pues este no legitima cualquier medida de acción positiva. En nuestro ordenamiento**, ha de ser susceptible de lograr el fin legítimo previsto —juicio de idoneidad—, necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada** para la consecución de tal propósito con igual eficacia —juicio de necesidad— y, finalmente, **ha de ser ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores**.

La preferencia de la mujer en el acceso facilita, sin duda, su ingreso en los SPEIS, revelándose como una medida eficaz, y, por tanto, idónea para alcanzar el objetivo de un mayor equilibrio de hombres y mujeres.

En el presente texto se han establecido determinadas medidas tendentes a adecuar los requisitos, adecuándolos a sus características físicas y se ha introducido la incidencia de la regla del género para la resolución de los empates. Si bien, teniendo en cuenta la experiencia acumulada en estos cuerpos, estas medidas han demostrado una eficacia muy limitada en orden a alcanzar los objetivos que pretende logar el anteproyecto.

Es, en definitiva, **el último parámetro para enjuiciarla** —**si impone un sacrificio razonable al derecho fundamental de igualdad en el acceso a funciones públicas o, por**

el contrario, este resulta excesivo— el que suscita la cuestión más delicada.

Ya mencionamos en nuestro Dictamen 130/2011 que la doctrina constitucional en este ámbito era escasa. Y que únicamente se podía acudir a través de la vía del artículo 10.2 de la CE a la del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), que se ha pronunciado en el ámbito de la Directiva 76/207/CEE.

Es relevante en este ámbito la Sentencia Serge Briheche por su vocación recopilatoria:

> 23. Una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos (véase, en este sentido, la Sentencia de 28 de marzo 2000 [TJCE 2000, 56] , Badeck y otros, C-158/97, Rec. pg. I-1875, apartado 23).
>
> 24. Estos requisitos se basan en el hecho de que, al determinar el alcance de cualquier excepción a un derecho fundamental, como el de igualdad de trato entre hombres y mujeres consagrado por la Directiva, es necesario respetar el principio de proporcionalidad que exige que las excepciones no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para conseguir el objetivo propuesto y exige conciliar, en la medida de lo posible, el principio de igualdad de trato con las exigencias del objetivo perseguido de este modo (Sentencia Lommers [TJCE 2002, 106] , antes citada, apartado 39).
>
> 25. El artículo 2, apartado 4, de la Directiva autoriza, por tanto, medidas nacionales en el ámbito del acceso al empleo que, favoreciendo especialmente a las mujeres, están destinadas a mejorar su capacidad de competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres. El objetivo de dicha disposición es lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que pueden surgir en la vida social y, de este modo, evitar o compensar, conforme al artículo 141 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695) , apartado 4, las desventajas en la carrera profesional de las personas afectadas (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 1995 [TJCE 1995, 172] , Kalanke, C-450/93, Rec. pg. I-3051, apartado 19, y de 6 de julio de 2000 [TJCE 2000, 166] , Abrahamsson y Anderson, C-407/98, Rec. pg. I-5539, apartado 48)".

Teniendo en cuenta todo lo anterior, referido al caso concreto que analizamos, tal y como, consta en el informe de impacto en función del género, **las disposiciones contenidas** para promocionar y fomentar la igualdad **se diseñan con el ánimo de corregir la infra-**

rrepresentación de las mujeres en los SPEIS. Así como **para incrementar la eficacia en la prestación de los servicios** mediante unas medidas que, basadas en los planes de promoción que se elaboren al efecto, permitan una mayor incorporación de las mismas.

El informe traslada datos elocuentes sobre la infrarrepresentación en los cuerpos y la escasa presencia de las mujeres, siendo prácticamente inexistente, 3 % en 2020. En cuanto a la participación en los procesos selectivos el porcentaje, en el mejor de los casos, no supera el 5 % del total de aspirantes presentados.

Así, se actúa en dos frentes. Por una parte, el artículo 26, determina que las pruebas deberán garantizar que la persona seleccionada reúna, no sólo las condiciones físicas más apropiadas para el desempeño de la función, sino también las cognoscitivas y psíquicas. **Lo que se busca es que las administraciones competentes diseñen procesos selectivos que no estén caracterizados por responder al objetivo de eliminar a aspirantes sobre la base exclusiva de que no reúnen unas condiciones físicas determinadas**.

Por otra parte, se sigue el modelo diseñado para los cuerpos policiales y los SPEIS catalanes con determinadas particularidades.

Se mantiene la característica de **otorgar preferencia a la mujer frente al hombre pero condicionada a que (I) no concurra en el otro candidato motivos que, no siendo discriminatorios por razón de sexo, justifiquen la no aplicación de la medida, como la pertenencia a otros colectivos con especiales dificultades para el acceso al empleo**; (II) exista **equivalencia de capacitación**, entendida como la superación de las pruebas y ejercicios de la oposición; (III) **obtenga una puntuación en la que el diferencial frente al candidato masculino no sea superior al quince por ciento en la puntuación de la fase de oposición o concurso-oposición**.

En cuanto al número de plazas con la preferencia es flexible, debiendo ser proporcional a los objetivos perseguidos en el plan de promoción y justificarse la razonabilidad de la medida atendiendo a los datos estadísticos históricos sobre el porcentaje de mujeres que concurren y superan los procesos selectivos.

La preferencia es temporal, mientras en el cuerpo, escala y categoría a que se refiera la convocatoria del proceso selectivo las mujeres tengan una presencia igual o inferior al 33 %.

Así las cosas, la utilización de un instrumento de rango legal otorga un margen de actuación muy amplio ya que, como hemos dicho en numerosas ocasiones, el legislador no es mero ejecutor de las previsiones de la CE y el EAPV, sino que goza de la llamada libertad de configuración que le permite crear derecho en libertad dentro de un amplio margen de opciones políticas, pero esa libertad no es carente de límites —en este caso, constitucio-

nales y del derecho comunitario—.

Asimismo, tal y como hemos señalado, **el sexo puede ser utilizado como criterio de diferenciación jurídica, pero el juicio de legitimidad constitucional impone un canon más estricto,** un mayor rigor en las exigencias materiales de proporcionalidad si incide sobre derechos o libertades de terceros que, además, son de carácter fundamental.

Por último, cuando se actúa sobre derechos fundamentales, **la redacción de la norma debe buscar la seguridad jurídica y la certeza del derecho, sin que su ambigüedad pueda dar lugar a distintas interpretaciones y, a fortiori, inicuas aplicaciones de su enunciado.**

Como es fácil comprender y así se desprende de la doctrina constitucional y comunitaria profusamente citada en nuestro dictamen, el juicio sobre medidas legales que establecen medidas de discriminación positiva por razón del sexo es complejo y debe estar presidido por la cautela y la mesura que impone el análisis de proporcionalidad.

En el análisis del precepto, al igual que ocurre en las diferentes normativas en vigor, **el elemento clave sobre el que gira la medida lo constituye, sin duda, la preferencia cuando exista una diferencia menor, en este caso al 15 % en la puntuación**. Si olvidar que existen otras normativas que cifran este diferencial en el 20 % con lo cual, en nuestro caso, la diferencia con respecto a la igualdad es menor.

Pese a la aparente rigidez del **TJCE, en sus sentencias no existe una proscripción absoluta a la posibilidad de otorgar preferencia al candidato infrarrepresentado frente a un competidor del sexo opuesto; lo relevante son los condicionantes que debe reunir la medida para que sea acorde con el principio de proporcionalidad.** En concreto**, la Sentencia Abrahamsson exige que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes**. **Esa acotación**, en la que el tribunal emplea una conjunción disyuntiva —la preferencia no se condiciona en exclusiva a la equivalencia—, **daría amparo a una preferencia que opera cuando se produzca una diferencia exigua** —para colmar el concepto sensiblemente equivalentes—.

En ese contexto, el 15 % podría responder, parafraseando al Consejo de Estado, a la moderación objetiva y razonable del principio meritocrático que acepta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exige, en todo caso, la idoneidad o capacidad para el puesto a ejercer, pero relativizando de algún modo el mérito, al integrar en él, por así decirlo, la pertenencia al grupo perjudicado, superando, así, un planteamiento puramente individualista de la tutela antidiscriminatoria y recuperando la dimensión colectiva de la discriminación (Dictamen de 22 de junio de 2006).

Se trata de un modelo adoptado por una serie de legislaciones y que no ha suscitado

mayor controversia en su aplicación. Ciertamente la necesidad de arbitrar medidas que permitan el acceso de la mujer a determinados empleos en los que es necesaria su presencia, pero que históricamente han existido dificultades insalvables para ello, hacen necesario establecer medidas excepcionales que lo permitan.

Además, como hemos dicho reiteradamente, **al establecer una diferencia no superior al 15 %, la desigualdad es más matizada**. No se establece una prioridad absoluta, con lo que se adapta adecuadamente a los parámetros constitucionales de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Tal y como hemos referido, **se establece una medida que dispone un máximo dejando el mínimo a su concreción a la vista de los planes de igualdad y los datos estadísticos históricos**, facilitando su mayor adaptación a realidad fáctica de cada proceso selectivo.

Se ahuyenta así el riesgo de definir un modelo coherente en abstracto, pero inicuo en su aplicación práctica por proyectarse sobre realidades muy diferentes. La acción positiva persigue la igualdad material y, por tanto, requiere la medida que la consiga.

En definitiva, **el legislador autonómico está facultado para tomar medidas de discriminación positiva en el acceso** a los SPEIS. Ahora bien, **la Comisión sugiere que se fundamente convenientemente la necesidad a fin de que las consecuencias jurídicas de la distinción en el criterio de selección que se establecen en favor de la mujer resulten**, pese a que implican un sacrificio en la igualdad de trato, adecuadas y proporcionadas y, en definitiva, **conformes con los principios constitucionales de libertad de acceso a la función pública en condiciones de igualdad de acuerdo a los principios de mérito y capacidad**.

DCJA 18/2023 párr. 160 a 193

B) Personal de libre designación

El artículo 26, destinado a contemplar las particularidades de **cese de puestos de trabajo de libre designación**, determina que la motivación de dicha resolución será referida, en todo caso, a la competencia para adoptarla.

Tradicionalmente se ha entendido que la motivación del cese estaba implícita en la resolución y en la competencia para adoptarla sin más consideraciones. En el mismo sentido se encuentra regulada dicho extremo en el artículo 34.1 del Decreto 190/2004, de 13 de octubre, por el

que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de las administraciones públicas vascas. Lo cual es un reflejo, asimismo, de lo establecido en el artículo 58.1 del Reglamento general de ingreso de personal al servicio de la Administración General del Estado de 1995

A pesar de lo anterior, **la jurisprudencia ya no admite que la mera referencia competencial conlleve la exigencia de motivación requerida. Se trata de un requisito formal que debe quedar acreditado en la resolución**. Ahora bien, junto a lo anterior **ha establecido determinados límites para paliar la ausencia o escasa motivación de los ceses**.

Concretamente, **el Tribunal Supremo ha declarado que "el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que acuerdan el cese de funcionarios públicos en puestos de libre designación consiste en expresar que las razones de oportunidad basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron al nombramiento ya no concurren o, si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese**, sin que sirvan para ello expresiones opacas, estandarizadas o ajenas a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron al nombramiento", por todas, STS 530/2021, de 20 de abril (rec.7137/2018) y STS 499/2021, de 12 de abril [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1607].

Por tanto, **el artículo debería contemplar que la resolución deberá motivar las razones que fundamentan la pérdida sobrevenida de la idoneidad o por otra circunstancia objetiva que determina la pertinencia del cese**, sin que queda una motivación basada únicamente en cuestiones competenciales.

DCJA 36/2023 párr. 110 a 114

VII. Protección de datos personales

Parece oportuno advertir que, si bien el artículo 29.3, letras a) y d), se remite a "los términos establecidos en esta ley" o "conforme a lo dispuesto en esta Ley", lo cierto es que lo correcto es lo que señala **el artículo 30.1 del anteproyecto**, según el cual, para "**la resolución de las solicitudes de acceso a la información pública que contengan datos personales de terceras personas, se estará a lo dispuesto en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal".**

Esa remisión, nos conduce a lo previsto, en el artículo 15 de la LTBG [Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno], cuyo apartado 1 fue expresamente modificado precisamente para adaptarse a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección

de las personas físicas en lo que se refiere al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de las personas y a la libre circulación de esos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD), y en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Conviene tener presente que el derecho fundamental a la protección de datos se ha definido como el control del flujo de informaciones que conciernen a cada persona (STC 11/1998, de 13 de enero) que garantiza, en fin, el derecho de cada ciudadano al control de sus datos personales (STC 292/2000, de 30 de septiembre) y cuyo contenido se concreta en "el poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona a decidir cuáles de estos datos proporcionar, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar y, también permite al individuo saber quién posee estos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso" (STC 76/2019, de 22 de mayo).

Pero dicho derecho fundamental no es incondicionado y en determinados supuestos debe ceder para la protección de otros bienes constitucionales relevantes, como puede ser el derecho de acceso a la información reconocido por el artículo 105.b) de la CE.

Como explica en su informe la Agencia Vasca de Protección de Datos, el considerando 156 del RGPD ya contempla que "el presente Reglamento permite que, al aplicarlo, se tenga en cuenta el principio de acceso del público a los documentos oficiales. El acceso del público a documentos oficiales puede considerarse de interés público. Los datos personales de documentos que se encuentren en poder de una autoridad pública o un organismo público deben poder ser comunicados públicamente por dicha autoridad u organismo si así lo establece el Derecho de la Unión o los Estados miembros aplicable a dicha autoridad u organismo. Ambos Derechos deben conciliar el acceso del público a documentos oficiales y la reutilización de la información del sector público con el derecho a la protección de los datos personales y, por tanto, pueden establecer la necesaria conciliación con el derecho a la protección de los datos personales de conformidad con el presente Reglamento".

Mientras que el artículo 86 del RGPD dispone que:

> Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública o u organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento".

Con ese objetivo **la nueva redacción del artículo 15 de la LTBG distingue entre las categorías de datos personales especialmente protegidos y el resto de datos personales, y establece un diferente régimen aplicable a la información solicitada en función de tal catalogación.**

Puede decirse que, en general, el artículo 30 del anteproyecto sigue tal esquema porque al establecer el régimen de los datos especialmente protegidos cabe concluir que los restantes no lo son, y aunque no se hace eco de los criterios de ponderación listados por el artículo 15.3 de la LTBG, su aplicabilidad no resulta cuestionable, por la remisión inicial del artículo 30.1 a "lo dispuesto en la normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal".

Sin embargo, dentro de los datos especialmente protegidos, el artículo 15.1 de **la LTBG establece una nueva dicotomía, que el anteproyecto diluye al contemplarlos de forma unitaria en el artículo 30.2, lo cual requiere ser reconsiderado**.

Como señala la STC 76/2019, de 22 de mayo:

> El tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento general de protección de datos ha reconocido a los Estados miembros "margen de maniobra" a la hora de "especificar sus normas", tal como lo califica su considerando 10. Este margen de configuración legislativa se extiende tanto a la determinación de las causas habilitantes para el tratamiento de datos personales especialmente protegidos —es decir, a la identificación de los fines de interés público esencial y la apreciación de la proporcionalidad del tratamiento al fin perseguido, respetando en lo esencial el derecho a la protección de datos— como al establecimiento de "medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado" [art. 9.2 g) RGPD]. El reglamento contiene, por tanto, una obligación concreta de los Estados miembros de establecer tales garantías, en el caso de que habiliten para tratar los datos personales especialmente protegidos.

Forma parte de esa tarea el contenido del artículo 15.1 de la LTBG**, que constituye desarrollo legislativo de un derecho fundamental llamado a conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos.**

Por ello, **si nunca es aconsejable la reproducción parcial y no fidedigna de la normativa básica, en este caso puede distorsionar el tratamiento común que se atribuye a los interesados en tan importante materia, por lo que el legislador autonómico debería evitar introducir mayor complejidad** a una cuestión que resulta ya de por sí suficientemente compleja, fundamentalmente cómo hacer compatibles un derecho fundamental, el derecho a la protección de datos, y una exigencia ineludible de trasparencia en una democracia avanzada.

Como una cuestión añadida, cabe advertir que, de mantenerse la redacción del artículo 30.2, in fine del anteproyecto, resulta que, **si se trata de datos personales especialmente protegidos, la solicitud debe acompañarse de un escrito en el que el afectado consiente expresamente el acceso.**

A juicio de la Comisión, **tal exigencia en la solicitud resulta limitativa del derecho de acceso pues obliga a recabarla al solicitante, sin que le resulte exigible un conocimiento**

exacto de las personas que pueden verse afectadas.

DCJA 179/2023 párr. 300 a 313

VIII. Registros

Centrándonos ahora **en la nueva propuesta normativa**, procede destacar, en el aspecto que examinamos, sus siguientes líneas básicas: **el RVVA** [Registro Vasco de Voluntades Anticipadas] **mantiene su carácter administrativo, adscrito al departamento competente en materia de salud y con dependencia funcional de la dirección competente en materia de aseguramiento y contratación sanitarias.**

La atribución de las funciones referidas a la formalización, modificación, sustitución o revocación de un DVA [documento de voluntades anticipadas] **corresponde a todo el personal médico y de enfermería que así lo desee, siempre que se halle colegiado y posea la condición de personal funcionario o empleado público adscrito al departamento** con competencias en materia de salud o a Osakidetza-Servicio vasco de salud. A todos ellos se viene a reconocer la condición de personas encargadas del RVVA.

Por su parte, **las funciones de inscripción en el RVVA de los citados documentos residen en la persona titular de la Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitarias**, quien, además, comprueba la observancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del DVA —en el supuesto de otorgamiento del DVA ante testigos—.

La opción elegida no resulta inocua desde el punto de vista de su adecuación a la vigente LVAS [Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad].

La Comisión no duda de la necesidad y obligación de otorgar una respuesta ágil al elevado número de solicitudes de otorgamiento del DVA. Seguramente, también, la que se ofrece y plasma en el proyecto pueda resultar del todo punto razonable para el logro de los fines propuestos y ello a pesar de que, como ya se ha expuesto, se desconoce el contenido del resto de las alternativas objeto de previa valoración.

Sin embargo, en esa labor de articulación de las soluciones más idóneas para, como en este caso, hacer efectivos determinados derechos de la ciudadanía, **el promotor de la iniciativa reglamentaria no puede desconocer la concreta voluntad del legislador que le precedió respecto a la formalización del DVA,** que, en cuanto vigente, ha de ser respetada en cualquier desarrollo de la norma con rango legal.

Aquella voluntad debe entenderse, además, **ratificada en virtud de la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.**

Conforme a su artículo 16.1, **la citada ley atribuye a los y las profesionales sanitarias en su ámbito de actuación, así como al médico o la médica responsable de la atención a las personas en el proceso final de su vida, la labor de asesoramiento** sobre las ventajas de recurrir a la planificación anticipada de la atención, **incluida**, en particular, **la posibilidad de otorgar declaraciones de voluntad anticipadas**.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 8 de la misma norma, **dicha labor resulta claramente diferenciada de las propiamente fedatarias y consustanciales al procedimiento de otorgamiento del DVA,** que debía de llevarse a cabo, conforme al apartado 1 de dicho precepto, en las condiciones establecidas en la LVAS.

Por otro lado, como acertadamente afirmaba la parte expositiva del decreto original, **una cosa es el otorgamiento del DVA y otra, distinta, su inscripción** —de carácter voluntario— en el RVVA.

La función básica del registro es la de inscribir los DVA y, llegado el caso, hacerlos llegar al personal médico que atienda a las personas otorgantes. El artículo 2 del proyecto de decreto da cuenta de las funciones asignadas al RVVA. Su simple lectura permite apreciar las que debe desarrollar la persona encargada del RVVA.

Cuestión distinta es que, conforme a la LVAS (artículo 3.2), **al contemplarse los supuestos de otorgamiento o formalización del DVA se incluya al funcionario o empleado público encargado del RVVA junto al notario o a los tres testigos.**

Una atribución singular de una función accesoria a las propiamente registrales **que no puede derivar en la propuesta que el proyecto de decreto refleja, consistente en la atribución de la condición de persona encargada del RVVA a todo aquel personal —médico o de enfermería de la red pública sanitaria— ante el que vaya a otorgarse el DVA.**

La cuestión trasciende, como puede observarse, de la que pudiera considerarse como meramente terminológica y la propuesta, en los términos del artículo 4 del proyecto, requiere ser modificada.

La Comisión, entendiendo las razones que motivan la iniciativa normativa, considera que **el órgano promotor debiera explorar otras vías** con acomodo en la LVAS**.**

En una suerte de desconcentración de funciones, entre aquellas vías pudiera hallarse la de la

habilitación al personal de la red pública sanitaria —médico y de enfermería— para el desarrollo de una exclusiva función que, de acuerdo con la ley, se hace residir en el funcionario o empleado público encargado del RVVA: la labor de formalización del DVA.

Como segunda vía y, con amparo en el artículo 3.2.c) de la LVAS, podría asimismo examinarse la consistente en precisar que, entre los tres testigos ante los cuales puede otorgarse el DVA, pudieran hallarse, con cumplimiento de los requisitos que la ley contempla, el personal médico y de enfermería de la red sanitaria pública.

DCJA 163/2023 párr. 85 a 101

IX. Servicios sociales

Régimen de acción concertada

La característica fundamental sobre la que se construye el SVSS [Sistema Vasco de Servicios Sociales] en la LSS [Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales] viene determinada por **declarar el acceso a los servicios sociales como un derecho subjetivo**, constituido así en un derecho **de la ciudadanía**. **Ello significa garantizar la construcción de una red articulada de atención de responsabilidad pública, integrada por prestaciones, servicios y equipamientos de titularidad pública y de titularidad privada concertada.**

Ninguna duda cabe a esta Comisión del papel de la iniciativa privada, en general, en la configuración de nuestro sistema de servicios sociales y la importancia, en particular, de las organizaciones de iniciativa social, como agentes colaboradores con la Administración en la detección de la problemática social, promoción y desarrollo humano y atención diaria a las necesidades concretas de las personas mediante la creación y gestión de centros, así como la prestación de los servicios necesarios. Se puede reconocer que esta labor complementaria que desempeñan va más allá de la simple prestación de servicios, constituyendo un elemento de cohesión que ayuda a conformar el tejido social.

De esta forma, el título V de la LSS articula los instrumentos que han de regir la intervención de la iniciativa privada en el ámbito de los servicios sociales. Define el marco para su participación en la prestación de servicios sociales integrados en el catálogo de prestaciones y servicios del SVSS, y también prevé fórmulas de colaboración en la prestación de servicios o en la realización de actividades no incluidas en el señalado catálogo, si bien estos últimos no han sido abordados en esta regulación.

Además de la gestión directa e indirecta a través de contratos que hacen posible esta provisión de servicios, **la ley destaca la figura del concierto como la fórmula ordinaria elegida para organizar la prestación de los servicios del catálogo del SVSS.** Este proyecto reglamentario responde, en su mayor parte, al mandato legal de desarrollo de este instrumento.

Solo hace falta analizar la parte expositiva del proyecto para darse cuenta del enorme peso que adquiere para el órgano promotor de la iniciativa dar a conocer la justificación del concreto desarrollo del modelo de acción concertada articulado, en la medida en que se nutre de figuras ajenas a la normativa de contratación pública —concierto y convenio—.

Una justificación demasiado extensa y prolija, más propia de un informe jurídico o de un órgano especializado en contratación que de una exposición de motivos, que debería circunscribirse a reflejar una breve explicación de la solución normativa adoptada y de la estructura y contenido que integra su regulación. En tal sentido, resultaría aconsejable su revisión con objeto de reducir y simplificar su contenido ajustándolo a su finalidad.

En cualquier caso, si algo no puede reprocharse al órgano promotor de la iniciativa es la generosa aportación al procedimiento de elaboración de la norma de documentos y memorias que razonan ampliamente sobre el diseño normativo finalmente plasmado. De la misma forma que han motivado suficientemente los cambios que han propiciado diversos borradores del proyecto en respuesta a las numerosas alegaciones recibidas, producto de la numerosa participación de una amplia gama de entidades y órganos. Una tarea que ayuda sobremanera en la labor de cualquier órgano que deba decidir o dictaminar sobre la idoneidad de la norma.

También hay que poner en contexto que el marco normativo en materia de contratación que regía en el año 2008 —año en el que se aprueba la LSS— requería una revisión y modernización de sus normas vigentes adoptadas de conformidad con la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, a fin de incrementar la eficiencia del gasto público, facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYME) en la contratación pública, y de permitir que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Evolución que desembocó en las Directivas del 2014, llamadas de cuarta generación, cuya transposición se materializó en el ordenamiento jurídico interno a través de la normativa básica constituida por la LCSP, que, entre otras cosas, también trajo la eliminación del contrato de gestión de servicio público al que se refiere el artículo 71 de la LSS.

A pesar de las dudas vertidas en el Dictamen 97/2008 sobre el modelo de conciertos previsto en el anteproyecto de la LSS, a la luz de las directivas ya derogadas (parágrafos 202 a 209), **el artículo 61.1 de la LSS optó finalmente por crear "….un régimen de concierto diferenciado de la modalidad contractual de concierto regulada en la normativa de contratación de las administraciones públicas**, en cuyo marco se prevé el sostenimiento con fondos públicos de los servicios de responsabilidad pública prestados por dichas entidades". **Un régimen que sirve para articular la participación en el SVSS de aquellas entidades de iniciativa privada que proveen servicios incluidos en el catálogo de prestaciones y servicios del SVSS y que cuentan para ello**

con centros de su propia titularidad.

Los argumentos empleados en el expediente por el órgano que promueve actualmente la iniciativa **se reafirman en la opción de concierto señalada con base en los fundamentos que aportan las directivas actuales y la LCSP, así como en la propia singularidad de los servicios sociales, enfocados a garantizar la calidad de la atención y su carácter comunitario en los términos del Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales** (en adelante, MEVCSS).

El órgano promotor cita, en primer término, **el Considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE** y también invoca el artículo 11.6 de la LCSP. Este precepto **recoge cuasi literalmente esta libertad de elección y organización de la provisión de servicios sociales mediante fórmulas no contractuales** —último párrafo del Considerando 114**—, a la par que delimita las notas que caracterizan dicha naturaleza no contractual**:

> Queda excluida de la presente ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas siempre que se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Se continúa justificando que esta libertad de medios atribuida se plasma adecuadamente en este régimen de concierto, en la medida en la que también se ajusta a los límites que fija la normativa de contratación pública, como dice la exposición de motivos "…a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación, y, por tanto, sin selección, tal y como sucede cuando se aceptan las propuestas de todos los operadores económicos que cumplen las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador".

Sin embargo, como hemos descrito en el procedimiento de elaboración de la norma, la Junta Asesora de Contratación Pública de Euskadi ha expresado sus reservas acerca de la adecuación del modelo de concierto diseñado a los citados principios y, de manera singular, al principio de igualdad de trato y no discriminación, razonando que se ha configurado un procedimiento de adjudicación de plazas que, en realidad, integra criterios de selección del proveedor de servicios —discriminación positiva—.

También la OCE lo ha hecho siguiendo una línea muy similar, si bien ha introducido un parámetro adicional, como es la reciente STJUE de 14/07/22, que permite una delimitación más clara de la noción de contrato público a la par que configura los elementos que deben cumplir las fórmulas denominadas "no contractuales" que encaucen la prestación de servicios sociales.

Como decimos, la reciente STJUE de 14 de julio de 2022 ha realizado el necesario examen de contraste con la Directiva 2014/24/UE al suscitarse un procedimiento prejudicial sobre el

Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell Valenciano, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en su ámbito territorial por entidades de iniciativa social.

Los apartados 53 a 71 de la señalada STJUE establecen las notas que definen el concepto de contrato público, clasificando la acción concertada del decreto valenciano examinado —de características muy similares al proyecto que informamos, excepto en lo relativo a que sólo pueden participar empresas de la iniciativa social— **como un contrato público**, muy a pesar de la denominación otorgada por dicha legislación autonómica.

Este punto de partida es el que ha permitido concluir al TJUE que:

> Los artículos 76 y 77 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que reserva a las entidades privadas sin ánimo de lucro la facultad de celebrar, previo examen competitivo de sus ofertas, acuerdos en virtud de los cuales esas entidades prestan servicios sociales de asistencia a las personas, a cambio del reembolso de los costes que soportan, sea cual fuere el valor estimado de esos servicios, aunque dichas entidades no cumplan los requisitos establecidos en dicho artículo 77, siempre y cuando, por una parte, el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esas entidades contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria que sustentan esa normativa y, por otra parte, se respete el principio de transparencia, tal como se precisa, en particular, en el artículo 75 de la mencionada Directiva.

Trasladar lo expresado por esta sentencia a la acción concertada del proyecto es un paso pertinente para calificar la verdadera naturaleza del modelo que ofrece la regulación proyectada.

Y en esa labor de deslinde se observa que **el producto diseñado en el proyecto responde a los requerimientos básicos propios de los contratos públicos**: es una prestación de servicios entendida como actividad de carácter económico, es oneroso, aunque se haga a cambio de una retribución que sólo cubre los costes, y permite establecer criterios de preferencia entre los distintos participantes que han mostrado su interés en la adjudicación de plazas o servicios.

El departamento que sostiene esta iniciativa se centra en defender, sin embargo, **que el procedimiento no ha establecido criterios que determinen prioridad alguna entre las entidades privadas solicitantes**, lo que les permite situarse en el ámbito de la exclusión que dispone el artículo 11.6 de la LCSP.

La Comisión no comparte esta postura, tratándose como se trata de un extremo que se hace muy evidente y visible en los preceptos que regulan el procedimiento de concertación en

el capítulo III, especialmente en el artículo 10, que no sustenta el fundamento de tan reiterada negación.

En consecuencia, **la concreta articulación que hace el proyecto de esta cuestión**, como más adelante examinaremos en el concreto articulado con mayor detalle, no responde a dicha exclusión en la medida en la que **la prestación de servicios no se produce a través "… de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas**…".

Podríamos decir que **el planteamiento al que nos aboca la Directiva 2014/24/UE a través de la norma básica supone acogerse al supuesto de la disposición adicional 48ª —reserva de contratos—, ejercer la habilitación de la disposición adicional 49ª en los términos del artículo 11.6 —no selección adjudicatarios— o acudir a las modalidades contractuales típicas con las especialidades que prevé la LCSP**.

Esta última opción no es nada desdeñable si advertimos que la provisión de servicios en este ámbito ofrece la posibilidad cierta de eximir de la garantía definitiva (artículo 107 LCSP), implementar criterios de adjudicación específicos (artículo 145 LCSP), adaptar las condiciones de ejecución (artículo 202.2 LCSP), así como criterios de desempate a favor de las entidades sin ánimo de lucro (artículo 147 LCSP), usar el procedimiento de licitación con negociación (artículo 167 LCSP) o aplicar en todas las fases del procedimiento principios dirigidos a garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación de los usuarios de los servicios y la innovación en la prestación del servicio (disposición adicional 47ª LCSP).

La utilización de estas herramientas en el ámbito de los servicios que prevé este proyecto, con las adaptaciones oportunas que cada Administración crea razonable adoptar, no presenta distancias insalvables con el modelo diseñado, cuyas posibilidades habría que ir transitando.

De hecho, el artículo 72 de la LSS va en dicha dirección y configura una serie de especialidades —criterios sociales, medidas de discriminación positiva, entre otros— en la línea de lo que acabamos de exponer, que no dista tanto del propósito y los principios que pretende hacer factibles el régimen del concierto.

En definitiva, sea cual fuere la denominación de la fórmula elegida para sustanciar la provisión de servicios del catálogo del SVSS, **debería hacerse un esfuerzo por reconciliar el régimen esencial del concierto al que atiende el proyecto y la LSS con la Directiva 2014/24/UE y jurisprudencia europea**, tal y como se han trasladado al ordenamiento jurídico interno, haciéndose razonable una transición lógica hacia este marco jurídico.

Sin embargo, en el momento de emitir este dictamen tampoco podemos desconocer la realidad jurídica que representan algunas regulaciones normativas autonómicas que guardan un fundamento común con la que nos ocupa —Galicia, Canarias, Extremadura, entre otras—. Particularmente reseñable es el de la Comunidad Valenciana, toda vez que se encuentra pendiente del correspondiente pronunciamiento judicial tras resolverse las cuestiones prejudiciales planteadas en la STJUE de 14 de julio de 2022, recientemente comentada.

Esa circunstancia recomienda permanecer atentos a dicho pronunciamiento, del que cabría esperar que contribuya a establecer mayores cotas de certidumbre sobre las pautas y requisitos exigibles al modelo de acción concertada para la prestación de servicios sociales.

DCJA 46/2023 párr. 86 a 114

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

A) Consulta previa

En segundo lugar, alertado al respecto en el procedimiento —lo hace notar EUDEL en sus alegaciones—, **el órgano promotor reconoce que no se ha realizado el trámite de consulta previa.**

Argumenta el departamento la posibilidad de que la omisión pueda verse de alguna forma subsanada, al haberse desarrollado "un proceso participativo en la plataforma de comunicación y participación ciudadana del Observatorio Vasco de Vivienda "Etxebizitza" del 21 de septiembre al 25 de octubre de 2017".

Este proceso se desarrolla en el tiempo con posterioridad a la orden de aprobación previa, sin correspondencia, por tanto, con los términos y finalidad del artículo 133.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), citado —recabar la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma, con carácter previo a la presentación del texto articulado, acerca de la necesidad de la norma, sus objetivos, problemas que se pretenden solucionar, etc.—.

Conviene por ello advertir que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 240/2022, de 1 de junio (rec. 439/2021), apreció la ausencia de consulta previa como causa de nulidad de pleno derecho de la disposición entonces enjuiciada —"sólo la sanción de nulidad de pleno derecho de la disposición general resultante de un procedimiento en el que no hubo consulta pública previa podrá garantizar que este trámite tenga el peso que se merece, resaltando su condición de materialización del derecho de participación ciudadana del art. 105.a) de nuestra Constitución"—.

Debe no obstante hacerse notar que en Sentencia de 14 de diciembre de 2022 (recurso 1740/2021), **el Tribunal Supremo ha declarado, que "esta omisión procedimental, aun siendo una irregularidad, no tiene el alcance anulatorio** que pretende deducir el recurrente **pues la consulta pública se habría centrado en oír sobre la finalidad de la iniciativa reglamentaria** …, **finalidad que no es atacada por el ahora recurrente**". Una consideración ligada a las concretas circunstancias procesales del supuesto, **que no obsta para que, en esta fase de elaboración de la norma**

en la que nos hallamos, se haga constar la irregularidad procedimental en que se ha incurrido.

En esa línea, **el artículo 11.4 de la Ley 6/2022**, de 30 de junio, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general —que no es de aplicación, al regirse el procedimiento por la LPEDG, como ha quedado dicho— , también **admite una subsanación, siempre en función de las circunstancias y debidamente motivada, de la omisión de la consulta**, cuando señala que "el trámite de audiencia e información públicas en la fase de instrucción del procedimiento normativo posterior a la aprobación con carácter previo de un texto jurídico normativo puede satisfacer, dejando constancia de ello en las memorias, la exigencia de participación ciudadana contemplada en el presente artículo".

DCJA 114/2023 párr. 102 a 106

La consulta pública, no obstante, **no ha integrado la parte de la iniciativa referida a la Directiva (UE) 2019/1937** del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión, **y la Ley 2/2023, de 20 de febrero,** reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción que traspone al ordenamiento la citada norma comunitaria (en adelante, Ley 2/2023, de 20 de febrero).

Ese contenido se incorpora al procedimiento de elaboración, por primera vez, en la memoria del análisis de impacto normativo, por lo que la apertura a la participación externa sobre ese aspecto del anteproyecto no se ha materializado hasta el trámite de audiencia e información pública que se realiza sobre el texto inicialmente aprobado. Esta circunstancia es comprensible si se repara en que la publicación y **entrada en vigor de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, se produjo después de la consulta pública**.

El artículo 11.4 de la LPEDG admite que la exigencia de participación ciudadana a que responde la consulta pública **pueda ser satisfecha durante el trámite de audiencia e información pública previsto en la fase de instrucción**. No obstante esa regla especial, el precepto exige que de tal circunstancia deberá dejarse constancia en las memorias.

DCJA 179/2023 párr. 66 a 68

B) Informes

Procede, por otro lado, valorar la necesaria participación en el procedimiento del **Consejo Vasco del Empleo Público**, configurado en la LEPV (artículo 13) como el órgano superior colegiado de coordinación, consulta y propuesta de las medidas que integran la política de personal de las administraciones públicas vascas, así como de participación del personal a su servicio, y al que se atribuye, entre otras, la **función de informar "los proyectos de disposiciones generales que hayan de ser aprobados por el Consejo de Gobierno en desarrollo de esta ley"**.

Es cierto que el proyecto que nos ocupa no implica un desarrollo reglamentario de la LEPV de carácter general que pudiera ser el que, en principio, estaría sujeto al preceptivo trámite del consejo, atendidas sus características, composición y el resto de funciones que la ley le atribuye.

Sin embargo, **dado que la propia norma legal no ha delimitado con mayor precisión su competencia excluyendo aquellas disposiciones generales que sean tan solo desarrollos reglamentarios parciales de una determinada materia o los que afecten tan solo a alguna de las administraciones públicas que lo integran, razones de prudencia hacen aconsejable su participación en el procedimiento que nos ocupa**.

Por tanto, la Comisión estima que **el procedimiento** de elaboración del proyecto de decreto sometido a consulta **debe completarse** para que pueda ser elevado a la aprobación del Gobierno **con el trámite de informe del Consejo Vasco del Empleo Público, exigido en norma con rango de ley.**

DCJA 55/2023 párr. 67 a 70

El Informe de la Oficina de Control Económico (OCE) tan solo **verifica la "ausencia de incidencia presupuestaria directa**, para esta Administración, derivada del proyecto de disposición".

Entendemos que esta certificación pretende estar amparada en **el artículo 45 del Decreto 464/1995**, de 31 de octubre, por el que se desarrolla el ejercicio del control económico interno y la contabilidad en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que efectivamente **alude a la posibilidad de no realizar el control económico de algunos proyectos normativos y sustituirlo por esta verificación.**

Pero resulta importante destacar que **esta posibilidad alude a la ausencia de "contenido económico" del proyecto de disposición normativa sometido a la consideración de la OCE y no a la ausencia de "contenido presupuestario**".

Y ello resulta coherente con la propia conceptuación del control económico-normativo en la Ley de control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que se configura con la finalidad de evaluar la incidencia económica de las disposiciones normativas y expresamente exige en su artículo 26 que se pronuncie sobre los extremos de la iniciativa que resulten relevantes "en la actividad económica" y no solo "en las materias propias de la Hacienda general del País Vasco".

DCJA 192/2023 párr. 117 a 120

C) Iniciación

Como ha señalado la Comisión muchas veces**, la decisión de iniciar el procedimiento de elaboración de una norma** no **debe concebirse** como una mera formalidad, sino **como un acto de gran trascendencia jurídica que ha de venir precedido de una mínima reflexión sobre la necesidad y viabilidad de aquella**.

En el proyecto analizado, el estudio de su viabilidad jurídica en el complejo marco de la normativa comunitaria y estatal dictada en el área de la seguridad alimentaria —ámbito con un intenso contenido técnico y un enorme grado de detalle en función de los tipos de productos, procesos de producción, etc.— **resultaba necesaria desde el inicio**.

En ocasiones, las carencias de las fases iniciales se van solucionando a medida que el procedimiento progresa, pero no es este el caso. Como evidencia el posterior examen, **el estudio jurídico de la iniciativa resulta difícil porque lo es** —y en alto grado— **conocer cuál puede ser su efectiva repercusión en el ordenamiento jurídico vigente y cuáles los efectos reales** —si es que los tiene— **sobre las actuales obligaciones a las que están sujetas las personas destinatarias.**

DCJA 79/2023 párr. 22 a 24
Véase DCJA 192/2023 párr. 81 a 82

D) Intervención preceptiva de órganos

De igual modo, **no queda rastro en el expediente de la participación en el procedimiento del Departamento de Sanidad**, que es un agente de primer orden **cuando se trata de establecer requisitos higiénico-sanitarios de los productos alimentarios**.

Según se desprende del análisis competencial, precisamente en el ámbito en el que se desenvuelve gran parte del proyecto, la presencia de la competencia en salud se encuentra, como mínimo, al mismo nivel —si no por encima— de la referida a la "agricultura y ganadería" —véase que **el propio proyecto modifica el Decreto 76/2016, de 17 de mayo,** que establece las condiciones para la adaptación de los requisitos higiénico-sanitarios de diversos ámbitos de la producción agroalimentaria de Euskadi, **aprobado a propuesta de las personas titulares de los departamentos de Desarrollo Económico y Competitividad y de Salud**—.

En la medida en que el proyecto introduzca requisitos higiénico-sanitarios en ámbitos hasta ahora no exigidos o flexibilice otros —cuestión que debe formularse en hipótesis ante la ausencia de información al respecto— **estaríamos ante una iniciativa normativa en la que la implicación del Departamento de Salud debería haber sido plena y sustantiva.** No se trata solo de recabar una opinión de un área sectorial para integrarla en la regulación, sino de un proyecto que activa directamente las competencias en materia de salud.

La ausencia del criterio del departamento especializado en la determinación y control de los requisitos higiénico-sanitarios de los productos alimentarios afecta al fundamento técnico y jurídico de la iniciativa.

DCJA 79/2023 párr. 44 a 47

E) Memorias

Memoria económica

En cuanto a la vertiente económica, cabe recordar que el art 15.2.d) de la LPEDG establece que la memoria del análisis de impacto normativo debe incluir un apartado relativo al "Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias".

La tramitación del proyecto ha puesto de manifiesto que las cuestiones que han sido objeto de alegaciones y consideraciones por parte de quienes han intervenido en el proceso son **cuestiones con incidencia en la actividad económica; sucede así con el debate sobre la preferencia por el cobro de las prestaciones en forma de renta o con la limitación a los gastos de administración.**

Resulta además **innegable el contenido económico de una iniciativa** como la que nos ocupa, que en la parte expositiva recoge como uno de sus contenidos el del desarrollo de las EPSV de empleo preferentes y lo justifica "en el impulso que se pretende dar a las EPSV preferentes

en tanto que son las adecuadas para canalizar la previsión social voluntaria en el ámbito del empleo, es decir, el denominado segundo pilar de la previsión social".

El expediente incorpora una memoria económica que comienza afirmando que el proyecto carece de incidencia en los presupuestos de la CAPV, tanto en la vertiente de gastos como de ingresos; realiza a continuación una descripción de los antecedentes y aporta datos económicos generales —de diciembre de 2022— relativos a la implantación de las EPSV, el patrimonio que gestionan, el número de asociados, las características de las inversiones de las EPSV, los gastos de administración que soportan y las principales magnitudes diferenciadas por tipo de entidad —EPSV con o sin planes de previsión—. Termina afirmando, en cuanto a la incidencia económica en los destinatarios de la norma, que la reducción impuesta a los gastos de administración "revertirá directamente en las pensiones de los socios que verán aumentadas sus prestaciones".

Esta Comisión viene insistiendo en que **una memoria económica limitada en su contenido al análisis de las consecuencias, en términos de gastos e ingresos, para la propia Administración es insatisfactoria a efectos del procedimiento de elaboración de una disposición.**

La memoria que acompaña al proyecto, pese a incorporar datos que reflejan la importancia del sector al que va dirigida la regulación y su trascendencia social —se afirma que el 45% de la población de 16 y más años de la CAPV estaría protegido por una EPSV—, en modo alguno analiza la incidencia económica de las novedades que se quieren implantar en el sector de las EPSV. No estudia el impacto económico para las propias entidades ni para las personas socias y beneficiarias.

Tratándose de una iniciativa con importantes efectos económicos y gran alcance social, la necesidad de contar con una evaluación económica sobre el efecto de la regulación proyectada en un sector económico relevante es imprescindible para evaluar la viabilidad de la futura norma a fin de conseguir los fines pretendidos y para valorar su incidencia en los particulares y la sociedad en general.

DCJA 192/2023 párr. 104 a 110

F) Negociación o consulta con los representantes del personal

En el proyecto que nos ocupa, sin embargo, y a falta de mayor documentación en el expediente, la negociación habría concluido "sin acuerdo", según indica la resolución del Viceconsejero de Función Pública del trámite de consulta previa del proyecto de decreto.

Esta falta de acuerdo no implica, sin embargo, **que la Administración se vea impedida para fijar unilateralmente las condiciones de trabajo del personal pues el artículo 38.7 del TRLEBEP y el artículo 191.1.c) de la LEPV le habilitan para ello.**

Es clara a este respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV) nº 290/2020 de 9 octubre, dictada en el recurso contencioso-administrativo 422/2019, en un supuesto de fijación unilateral de condiciones de trabajo por parte de la Administración ante la falta de acuerdo en la negociación:

> lo que supondría la asunción de la tesis actora es que las facultades del órgano de gobierno quedasen limitadas a efectos del artículo 38.7 del Texto Refundido del EBEP, al concurrir materias sustraídas a su decisión a cuyo origen pactado estaría vinculado, quedando bloqueado su contenido material hasta tanto un nuevo pacto explícito las superase, lo que constituiría una especie de reserva formal en favor de la aceptación de su derogación por la representación sindical, que daría a dichas cláusulas otro rango y caracterización que la ley no contempla ni interpretativamente permite cuando otorga la preeminencia reguladora a la Administración empleadora en caso de que la negociación culmine sin éxito.
>
> Y es de ser como se pretende, el proceso de negociación mutaría igualmente y requeriría ser conducente forzosamente a los "resultados" exigidos por una de las partes y no meramente un ejercicio legalmente impuesto de leal y tendencial actividad orientada al alcanzarlos

Tal y como recuerda la STSJPV nº 199/2012, de 12 de marzo de 2012, dictada en el recurso de apelación nº 104/2011, con cita de precedentes del Tribunal Supremo:

> En todo caso la obligación de negociar no es de resultado y menos aún de satisfacer pretensiones o reivindicaciones totales de una de las partes, por hipótesis la sindical o funcionarial, sino obligación de procedimiento y exigencia de cuando menos, un intercambio dialógico de experiencias y propuestas que, conduzca o no a un resultado materialmente transaccional, supere el nivel de lo meramente informativo y de cortesía, para abrir el debate entre las partes con una real, y no simulada, proclividad a que las aportaciones de los representantes de los funcionarios puedan influir y materializar en aspectos concretos de la materia a regular por la Administración empleadora.

DCJA 55/2023 párr. 76 a 79

G) Reiteración de trámites por cambios sustanciales

En tercer lugar, **debe destacarse la manera en que ha transcurrido la instrucción del procedimiento que, iniciado en 2017, se interrumpe ese año durante un periodo de varios años** —en el expediente, no hay constancia de trámite alguno hasta enero de 2022**— y es ahora cuando culmina**.

En lo que podemos denominar primera fase de la tramitación se sustanciaron, entre otros pasos, la aprobación de la orden de inicio, los trámites de audiencia e información pública, así como de participación de otras administraciones, además de emitirse el informe jurídico departamental y el informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

Decidida la paralización de la instrucción —"por no tener asegurada la dotación de los puestos de trabajo necesarios para asumir la gestión de la PEV"—, **se prosigue en 2022, sin que el lapsus de tiempo transcurrido mereciera reflexión documentada alguna en aquel momento ni conste, como parece razonable, una valoración de la vigencia de los trámites realizados y una justificación de la innecesariedad de reiniciar el procedimiento**.

Sobre la **conservación de los trámites realizados**, es significativo el ejemplo del informe de la Agencia Vasca de Protección de Datos, de cuya vigencia podía dudarse al haberse realizado a la luz de una legislación ya derogada.

La valoración es especialmente exigible si, como se explicita en la memoria final departamental, la versión con la que se retoma la tramitación en 2022 no es la sometida a los primeros trámites. El texto ha sufrido variaciones y ha sido ampliado, de forma y manera que el nuevo texto tiene 43 artículos, frente a los 24 del inicial, y 15 disposiciones en su parte final, frente a las 9 iniciales.

La propia exposición de motivos expone que "durante el tiempo en que la tramitación ha estado paralizada, han surgido nuevas realidades que, lógicamente, han sido incorporadas a la redacción final de la norma para seguir garantizando su encaje en el ordenamiento jurídico".

En la nueva versión habría adaptaciones introducidas por el promotor, no solo las que lógicamente resultan de las observaciones y sugerencias de los diferentes informes evacuados, que no detalla su alcance ni su motivación, **limitándose a dejar constancia de que la versión manejada en la última fase de la tramitación incorpora extremos novedosos respecto a los planteamientos iniciales para adaptar el texto "a la evolución experimentada por la normativa y a las nuevas circunstancias existentes" tras la paralización**.

Señala la memoria que "El estudio de las alegaciones y del informe jurídico departamental, la aprobación del Decreto 210/2019, de 26 de diciembre, de colaboración financiera entre las entidades de crédito y la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en materia de vivienda y suelo y de modificación de

disposiciones reglamentarias en materia de vivienda (BOPV nº 12 de 20 de enero de 2020), las numerosas reuniones celebradas con Lanbide y, por qué no decirlo, el paso de varios años, han dado lugar a profundos cambios en el texto aprobado previamente".

Este proceder no deja de ser alertado desde diferentes informes en el curso de la tramitación —lo hacen tanto el informe de EUDEL como el de la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi, además del informe de la OCE—.

Al respecto, la memoria final, al hilo del examen de las alegaciones de la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi, tras reconocer que efectivamente el texto sometido a su consideración es "muy diferente al inicialmente aprobado", se limita a declarar, sin mayor concreción, que "la mayor parte de estas diferencias se deben a la aceptación de las observaciones formuladas en el informe jurídico y en las alegaciones recibidas durante los trámites de audiencia, consulta con otras Administraciones e información pública".

La explicación así ofrecida debiera ser ampliada a fin de justificar debidamente que la versión con la que se retoma la tramitación no incorpora modificaciones esenciales o sustanciales.

No podemos dejar de advertir lo que venimos declarando sobre el cumplimiento, en su caso, **de todos los trámites de elaboración que se predican de cualquier proyecto normativo cuando se introduzcan elementos sustantivos nuevos en una disposición general durante su tramitación**, al menos respecto a aquellos aspectos que supongan una novedad (párrafos 22 a 27 del Dictamen 216/2011, en el que nos remitimos también al Dictamen 242/2008).

Debe recordarse la reiterada jurisprudencia ——puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de octubre de 2020 (rec. 358/2019)— que podemos resumir en que no es preciso la reiteración del trámite de información pública cuando los cambios son accesorios o secundarios, o bien cuando se deben precisamente a propuestas o sugerencias surgidas en el propio proceso de elaboración de la disposición, en ocasiones por los propios interesados en el trámite de información pública.

A contrario sensu, **deberá reiterarse el trámite cuando los cambios, incorporados por iniciativa de quien elabora el proyecto, pueden apreciarse como esenciales**.

Es así como, **sin dejar de reconocer el trabajo realizado por el departamento actuante**, plasmado en una extensa memoria en que se analizan y contestan las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia e información pública realizado en una primera fase a la vista de una versión inicial, **esta Comisión no puede dejar de subrayar la necesidad de un segundo período de información pública en tanto las modificaciones posteriores incorporadas supongan una alteración esencial del proyecto de disposición, en los términos expuestos.**

En cuarto y último lugar, **determinados contenidos del proyecto se han incorporado, de forma novedosa, a la versión presentada a esta Comisión, sin haber sido sometidas en consecuencia a trámite previo alguno**. Como se ha indicado, la memoria final se limita a aducir, sin mayor detalle, razones de urgencia.

Es el caso de la disposición adicional segunda —referida al uso de los alojamientos dotaciones de régimen autonómico—; la disposición final primera —que modifica el Decreto 317/2002, de 30 de diciembre, sobre actuaciones protegidas de rehabilitación del patrimonio urbanizado y edificado—; y la disposición final tercera — modificativa del Decreto 466/2013, de 23 de diciembre, por el que se regula el Programa de Vivienda Vacía "Bizigune"—.

Se trata de una infracción absoluta de la LPEDG, que incurre en la causa constitutiva de nulidad de pleno derecho (47.2 LPAC). **Debe en consecuencia seguirse**, en su caso, **una tramitación específica que, motivada la urgencia, podrá adecuarse a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 6/2022, de 30 de junio, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.**

DCJA 114/2023 párr. 108 a 125

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos

A) Iniciación

Legitimación

Más precisamente, **el interesado**, invocando lo dispuesto en el artículo 169.2 del TRRL [Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril], **considera que la OPE está viciada por reservar las cuatro plazas a su cobertura por promoción interna, y la convocatoria y bases específicas, por ejecutar dicha OPE y permitir que puedan acceder a las plazas por dicha vía funcionarios que no cumplen los requisitos establecidos por la ley**.

A tenor del artículo 169.2 del TRRL:

> Hasta tanto se dicten las normas reglamentarias previstas en el artículo 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la selección de los funcionarios a que se refiere el número anterior se ajustará a las siguientes reglas:
>
> a) El ingreso en la Subescala Técnica se hará por oposición libre y se precisará estar en posesión del título de Licenciado en Derecho, en Ciencias Políticas, Económicas o Empresariales, Intendente Mercantil o Actuario.

> No obstante, se reservarán para promoción interna el 25 por 100 de los puestos de trabajo para Administrativos de la propia Corporación que posean la titulación indicada, cuenten, como mínimo, con cinco años de servicios en la Subescala de procedencia y superen las pruebas selectivas correspondientes.
>
> b) El ingreso en la Subescala Administrativa se hará por oposición libre, y se precisará estar en posesión del título de Bachiller, Formación Profesional de segundo grado, o equivalente.
>
> No obstante, se reservarán para promoción interna el 50 por 100 de los puestos de trabajo existentes para los pertenecientes a la Subescala de Auxiliares de Administración General que posean la titulación indicada, y cuenten con cinco años de servicios en la Subescala.
>
> c) El ingreso en la Subescala Auxiliar se hará por oposición libre, con exigencia, en todo caso, de título de Graduado Escolar, Formación Profesional de primer grado, o equivalente.
>
> d) El ingreso en la Subescala Subalterna se hará por concurso, oposición o concurso-oposición libre, según acuerdo de la Corporación, y con exigencia del certificado de escolaridad.

Un tanto contradictoriamente, también pretende que se le reconozca el derecho a participar por el turno de promoción interna, a pesar de que no reúne los requisitos que según alega son aplicables para acceder a tales plazas de administrativo, no pertenece a la Subescala de Auxiliares de Administración General ni cuenta con cinco años de servicios en la Subescala —ha prestado servicios como funcionario interino en un puesto de Administrativo desde el 20 de mayo de 2019, según se extrae del escrito de renuncia y del acto de aceptación—.

No es inoportuno dejar señalado que, si se hubiera permitido la participación de interinos que ocupaban temporalmente las plazas de administrativos, se desnaturalizaría el propio sentido de la promoción interna como turno restringido, que requiere que los aspirantes sean funcionarios de carrera e implica una progresión en su carrera administrativa —Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 50/1986, de 23 de abril—. En el caso del interesado se convertiría en una vía de acceso excepcional a la condición de funcionario de carrera, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente, contrario a la regla establecida por el artículo 61 del TREBEP, según el cual, los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto.

No nos consta que el Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre la posible participación de interinos en el turno de promoción interna, pero las Sentencias de 22 de junio

de 2020 (JUR 2020/243151) y 11 de marzo de 2021 (RJCA 2021/727) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid son concluyentes cuando razonan que la exigencia de que sean funcionarios de carrera para participar en un proceso selectivo de promoción interna "no es contraria a la Directiva 1999/70/CE".

El segundo requisito que debe reunir la acción de nulidad por el cauce de la revisión de oficio es que sea instada por alguien que tenga legitimación, esto es, que tenga interés, requisito exigido para la revisión a instancia de parte por el artículo 106.1 de la LPAC. Ese interés no es otro que el que reclama el artículo 4.1.a) de la LPAC ya que solo pueden promover un procedimiento como interesados los que sean "titulares de derechos o intereses legítimos individuales y colectivos".

Este requisito debe ser además exigido con rigor cuando una vez en marcha el proceso selectivo o a su conclusión se pretenden combatir la OPE y la convocatoria, pese a que estas quedaron consentidas y firmes.

Tales actos pueden ser objeto de un enjuiciamiento completo, sin limitación alguna sobre los motivos de ilegalidad que se pueden hacer valer, si se recurren por la vía ordinaria mediante el correspondiente recurso, y ser objeto de un enjuiciamiento en vía de revisión de oficio, pero solo si incurren en una causa de nulidad de pleno derecho.

Esa apertura se ha justificado con la idea de que será con su aplicación cuando se podrá apreciar si han sido las que han provocado el perjuicio al interesado, especialmente cuando se alega una lesión de un derecho fundamental, siendo lo pretendido su reparación o restablecimiento.

En la vía excepcional de la revisión de oficio será preciso también demostrar, antes que nada, por parte de quien la insta que ha sido la aplicación de los aspectos que quiere revisar los que le han privado del acceso al empleo público.

Si bien no es óbice procesal que quien insta la revisión no haya recurrido en tiempo y forma ni la OPE ni la convocatoria, tampoco cabe aceptar que, atendida la insubsanabilidad del vicio y la imprescriptibilidad de la acción, la solicitud de revisión pueda servir en cualquier momento, sin restricción de clase alguna y a conveniencia de cualquier interesado, para depurar un acto cuyos efectos se han consumado y que, de no haberse producido la infracción, tampoco hubiera tenido derecho a acceder a la plaza o plazas en cuestión.

Por lo que se refiere a actos con destinatario plural y de doble efecto —como es el caso del que es objeto de la solicitud revisora—, razones de seguridad jurídica apoyan la preservación de su firmeza con la máxima severidad, salvo que indubitadamente acuda a la vía de revisión un interesado que se ha visto privado de su derecho por la infracción y concurra una causa de nulidad de pleno derecho.

En este caso, **procede ya descartar que deba ser revisada la OPE y la convocatoria y bases específicas que regulan el procedimiento de la provisión de cuatro plazas de administrativo mediante promoción interna, por el hecho de haberse reservado a promoción interna las cuatro plazas de administrativo vacantes, cuando en la tesis del interesado tendrían que haber sido el 50 %.**

Puede afirmarse que **cuando insta la acción de nulidad (28/7/2022) ya carecía de un interés legítimo, atendidas las circunstancias del caso concreto** que vamos a referir a continuación.

Hay que decir que la formulación del artículo 4.1.a) de la LPAC coincide con la prevista por el artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por lo que es aplicable la doctrina jurisdiccional sobre la legitimación activa en el orden jurisdiccional, incluida, entre otras, en la STS de 31 de mayo de 2006:

> La legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3267) , recurso nº 53/2000 , 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005 (RJ 2005, 6382) , recurso 6154/2002), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC núms. 197/88 (RTC 1988, 197), 99/89 (RTC 1989, 99), 91/95, 129/95 (RTC 1995, 129), 123/96 y 129/2001 (RTC 2001, 129), entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:
>
> a) La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.
>
> b) Ese interés legítimo, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, puede prescindir de las notas de personal y directo y al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, éste no sólo es más amplio que aquél y también es autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona, esto es, verse afectado por el acto o resolución impugnada.

Es relevante, en este estadio y a la vista del cauce legal elegido —la revisión de oficio—, en el que debe llevarse a cabo una interpretación estricta de los presupuestos legales, el hecho de que ya se había aprobado la lista provisional de personas admitidas y excluidas, el nombramiento del tribunal calificador y las fechas de examen (BOG de 21/6/2022) y la lista definitiva de personas admitidas y excluidas (BOG de 13 de julio de 2022).

Es decir, en ese momento, a la vista de las personas candidatas admitidas, que fueron dos, se conocía que únicamente podían ser cubiertas por la vía de promoción interna dos de las plazas de administrativo. Una vez levantada la suspensión del proceso, además, solo dos plazas han sido adjudicadas definitivamente por ese turno, quedando las otras dos, el 50 % restante, vacantes.

La revisión sólo debe producirse, insistimos, **cuando las circunstancias del caso revelen la existencia de un auténtico interés en la persona que insta la revisión**, no cuando carezca de dicho interés. **En este supuesto**, sus expectativas permanecen incólumes, y **el resultado perseguido por la revisión,** que solo se convoquen el 50% de las plazas a promoción interna, **lo ha obtenido por otras vías, sin que se vea en qué medida en su situación actual la revisión de la OPE y de la convocatoria por el motivo esgrimido le reporte un beneficio o le evite algún tipo de perjuicio.**

A juicio de la Comisión, **don III carece de forma manifiesta de todo interés cuando lo que pretende es obtener lo que ya tiene**, **pues dos de las cuatro plazas de administrativo han quedado vacantes para su cobertura futura**.

Resulta oportuno citar la STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011/4826) en la que el alto tribunal constata que, si bien no está prevista de modo directo en la LJCA la pérdida de legitimación por pérdida sobrevenida del interés que le sirve de base, una interpretación sistemática de los artículos 22 y 413 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), de aplicación supletoria, amparan como causa de terminación del "proceso" a la pérdida sobrevenida de la legitimación por pérdida sobrevenida del interés legítimo en que aquella se asienta, por haber sido satisfechas las pretensiones extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

Desde que se dictaron los actos se han producido alteraciones en los hechos de los que deriva su interés, de suerte que, si bien inicialmente pudiera haberlo tenido para que no se convoquen las cuatro plazas, sino solo dos de ellas, ha dejado de tenerlo desde que solo dos son las plazas que han sido cubiertas.

Una vez realizado el juicio sobre **la procedencia de la acción de nulidad**, en suma, **procede declarar su inadmisibilidad**, por lo que se refiere al número de plazas por promoción interna**, por una pérdida sobrevenida del interés legítimo que servía de soporte a la legitimación.**

DCJA 30/2023 párr. 68 a 89
Véase DCJA 193/2023 párr. 67 a 83

B) Instrucción

Audiencia de los interesados

Con arreglo a lo establecido en el artículo 82 de la LPAC, **se ha intentado, aunque sin éxito, cumplimentar el trámite de audiencia.**

El procedimiento ha finalizado con la propuesta de resolución emitida por el órgano instructor (artículo 91.2 de la LPAC). En ella se desestima la reclamación con fundamento en que, de lo instruido en el procedimiento —en el que adquiere singular relevancia lo manifestado en el informe de la Inspección Médica—, se deduce que no existe un funcionamiento anormal del servicio sanitario.

En el antecedente de hecho sexto de la propuesta de resolución se deja constancia, en relación con el trámite de audiencia, de que, "**dado que se han realizado tres intentos de notificaciones infructuosos, se ha acordado** con fecha 25 de octubre de 2023 por las razones expuestas en el Acuerdo, **continuar con la tramitación del procedimiento,** sin perjuicio de que. si presenta un nuevo domicilio, dar un nuevo periodo de alegaciones".

No obstante, ha de considerarse que el procedimiento está, de un lado, al servicio del interés público, como medio para producir actos que permitan satisfacerlo, y, de otro, al servicio del ciudadano o ciudadana, como instrumento que posibilita la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Por ello, **cuando se valora un procedimiento lo decisivo,** no **es** la mera constatación de que se ha observado una instrucción más o menos ordenada conforme a criterios lógicos o de experiencia, sino si esa instrucción ha permitido **satisfacer el interés público sin mermar las garantías de defensa de los ciudadanos y ciudadanas.**

En concreto, venimos considerando que en este tipo de expedientes existen tres trámites cuya correcta formulación resulta fundamental para cumplir ese objetivo. Uno de ellos es el informe del servicio administrativo presuntamente causante del daño. El segundo se refiere a la prueba y, por último, ha de repararse en el trámite de audiencia previsto en el artículo 82 de la LPAC, que es un trámite esencial, recogido en el artículo 105.c) de la Constitución, que garantiza, no solo la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la actividad de los poderes públicos y la defensa de sus derechos ante la Administración, sino también el acierto en la resolución de los procedimientos.

En el análisis del expediente objeto de consulta se constata que **no se han desplegado todos los medios que contempla la LPAC para hacer posible la cumplimentación del trámite de audiencia** por parte de don MMM, una vez que los intentos de notificación del acuerdo adoptado con esa finalidad resultaran infructuosos, en cuyo caso **se debía haber**

procedido en la manera dispuesta en el artículo 44 de dicha ley.

Cabe advertir, además, que **consta en el expediente una dirección de correo electrónico desde la que el reclamante se dirigió a la Administración sanitaria, y que podría servir de cauce de comunicación** con don MMM para poder practicar adecuadamente la notificación de que hablamos.

Para valorar el alcance de la incidencia detectada, hemos de considerar que **a tal irregularidad no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nulidad de pleno derecho** —por ser de carácter excepcional e interpretación restrictiva—. Para los vicios de forma el principio general es la anulabilidad, que solo procede cuando la falta o incorrecta realización del trámite impide al acto alcanzar su fin o produce la indefensión de los interesados (artículo 48.2 LPAC). Ha de atenderse siempre a la posible causación de indefensión, con el sentido material y dinámico que reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso.

En el supuesto sometido a consulta, al no practicar de manera adecuada el trámite de audiencia **se ha privado al interesado, reclamante de la responsabilidad patrimonial, de la posibilidad de emitir sus alegaciones frente a lo actuado por la Administración**, en relación con las cuestiones debatidas en el procedimiento. La propuesta resolutoria, en cambio, sí se ha pronunciado sobre esas cuestiones, a la vista de la documentación clínica, del informe del servicio implicado en la asistencia al reclamante y del informe complementario de la Inspección.

En definitiva, se ha dictado la propuesta resolutoria teniendo en cuenta los datos facilitados por los informes y otra documentación incorporados al expediente por el órgano instructor, sobre los que el reclamante, sin embargo, no ha tenido ocasión de pronunciarse.

Por ello, y **con el fin de evitar su indefensión, esta Comisión considera necesario que se prosiga la instrucción**, de manera que se agoten los trámites previstos en la LPAC (en su caso, artículo 44) para notificar la apertura del trámite de audiencia con la puesta a disposición de la documentación del expediente, con el fin de que tenga la posibilidad de realizar alegaciones.

Completado el trámite y valoradas las alegaciones que, en su caso, se hubieran presentado, debería remitirse el expediente a la Comisión, con la correspondiente propuesta de resolución, a fin de que pueda emitir su dictamen contando con todos los antecedentes relevantes para la decisión del procedimiento.

ACJA 12/2023 párr. 8 a 19

Informes

En ese sentido, venimos insistiendo en que, para pronunciarnos sobre tales cuestiones, en el ámbito de nuestro análisis cobra un peso específico el informe de la Inspección Médica, que es un órgano especializado en materia médica.

Como a menudo destaca la jurisprudencia, aunque propiamente ese informe no es una prueba pericial sino un informe técnico incluido en el expediente administrativo, su importancia y fuerza de convicción derivan, junto a su motivación y coherencia, del hecho de que quien informa lo hace con criterios de profesionalidad, objetividad, imparcialidad e independencia respecto al caso, actuando en el ejercicio de funciones públicas —así se pronuncian, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid núm. 330/2018 de 16 mayo (RJCA 2018\1010), y núm. 31/2016, de 27 enero—.

A lo anterior se suma la práctica de la Inspección médica para valorar la actuación médica en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial sanitaria, que conforma su criterio técnico con independencia, teniendo en cuenta los datos extraídos de la historia clínica de cada paciente, los informes de los servicios implicados en la asistencia sanitaria que se examina y con la información proporcionada por la bibliografía científica consultada que queda debidamente reflejada.

En este caso, en que ha intervenido también **un perito en apoyo de la pretensión de la parte reclamante, cabe reparar en que su designación es de parte, por lo que, sin desdeñar su pericia, a priori no está dotado de mayor garantía de imparcialidad que la que cabe atribuir al informe de la Inspección Médica, cuya fuerza de convicción proviene de que el médico inspector actúa en el ejercicio de funciones públicas y con independencia de los intereses de las partes**, sin que concurran razones para cuestionar su objetividad y su capacidad profesional.

Además, se aprecia que **en el informe técnico de la Inspección Médica se efectúa un análisis más exhaustivo de las cuestiones debatidas, con referencias a una extensa bibliografía médica, en el que se han tomado en consideración los hechos precisos para apoyar unas conclusiones fundamentadas científicamente**.

DCJA 5/2023 párr. 65 a 69

La prueba

Si bien, según pone de manifiesto el órgano instructor, la petición de comunicación de dichos datos no ha sido atendida. Al respecto, el órgano instructor emitió una diligencia "Para hacer constar que, en el día de hoy, 27.03.2020, se pone en contacto con nosotros la Ertzaintza y nos indica que no es posible facilitarnos los datos de los testigos solicitados por protección de datos". En la instrucción del expediente no se hace referencia a la realización de ninguna otra actuación destinada a la obtención de dichos datos.

En este punto, resulta procedente recordar la normativa vigente en materia de protección de datos. Así, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales recoge en su artículo 8, bajo el epígrafe "Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos" la posibilidad de tratamiento de datos, entre otros, para "el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley". Es decir, en este tipo de supuestos existe una habilitación legal para comunicar al órgano instructor los datos identificativos que había solicitado.

No existe justificación alguna para evitar facilitar los datos que permitan localizar a las personas testigos que, además, de manera voluntaria, **han facilitado sus datos a la Ertzaintza y se encuentran recogidos en un atestado policial**. Se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una persona particular e instruido por el órgano competente en el ejercicio de los poderes atribuidos legalmente.

En el presente supuesto **la falta de realización de la prueba testifical** es una cuestión que va más allá de un mero defecto procedimental no invalidante y **puede dar lugar a indefensión de la reclamante ya que le ha impedido acreditar**, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba contenida en el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, **la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado por medio de la declaración de los testigos propuestos.**

Aun habiéndose dado por ciertas las lesiones de doña MMM, la propuesta de resolución no asume como acreditada la mecánica de la caída, esto es, que se produjera por tropezar con los dobleces de la alfombra existente en la pasarela, como sostiene la reclamante, déficit probatorio que comparte esta Comisión.

Por ello, la prueba testifical en el presente supuesto adquiere una relevancia notable, sobre todo ante la falta de elementos gráficos que permitan constatar la entidad del defecto existente.

En consecuencia, **al afectar a una cuestión fáctica que resulta relevante para aclarar la mecánica del accidente y la relación de causalidad** del daño con el funcionamiento del servicio público y dada la relevancia que tiene conocer las circunstancias de la caída y para la determinación de si existe o no responsabilidad patrimonial, **esta Comisión cree necesario que se prosiga la instrucción para requerir a la Ertzaintza la cesión de los datos de las personas testigos que permitan incorporar al expediente el resultado de dicha prueba propuesta**.

ACJA 4/2023 párr. 9 a 15

Primeramente, para cuestionar la no realización de la prueba testifical solicitada por la reclamante.

Partimos al respecto de que es a la parte actora a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia de la antijuridicidad, del alcance y valoración económica de la lesión, así como del substrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración, sin que el reclamante pueda —como dijimos en nuestro Dictamen 192/2021— "trasladar esa obligación a terceras personas —que no han sido llamadas al procedimiento—, ni a la Administración, cuya obligación no alcanza a sustituir en el cumplimiento de su deber de prueba a quien formula una reclamación de responsabilidad".

Pero también entiende el Tribunal Supremo que esta regla puede intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra [Sentencias de la Sala 3ª de 29 de enero (RJ 1990\357), 5 de febrero (RJ 1990\942) y 19 de febrero de 1990 (RJ 1990\762) y 2 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9071)].

Partiendo de estas consideraciones, **el expediente refleja que el letrado representante de doña JJJ comunica al ayuntamiento** el 29 de abril de 2021 **la posible existencia de algún testigo de los hechos, cuyos datos está intentando conseguir, con lo que estaría solicitando, pese a no decirlo expresamente, la realización de prueba testifical.**

Posteriormente, en su escrito de 24 de junio de 2021 plantea que no le ha sido posible obtener los datos del testigo, pese a haberlos solicitado en sede judicial, por lo que requiere al ayuntamiento para que curse la oportuna solicitud al Servicio de Urgencias, requerimiento que reitera en septiembre de 2021 y también en fase del trámite de alegaciones.

La instrucción no da cuenta de realización de trámite alguno al respecto y en la propuesta de resolución se afirma que "cabe señalar que no quedan acreditadas las circunstancias de la caída al no existir testigos…".

Al respecto, procede recordar que el artículo 77.3 de la LPAC determina que el "instructor del procedimiento solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada".

Ello implica que **la solicitud presentada por el representante de la reclamante debía haber sido objeto de la oportuna valoración en el momento procesal oportuno**, **procediéndose,** en su caso, **a la realización de las gestiones precisas para la identificación del posible testigo, máxime teniendo en cuenta la ausencia de prueba gráfica alguna de las deficiencias alegadas**.

En esta situación, **esta Comisión debe valorar si considera que esta carencia procedimental alcanza o no el rango de una irregularidad invalidante que justifique la devolución de la consulta para completar el procedimiento**, valoración que debe realizarse atendiendo a las circunstancias del caso.

Y ello nos lleva a reconocer que ciertamente **nos encontramos con una carencia manifiesta de material probatorio.**

El escrito inicial de reclamación presentado en marzo de 2021 —7 meses después de la caída—, no solo no incorpora ningún tipo de documentación, sino que tampoco identifica con certeza el lugar exacto en el que se habría producido la caída ni realiza descripción alguna sobre la mecánica de esta.

Las fotografías que adjunta el letrado de la reclamante a su comunicación de abril de 2021 —8 meses después del suceso— tampoco permiten identificar el lugar exacto de la caída, pues parecen corresponder a dos ubicaciones distintas, y en ninguna de ellas se ve la varilla que habría causado el tropiezo y posterior caída.

La actuación municipal tampoco ha ayudado a resolver las dudas que el caso plantea pues, identificando incorrectamente el lugar de la caída, llamó al procedimiento a la empresa encargada de las obras de urbanización de la fase B-1 de la unidad de ejecución 1 de … y remitió la reclamación a la Junta de Concertación de dicha unidad de ejecución.

Con todo ello, al devolver la Junta de Concertación el expediente al ayuntamiento alegando su falta de competencia por tratarse de obras acometidas por la Administración municipal, el informe del servicio responsable no se emite hasta diciembre de 2021, más de un año después de la caída.

El ayuntamiento tampoco recabó —como hubiera sido aconsejable— información relativa a posibles caídas o accidentes que hubieran tenido lugar en el tramo peatonal abierto tras la realización de la obra de … entre el … y el ….

Según indica el informe municipal, la apertura del acceso peatonal se produjo en mayo de 2019, por lo que, al haberse producido la caída en marzo de 2020, el transcurso de casi un año sin incidentes y sin reclamaciones relativas al mal estado del pavimento —si así hubiera sido— podría servir para aquilatar la postura municipal.

Pero, además, el ayuntamiento demoró en exceso la resolución del expediente y, tras el informe de la aseguradora municipal de 11 de agosto de 2022, no realizó el trámite de audiencia hasta marzo de 2023.

Nos encontramos con todo ello en la tesitura de **cuestionarnos si realmente resulta procedente devolver el expediente para que el ayuntamiento realice ahora las gestiones oportunas para intentar localizar a posibles testigos de unos hechos que tuvieron lugar hace más de tres años**. Gestiones, además, cuya respuesta favorable resulta dudosa pues ello implica dar por hecho que el Servicio de Emergencias habría recabado en su momento los datos de la persona que efectuó la llamada al 112 y que los sigue conservando en la actualidad.

Sucede además que en ausencia de la más mínima descripción de la mecánica de la caída y de las circunstancias adyacentes que efectúa el letrado de la reclamante bien pudiera suceder —como es habitual en muchos de los expedientes similares que dictamina esta Comisión— que no se trate de un testigo presencial que efectivamente hubiera visto cómo se produjo la caída de doña JJJ, sino que haya acudido posteriormente en su auxilio cuando la accidentada se encontraba ya en el suelo.

En este análisis de las circunstancias del **caso tampoco podemos obviar la falta de diligencia del letrado de la reclamante**. No es solo que, tal y como hemos indicado, corresponde a la parte actora, en principio, la carga de la prueba, sino que **también le corresponde solicitar formalmente la realización de la prueba testifical y argumentar debidamente la relación entre los hechos que quiere probar y no puede, y en qué modo la resolución a adoptar le sería favorable de practicarse la prueba controvertida, cuestión que en modo alguno ha realizado.**

Podemos considerar que ha sido además en gran medida su falta de concreción del exacto lugar en el que tuvo lugar la caída lo que ha podido provocar la confusa instrucción del expediente por parte del ayuntamiento.

Por todo ello, **la Comisión opta por emitir su opinión con base en la documentación incorporada al expediente sin dilatar más el ya largo procedimiento y evitar, así, las negativas consecuencias que para la parte reclamante pudiera tener en este momento retrasar la obtención de una decisión administrativa sobre su reclamación**.

DCJA 131/2023 párr. 18 a 37

Motivación

También el artículo 35.1.h) de dicha ley [LPAC] contempla **la obligación de motivación de**

los actos que resuelvan procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Pues bien, la lectura, siquiera somera, de la propuesta de resolución pone de manifiesto que la misma no se aviene a los parámetros legales trascritos.

Debe tenerse en cuenta que nos referimos aquí a **la exigencia de una fundamentación en derecho**, un requisito material, sustantivo, que se exige a toda actuación administrativa —a todo ejercicio de poder público, en realidad— , en virtud de principios tan esenciales en la comprensión del Estado de Derecho, como el de legalidad y el de interdicción de la arbitrariedad.

Debe de subrayarse, también, que **el carácter estimatorio de la resolución proyectada no disminuye un ápice la necesidad de fundamentación**, pues esta es una exigencia abstracta y general del derecho, que, en su esencia, no varía en función del tipo o contenido de la actuación pública de que se trate; cosa distinta es que dichos factores puedan conllevar matices en cuanto a aspectos o parámetros jurídicos a que la fundamentación deba referirse o tenga que utilizar.

La falta de fundamentación se aprecia respecto de dos aspectos: **la causa jurídico-fáctica de la afirmación de responsabilidad y la determinación del daño y su valoración.** Debe señalarse que, sobre este último extremo, el quantum reclamado se acepta en su totalidad, ciertamente que con el parabién de la compañía aseguradora, pero sin más acreditación que la contenida en el escrito de la reclamante de fecha 10 de febrero de 2023 —no obra en el expediente remitido la documentación sanitaria sobre los periodos totales de incapacitación—.

ACJA 10/2023 párr. 25 a 28

III. Especialidades en el procedimiento administrativo

A) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial

Iniciación

Dicho lo anterior, considera la Comisión que la reclamación de don III se ha formulado fuera del plazo establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial en el artículo 67.1 de la LPAC.

Con arreglo a ese precepto, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o

el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Prevé expresamente que, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

Para realizar el cómputo de ese plazo la fecha de partida (el dies a quo) es aquella en la que se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud. Esa merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada; o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el período de prescripción se inicia cuando acaece el evento, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que, en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el precepto legal citado, el "alcance de las secuelas" —así se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de septiembre de 2008, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina (RJ 2008\6156)—.

Esa distinción entre los daños permanentes y los daños continuados, así como el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial ha sido abordada en una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, de la que son exponentes las STS de 8 de octubre y de 30 de octubre de 2012 (RJ\2012\9630 y RJ\2012\10333) y que compendia la STS de 24 febrero de 2015 (RJ 2015\1071) en términos coincidentes con lo ya expuesto: "En cuanto a la prescripción de la acción de resarcimiento, es ya conocida la jurisprudencia que diferencia entre daños permanentes y daños continuados. En los permanentes el hecho causante del daño se agota en un momento concreto en que despliega ya todos sus efectos y se conoce cuál es el alcance del daño, luego puede preverse cuál será su evolución. Los continuados son los que no se agotan en un momento y van evolucionando, de forma que el plazo de prescripción permanece abierto y sólo se iniciará su cómputo cuando haya base para tener por concretado definitivamente el alcance de las secuelas".

En el supuesto que se nos somete a consulta, don III ejercita la acción de responsabilidad patrimonial mediante escrito registrado el 18 de junio de 2021.

En su escrito de reclamación soporta su pretensión en que cuando ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital H1 el 30 de agosto de 2019, por dolor abdominal, se le comunicó que le iban a practicar una ecografía abdominal, que no se llevó a cabo, y, en su lugar, le sometieron a una TAC abdomino-pélvica, sin informarle de sus riesgos y sin contar con su consentimiento informado, pese a tratarse de una prueba invasiva.

Continúa aduciendo que la TAC se le practicó en dos fases porque en la primera no se actuó correctamente y en la segunda, con contraste intravenoso, se produjo una extravasación del mismo, que la causó tumefacción e inflamación del brazo izquierdo, por lo que recibió tratamiento.

Por último, entiende que, como consecuencia de esa extravasación del contraste, sufrió problemas en su pierna izquierda, por lo que hubo de prolongar su baja laboral —otorgada por un malestar general el 28 de agosto de 2019— hasta el 31 de mayo de 2021, porque los daños

sufridos en la pierna le incapacitaban para desarrollar su trabajo. En su opinión, tales daños fueron causados indirectamente por el tratamiento implantado para corregir los efectos locales en el brazo derivados de la extravasación "por haber tenido que permanecer con los brazos en alto muchas horas contra la pared".

Ha de advertirse que el reclamante no apoya sus alegaciones en ninguna prueba ni informe pericial, siendo así que para determinar si un acto médico se ajusta o no a la lex artis ad hoc se precisa un análisis técnico médico que han de llevar a cabo personas debidamente cualificadas.

Como ya hemos avanzado, el instructor del expediente ha considerado que la acción se encuentra prescrita —y así lo ha trasladado a la propuesta de resolución, previo trámite de audiencia al reclamante para que se pronuncie sobre esa cuestión— por los siguientes motivos:

> Del análisis de la reclamación y de la documentación que obra en el expediente se constata que el reclamante fue dado de alta el día 30 de agosto de 2019 (folios 42, 47, 53, 64 y 70 del expediente administrativo).
>
> La reclamación se interpuso en fecha 18 de junio de 2021 (folio 1 del expediente administrativo), por lo que se entiende que concurren los requisitos para entender que la acción para reclamar había prescrito en el momento de su interposición.
>
> La acción para interponer una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la administración prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico y psíquico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas en el plazo de un año, tal como se establece en el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Al cumplimentar el trámite de audiencia referido a la prescripción el reclamante ha alegado que la estabilización de las lesiones se produjo el 31 de mayo de 2021, fecha en que recibió el alta médica de la Seguridad Social, al permanecer ininterrumpidamente de baja desde que se le realizó la TAC cuestionada el 30 de agosto de 2019.

Aduce, además, que, "si bien el daño de la pierna no fue directamente causado por la extravasación de contraste sí fue indirectamente causado por ella, por haber tenido que permanecer de pie con los brazos en alto muchas horas contra la pared, circunstancia que desencadenó al día siguiente daños que precisaron los servicios de una ambulancia en el domicilio del Sr. III. Por tanto, en última instancia, todo el daño ocasionado surge por la complicación derivada de la TAC".

No compartimos la posición de la parte reclamante al contradecir la prescripción de la

acción para reclamar porque confunde la estabilización de las lesiones con el pronunciamiento del INSS de 1 de junio de 2021 —con fecha de efectos de 31 de mayo de 2021—, **denegatorio de la calificación de don III como incapacitado permanente**, "por no presentar reducciones anatómicas funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral", y con el añadido de la extinción de la situación de prolongación de los efectos económicos de la IT en la que permanecía desde el 28 de agosto de 2019 —dos días antes, por tanto, a que se le realizara la TAC abdominal de la que, según su tesis, derivan los daños cuyo resarcimiento pretende—.

En relación con el debate que suscita el caso, cabe recordar que, entre otras, la STS de 11 de junio de 2012 (RJ 2012\7328), con ocasión del examen de supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de la actividad sanitaria, traslada que el Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina conforme a la que "el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende (Sentencias de 12 de diciembre de 2009, 15 de diciembre de 2010 y 26 de enero de 2011 (…), ni siquiera al albur que la situación ya determinada fuera sobrevenidamente reconocida o modificado su grado a efectos laborales y de Seguridad Social, lo que constituye una mera paradoja de la tramitación coetánea de los distintos procedimientos administrativos y sociales consecuencia de un mismo resultado lesivo previamente determinado, e insusceptible de reabrir la reclamación por la secuela definitivamente determinada en el momento anterior, aun cuando pueda estar necesitado de seguimiento, tratamiento o revisiones periódicas realizadas con posterioridad". Así lo ha señalado también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011\4848).

La STS de 29 de abril de 2013 (RJ 2013\3799), con apoyo en la jurisprudencia que cita y en el sentido ya apuntado, concluye que: "No puede pretenderse el cómputo desde que se dicta la resolución del INSS… pues tal cosa no tiene relación con la estabilización lesional".

Con arreglo a esa doctrina jurisprudencial, se ha de operar de esa manera porque, como reseñan las sentencias referidas, "no puede entenderse ilimitadamente abierto el plazo de reclamación a resultas de las sucesivas visitas de control que no responden a la agravación o aparición de padecimientos distintos de los previstos al establecer el alcance de los mismos y sus secuelas. En otro caso se dejaría al arbitrio del interesado el establecimiento del plazo de reclamación, lo que no responde a las previsiones del legislador al sujetar el ejercicio de la acción a esa exigencia temporal" [por todas, STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\6860)].

La última jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la prescripción se ha plasmado en la Sentencia 463/2019, de 4 de abril (RJ 2019/1286), cuyo objeto es determinar concretamente si en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por secuelas derivadas de un accidente o prestación sanitaria determinante de una declaración de incapacidad laboral —administrativa o judicial—, el dies a quo del plazo de un año para reclamar se ha de situar en la fecha en la que se estabilizaron definitivamente las secuelas o desde la fecha de la resolución administrativa o de la sentencia firme de orden social que declare tal situación de incapacidad, con conocimiento del afectado.

Esa sentencia fija como criterio interpretativo que el dies a quo para el cómputo del pla-

zo de un año para el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial por daños físicos o psíquicos **se iniciará en la fecha de la curación o de estabilización de las secuelas, con independencia y al margen de que**, con base a esas mismas secuelas, **se siga el expediente de incapacidad laboral, cualquiera que sea el resultado administrativo o judicial.**

En el presente caso la reclamación se fundamenta en que la lesión que provocó los dolores en la EII fue consecuencia de la extravasación del contraste inyectado en la TAC que se le realizó el 30 de agosto de 2019. Pero los únicos datos que aporta el expediente relativos a esa lesión en la pierna es que cursó con cuadro de lumbalgia, por el que don III fue valorado en el Servicio de Traumatología el 11 de febrero de 2020, derivado por la MAP en octubre de 2019, y que, al tiempo de emitir esa médica su informe —el 9 de marzo de 2020—, se encontraba pendiente de que le practicaran una RMN.

Además, contamos con la identificación del cuadro clínico residual reflejado en la Resolución del INSS, que cita una "lesión quística en raíz de L5 izq."; así como la denegación de la incapacidad permanente por no tener esas lesiones de don III "un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral" para ser constitutivas de ese tipo de incapacidad, lo que conlleva, además, la extinción de la prolongación de los efectos económicos de la IT.

El hecho de que el paciente permaneciera en situación de incapacidad temporal de manera continuada por dos patologías diferenciadas no permite, por sí solo, considerar la fecha de ese alta como la de estabilización lesional, con apertura del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial respecto a la primera de aquellas.

El reclamante no ha aportado —como le corresponde, con arreglo a las normas que rigen la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial— **prueba alguna que demuestre que la lesión que padece en la vértebra L5** —con proyección dolorosa en la pierna izquierda— **tiene conexión con la extravasación del contraste de la TAC practicada el 30 de agosto de 2019,** que se manifestó localmente en el brazo izquierdo y fue resuelta con el tratamiento instaurado. No consta, así, que recibiera asistencia alguna por los servicios implicados y por ese motivo. Solo se documenta la existencia de un cuadro lumbar por el que fue tratado en el Servicio de Traumatología, sin que dispongamos de otros datos sobre su evolución, más allá de las actuaciones del INSS relativas a su calificación como incapacitado, con el resultado ya expuesto.

Como han puesto de manifiesto los informes emitidos en el procedimiento, **no existe relación alguna entre la extravasación del contraste para la TAC y la lesión de la pierna izquierda sufrida por don III.**

En primer lugar, el informe de la Jefa del Servicio de Radiodiagnóstico de la OSI …, Hospital H1, relata la atención que se facilitó a don III y se detiene en el examen de los aspectos por él planteados, y que se desvirtúan en ese informe. En cuanto a la cuestión relativa a la extra-

vasación, concluye que: "-La extravasación de contraste es una complicación posible, para ello existe protocolo de actuación en el servicio de radiología que se siguió de forma estricta, el paciente fue dado de alta sin daños por la extravasación. -Consideramos que la extravasación de contraste en un brazo no tiene relación con el dolor que el paciente sufre posteriormente en pierna".

En segundo lugar, el Servicio de Urgencias del Hospital H1 también se pronuncia sobre la extravasación del contraste de la TAC, respecto a la que insiste en su inmediata resolución después de aplicar las medidas contempladas en los protocolos al respecto:

> La extravasación del contraste para la realización de la TC es una complicación muy poco frecuente (probablemente menor del 0,5 %) pero existe.
>
> Una vez ocurrido el accidente, la actuación recomendada es la aplicación de frío local y el reposo de la extremidad en alto, junto con la valoración por el servicio de cirugía plástica, (que descartó la necesidad de otras intervenciones), medidas que se adoptaron en el caso y cuya evolución posterior fue adecuada.
>
> En resumen, la actuación médica ante los síntomas del paciente fue la adecuada. Finalmente se descartó patología abdominal aguda. Respecto a la complicación acaecida — extravasación de contraste- fue leve y se resolvió con el tratamiento adecuado sin consecuencias.

Por último, ha intervenido en el procedimiento la Inspección Médica, que es un órgano especializado en materia sanitaria. Como a menudo destaca la jurisprudencia, aunque propiamente ese informe no es una prueba pericial sino un informe técnico incluido en el expediente administrativo, su importancia y fuerza de convicción derivan, junto a su motivación y coherencia, del hecho de que quien informa lo hace con criterios de profesionalidad, objetividad, imparcialidad e independencia respecto al caso, actuando en el ejercicio de funciones públicas. A lo que podemos añadir la práctica de la Inspección Médica para valorar la actuación médica en los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial sanitaria.

En el informe que ha emitido la Inspección Médica se recogen unas consideraciones generales sobre las materias cuestionadas por el reclamante, con apoyo en la bibliografía científica que cita. Seguidamente lleva a cabo un análisis del caso de acuerdo con esa literatura científica, del que destacamos a los efectos de la ponderación de las lesiones alegadas y su relación causal con el daño reclamado, lo siguiente: "El proceso de su pierna izquierda no puede ser atribuido a la extravasación del medio de contraste, ya que cuando se produce una fuga de contraste administrado por vía intravenosa lo hace hacia el tejido que circunda el área de administración del mismo, no habiéndose documentado lesiones a distancia del área de inyección".

En definitiva, **la documentación de que disponemos evidencia que no existe relación causal entre la lesión lumbar de don III y la extravasación del contraste endovenoso** en el brazo izquierdo. **Por tanto, el cómputo del plazo para ejercitar la acción de responsa-**

bilidad por los daños causados por esa extravasación — que, a falta de otra información, se resolvió el mismo 30 de agosto de 2019**— finalizó el 30 de agosto de 2020.**

Por todo lo cual**, la Comisión considera que la acción ejercitada por don III el 18 de junio de 2021 se encuentra prescrita** por haber superado el plazo previsto en el citado artículo 67.1 de la LPAC.

DCJA 154/2023 párr. 21 a 49

Tal y como se ha avanzado, el PMD **propone la inadmisión de la reclamación** —sin perjuicio de la conclusión desestimatoria que formula con carácter subsidiario— **al entender que la materialización de la devolución de la fianza impide cualquier reclamación posterior entre las partes que tenga su razón de ser en el incumplimiento de las obligaciones contractuales**.

Dice el informe jurídico del PMD la —con argumentos que reproducen en lo sustancial los informes municipales de la Asesoría Jurídica y de la Intervención—, con reseña del artículo 111.1 de la LCSP, que "se concluye que una vez solicitada y devuelta la garantía definitiva, el contrato está liquidado sin reserva alguna por parte del contratista y en consecuencia, todas las obligaciones y posibles incumplimientos, por ambas partes, han de darse por extinguidas, no siendo admisible ninguna reclamación relacionada con el citado contrato", tesis que a su entender halla apoyo en la Sentencia de 21 de septiembre de 2016 de la Audiencia Nacional que cita (rec. 572/2013).

Cabe traer a colación, por ilustrativo, parte del fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia, igualmente reproducido en los informes municipales mencionados, que acoge su ratio decidendi:

> En nuestro caso, la liquidación del contrato data de 3 de julio de 2012, habiendo prestado conformidad el Contratista a la liquidación, como ya se ha expuesto, mientras que la reclamación se formuló el 10 de octubre de 2012. Así pues, no puede la parte recurrente ir en contra de sus propios actos, pretendiendo, tras la plena aceptación de la liquidación, reclamar conceptos que conforman el contenido de la misma, pues como señalara el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de octubre de 2000 , "la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad del principio "venire contra factum propium" surge en el derecho privado y significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y que reconoce el fundamento jurídico sexto de la sentencia recurrida.

La consideración así expresada **no puede ser cabalmente trasladada al caso que nos ocupa, al no apreciar la Comisión que la contratista incurra**, con la formulación de la reclamación**, en una conducta contraria a sus propios previos actos toda vez que no se aprecia contradicción con la petición de devolución de la garantía definitiva y con la materialización de esta sin reserva por su parte.**

La garantía se halla vinculada al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el adjudicatario (artículo 5 PCAP) y a las responsabilidades detalladas por el artículo 110 de la LCSP.

La resolución administrativa que ordena la devolución de la garantía definitiva lo hace tras confirmar que se ha producido el vencimiento del plazo de garantía y la inexistencia de obligaciones pendientes por parte del contratista, presupuestos que avalan la pretensión de devolución de la adjudicataria y **de los que no cabe desprender**, a falta de reserva, **una supuesta renuncia a la reclamación y la extinción de su derecho a formular esta.**

Una conclusión similar es la contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 621/2017, de 5 de abril (recurso núm. 830/2015), a propósito de la significación de la devolución de las garantías en el caso:

> Según se ha visto en el resumen que hemos hecho de las posiciones de las partes, la controversia se centra en si la actuación de la UTE supuso o no una renuncia a toda posible reclamación y, para ello, la Administración se fija en que aceptó la liquidación del contrato sin expresar ninguna reserva, hecho para la recurrida concluyente al respecto. Sin embargo, tal como viene afirmando la recurrente, no hubo un acto formal de liquidación al que pudiera anudarse esa conclusión. La misma Administración viene a reconocerlo y se esfuerza por construir una suerte de liquidación tácita a la que la UTE se habría aquietado.

> Siendo clara la relevancia de la liquidación del contrato --la explicación que ofrece de su significado la contestación a la demanda la pone bien de manifiesto-- y habiéndose constatado que no existe un acto formal que la plasme, el cual habría debido ser producido por la Administración, no parece que deban deducirse consecuencias negativas para la contratista de esa omisión. Esto significa en el caso presente que falta la premisa a partir de la cual la Administración extrae la consecuencia de que la UTE aceptó sin reservas la terminación del contrato. Por eso, no puede darse a la retirada de las garantías la significación que se le quiere dar por la contestación a la demanda.

A su vez, la conclusión guarda cierto paralelismo, aun tratándose de un supuesto diferente del presente, con la que recoge la STS 469/2021, de 6 de abril (recurso 5139/2019), coincidente a su vez con la de otras que se citan, dictadas todas en asuntos que guardan proximidad desde el punto de vista de la protección de la posición del contratista. La sentencia citada corrobora

que, aprobada la liquidación de un contrato del sector público sin reserva alguna por parte del contratista, no por ello cabe entender que este renuncia a la reclamación de intereses de demora por el pago tardío de anteriores certificaciones de obra. La liquidación del contrato no comportaría la extinción de obligaciones —"la aprobación de la liquidación definitiva del contrato sin expresar salvedad al respecto no impide la reclamación de las cantidades debidas en concepto de intereses por demora en el pago del importe por revisión de precios del liquidado en certificaciones de obra, dentro del plazo previsto por el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria"—.

En suma, **no procede declarar la inadmisión de la reclamación ni dar por extinguida toda obligación que pueda resultar del contrato en tanto**, como es el caso**, no opere la prescripción del plazo legal de aplicación para reclamaciones de esta índole**.

DCJA 158/2023 párr. 46 a 54

Plazo para reclamar

Entiende la Comisión que **ha prescrito el plazo para reclamar por la existencia de una vinculación singular.**

La reclamación de los interesados presentada el 25 de enero de 2023, por las limitaciones de carácter urbanístico impuestas a su finca registral … de Eibar, por el Plan General de Ordenación Urbana de Eibar, debe considerarse fuera del plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la LPAC **ya que el PGOUE fue aprobado definitivamente por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Gipuzkoa en sesión de 18 de diciembre de 2007 y publicado en el BOG de 22 de enero de 2008**.

No cabe duda que, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022 (rec. 836/2020), que cita la de 13 de junio de 2000 (rec. 567/1998), y así lo exponen los propios reclamantes, **el plazo para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción**, con arreglo a la doctrina de la actio nata o nacimiento de la acción.

En el caso que nos ocupa, **ese momento ha de fijarse en el momento de la publicación del PGOU ya que es a partir de entonces cuando los reclamantes conocieron las limitaciones que el plan establecía para su inmueble, limitaciones que**, según se desprende

de la propia reclamación y de los informes obrantes en el expediente, **han permanecido inalteradas desde entonces**.

Por ello, el dies a quo del plazo de prescripción ha de fijarse en la publicación de la aprobación definitiva del PGOU de Eibar.

Tal interpretación cuenta con el aval de la **STS de 28 de diciembre de 2006** (rec. 4836/2003) porque **era inequívoco el sentido de la norma urbanística del PGOU que regula los usos posibles de la parcela de los reclamantes y no era dudoso que esa clasificación urbanística afectaba a su terreno**:

> Por tanto, desde la publicación de aquella norma urbanística tenían los actores posibilidad plena de conocer su alcance y el total efecto lesivo derivado de ella; o lo que es igual, desde esa publicación, o sólo con ella, surgía para los actores la "situación jurídica de aptitud plena" para el ejercicio de las pertinentes acciones a la que antes nos hemos referido. Podían así, o bien impugnar directamente esa nueva clasificación del PGOU, si la entendían ilegal; o bien, si otra era su opinión, o si por cualquier razón descartaban tal impugnación directa, deducir ya, desde la misma publicación, la solicitud de indemnización y ejercitar después, contra el acto administrativo denegatorio de ésta, la acción de responsabilidad patrimonial que nos ocupa; o bien, deducir tal solicitud y posterior acción tras la desestimación de aquella impugnación directa que sí hubieran ejercitado.

En cuanto a la solicitud de expropiación forzosa, la tesis de los reclamantes, según la cual, hasta que no fue desestimada por la Administración no se ha producido el definitivo resultado lesivo, no puede ser acogida.

En primer lugar, como ya hemos explicado, **las resoluciones denegatorias de la Administración no impiden acudir a la expropiación por ministerio de la ley, por lo que no han creado por sí mismas una situación plenamente consolidada, ni han provocado la privación del bien sin indemnización.**

En segundo lugar**, demorar el inicio del plazo de prescripción al momento en que se dictó la resolución firme en vía administrativa denegatoria de la expropiación sería tanto como crear una situación de pendencia artificial que se prolongaría a voluntad de los reclamantes**, pues son ellos los que deciden cuándo formular su solicitud, "con clara merma de la seguridad jurídica en que descansa el instituto de la prescripción".

En tercer lugar, es cierto que la jurisprudencia confiere un efecto interruptivo a las acciones dirigidas a obtener por otra vía la satisfacción del derecho, siempre que esta **no sea 'manifiestamente inadecuada'**, es decir, que no lo sea de un modo patente, notorio u ostensible.

En este caso, es evidente que la acción ejercitada por los reclamantes llevaba a un resultado

muy diferente. Como hemos señalado, no es lo mismo la expropiación de la parcela o seguir ostentando su titularidad y percibir una indemnización por la ruptura del principio constitucional de igualdad, al no ser posible la equidistribución de beneficios y cargas, siendo obviamente distintos los presupuestos y criterios que es preciso valorar en ambas instituciones. Incluso, aun en la hipótesis de que no la consideráramos manifiestamente inadecuada, no le podemos conferir dicho efecto interruptivo, simplemente porque cuando la ejercitan, en diciembre de 2021, el plazo para hacer valer su derecho a través de la vía de la responsabilidad de la Administración ya había finalizado y no se puede interrumpir un plazo ya prescrito.

El criterio que seguimos sobre la extemporaneidad de la acción, en cuya virtud el dies a quo en el caso de vinculaciones singulares ha de fijarse en la publicación oficial del PGOU en el boletín oficial, también es el adoptado por otros órganos consultivos, caso del Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid nº 318/22, de 24 de mayo de 2022.

Este a su vez cita como antecedentes del mismo órgano el Dictamen 69/20, de 20 de febrero, o el Dictamen 165/17, de 27 de abril.

O los de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña en los casos de reclamaciones por daños derivados de la modificación o revisión del planeamiento urbanístico, en los que comienza el plazo en el momento de la publicación del plan, ya que es en ese momento cuando se conoce la nueva ordenación y lo que han de decidir los actos singulares de aplicación de la misma (dictámenes 243/09 y 136/10).

Lo mismo entiende el Consejo Consultivo de Asturias en su Dictamen 299/2012, de 31 de octubre, que, en un caso singular de reclamación de responsabilidad patrimonial por la supuesta vincular singular que afectaría a un inmueble catalogado, atiende como dies a quo al de la publicación del catálogo en el boletín oficial.

En suma, **los reclamantes podrían haber reclamado la responsabilidad patrimonial de la Administración desde la publicación del PGOU, que establecía los usos de su parcela con las limitaciones que dicha calificación producía en la misma.**

Por ello, siguiendo también la línea argumental de la Comisión Jurídica Asesora de Madrid en el dictamen de referencia, que hacemos propia, una reclamación presentada en el año 2023, quince años después de la publicación del PGOU de Eibar, es notoriamente extemporánea y los reclamantes deben asumir las consecuencias de su falta de diligencia, ya que desde la publicación del plan se podía reclamar esa responsabilidad.

Como recuerda la STC 147/1986, de 25 de noviembre, la prescripción conecta con el principio de seguridad jurídica y permite incluso consolidar situaciones contrarias a la ley si el titular de una pretensión no la ejercita en un plazo de tiempo razonable de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

En el caso que nos ocupa, **una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada 15 años después del plazo en el que se conocían los elementos que permitían interponer la reclamación excede notoriamente del plazo legal e, incluso, de la buena fe**, máxime cuando se acudió también tardíamente a otra vía que era notoriamente inadecuada para encauzar una acción de responsabilidad patrimonial, como la solicitud de expropiación de la parcela, sometida a unos requisitos sustantivos y temporales diferentes.

DCJA 162/2023 párr. 39 a 57

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Antijuridicidad

A) El deber de soportar la carga

En suma, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y compartiendo plenamente la aludida posición del Consejo de Estado, la Comisión constata que **las medidas adoptadas por la Administración autonómica en el periodo de tiempo examinado fueron el resultado de un proceso de evaluación continua y seguimiento de la situación epidemiológica** que obligaban a su readaptación periódica. **Los perjuicios que tales medidas pudieron causar a la ciudadanía en general y, en el caso que nos ocupa, a las personas titulares de negocios de hostelería carecen el carácter de lesión** —en su sentido técnico-jurídico— **de daño antijurídico.**

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, la Comisión debe formular una puntualización adicional en relación con las ya aludidas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco —Sentencia nº 107/2022, de 9 de marzo de 2022, y Sentencia nº 209/2022, de 5 de mayo de 2022—, cuya apreciación de los hechos se respeta plenamente en este análisis de la responsabilidad.

La primera de ellas —Sentencia nº 107/2022— vino a anular la disposición tercera del Decreto 16/2021, de 26 de marzo, del Lehendakari, de modificación del Decreto 13/2021, de 6 de marzo, de primera refundición en 2021 en un único texto y actualización de medidas específicas de prevención, en el ámbito de la declaración del estado de alarma, como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica y para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Por su parte, la Sentencia nº 209/2022, de 5 de mayo de 2022, declaró la nulidad del inciso relativo a las reglas de apertura del apartado 9.1 del anexo del Decreto 44/2020 de 10 de diciembre del Lehendakari.

A este respecto, conviene señalar en primer término que, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la LRJSP, "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización". De acuerdo con una constante jurisprudencia, **el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en estos casos, se halla supeditado a la concurrencia del conjunto de requisitos que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración exige**.

En orden a dicha concurrencia, **las declaraciones de nulidad contenidas en los pronunciamientos judiciales no generan derecho a la indemnización pedida porque**, en sede de responsabilidad patrimonial, **dichas decisiones judiciales han de ser necesariamente analizadas a la luz de la doctrina jurisprudencial aplicable a tales supuestos.**

Dicha doctrina aplicada por esta Comisión (por todos, Dictamen 20/2022) conlleva examinar si la Administración en el ejercicio de sus potestades —en especial, las discrecionales— se ha mantenido dentro de unos márgenes de apreciación razonados y razonables: esto es, si pese a la anulación, ha realizado una interpretación razonable de las normas aplicables y enderezada a la satisfacción de los fines a cuya consecución debe servir la potestad ejercida.

En este ámbito, **parece difícil encontrar un supuesto más evidente en el que la Administración,** enfrentada a un panorama borroso e incierto, **contaba con un margen de apreciación ciertamente importante**. Se trataba de una pandemia originada por una enfermedad, la COVID 19, hasta entonces desconocida y respecto de la que la ciencia no ofrecía —en aquel preciso lapso temporal— respuestas en absoluto claras.

La incidencia contrastada de enfermedad grave y muerte asociadas al virus, el elevado riesgo de contagio y la presión asistencial en aumento, con probabilidad de colapso del sistema sanitario, convertían en ineludible —en aplicación del principio de prevención o cautela— la adopción de medidas limitativas en el sector de la hostelería, tal y como las propias sentencias reconocían.

Por tanto, **una cosa es afirmar que unas concretas medidas debían haber contado con una justificación mayor y otra bien distinta considerar que en su adopción la Administración** —en la situación a la que se enfrentaba— **actuara de forma irrazonable o con una "flagrante desatención normativa**" (STS de 10 de junio de 1986).

En definitiva, también **esta perspectiva de análisis reafirma la ausencia del requisito de la antijuridicidad en el daño alegado**, sin que tampoco altere las conclusiones alcanzadas sobre la ausencia de un daño real, efectivo e individualizado, acreditado en la forma precisa y categórica exigida para reconocer la responsabilidad patrimonial, ni permita considerar que la mercantil reclamante haya sufrido un sacrificio singular, en el sentido de especial, excesivamente gravoso y desigual.

El perjuicio traído no franquea el umbral de la carga general que —no puede negarse**— ha sido muy gravosa para toda la sociedad y para aquellos sectores que desarrollan actividades económicas de hostelería** como la reclamante, **pero no concurren, en su caso, circunstancias especiales que justifiquen un trato distinto que se traduzca en el abono de la indemnización solicitada.**

DCJA 2/2023 párr. 92 a 103

II. Indemnización

A) Lucro cesante

Cuestión distinta es si de la dilación en el cumplimiento de los plazos que atañe a la UE-19 se deriva una frustración —al menos temporal— de las expectativas de rendimiento económico a obtener por parte de la propiedad de la UE-20.

Sin embargo, y aun aceptando dicha posibilidad, aquella frustración, en los términos invocados, esto es, en cuanto ganancia de carácter dudoso o hipotético, no resulta reconducible al daño indemnizable conforme a las previsiones de la LRJSP y a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 31 de mayo de 2011 (casación 944/2007) y de 5 de noviembre de 2010 (casación 1767/2006) y las que en ellas se citan, entre otras—. **La indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes.**

DCJA 182/2023 párr. 69 a 70

A estos efectos, la empresa Erki **reclama por el concepto del lucro cesante calculado como el beneficio industrial dejado de percibir por no haber podido ejecutar el contrato y que cifra en el 6% del precio de la oferta económica** que presentó (302.114,28€), que asciende a un importe de 18.126,85€.

Cabe admitir, en primer término, la viabilidad jurídica del concepto indemnizatorio con el que la empresa reclamante concreta e individualiza la determinación del daño irrogado —lucro cesante—, que la jurisprudencia ha admitido con carácter general.

Dicha doctrina jurisprudencial es compendiada y aplicada por la reciente Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 40/2023, de 31 de enero (PO 684/2020), en cuyo seno se ventilaban cuestiones de índole similar y que concluye en el FD 4º:

> Por otra parte, en relación al pedimento indemnizatorio relativo al beneficio industrial dejado de percibir por el tiempo que no ejecutó el contrato, entiende esta Sala que tal indemnización de perjuicios, consiste en el lucro cesante, concretándose ese lucro cesante en el llamado beneficio industrial, que desde siempre se ha considerado que es 6% del presupuesto de ejecución material, y así lo recogía el artículo 131.1.b del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en Sentencias de su Sección 4ª de 2 de Julio de 2004 (recurso nº 3885/2000), de 15 de noviembre del año 2004 (recurso nº 6812/2001), de 19 de julio de 2005 (recurso nº 6852/2001) y 26 de enero de 2006 (recurso nº 4600/2001).
>
> Por tanto, el parámetro de referencia para el cálculo de la indemnización será el de la pérdida del beneficio industrial, que se concreta en el porcentaje del 6 % sobre el presupuesto de ejecución material del contrato por el plazo de 33 meses y medio (desde el 16 de septiembre de 2.016 hasta el 1 de julio de 2.019), plazo sobre el que no existe discrepancia y sin que resulte acogible la tesis del Gobierno Vasco de que dicha partida indemnizatoria debe exigirse al Ayuntamiento de Bilbao, toda vez que, como ya se expuso líneas arriba, la actuación del Consistorio no ha sido declarada disconforme a derecho, sino todo lo contrario, confirmada su validez por la meritada sentencia de esta Sala 109/2018, de 27 de noviembre (rec. nº 678/2016).

Tomando este pronunciamiento como referencia en el examen que nos ocupa, la Comisión aprecia la idoneidad jurídica del lucro cesante para reparar la pérdida del beneficio industrial por no haber ejecutado un contrato tras anularse la resolución administrativa de la que parte la antijuridicidad de la lesión sufrida.

Sentado lo anterior, cabe realizar algunas **observaciones sobre el modo en el que la empresa reclamante ha calculado la pérdida del beneficio industrial, que identifica con el 6 % de la oferta económica presentada en la licitación** del contrato de obra que nos ocupa.

La jurisprudencia que invoca el recurrente, así como la esgrimida en este dictamen, concreta el llamado beneficio industrial en el 6 % del presupuesto de ejecución material, entendido éste en los términos que recoge el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la ley de contratos de las administraciones públicas.

En tal sentido, se hace evidente que l**a cuantía sobre la que computa el reclamante el porcentaje del 6 %** —valor de la oferta económica presentada— **es, no solo cualitativamente distinto, sino también cuantitativamente mayor que el denominado presupuesto de ejecución material aplicable a los contratos de obras.**

Entendemos, sin embargo, que **el cálculo del beneficio industrial más ajustado al supuesto que informamos**, en el que el reclamante ha renunciado a justificar otros posibles perjuicios indemnizables en los que hubiere podido incurrir, **es el que se corresponde con el que propugna la jurisprudencia invocada y el artículo 131.1.b) del Real Decreto 1098/2001**.

Por tanto, para la exacta determinación de la indemnización, en los términos expresados en los apartados anteriores**, deberá continuarse la tramitación para que se acredite, a partir del desglose de la oferta económica presentada en la licitación de constante cita, el valor de la parte que constituye el presupuesto de ejecución material**, sin perjuicio de que la cantidad final así obtenida deba ser actualizada conforme al artículo 34.3 de la LRJSP.

DCJA 184/2023 párr. 79 a 87

III. Relación de causalidad

A) Conducta de la víctima o de terceras personas

Respecto a la falta de señalización de la zona por encontrarse en obras, la propia reclamante no tiene duda sobre esa circunstancia, ni de que la acera estaba siendo "reformada para su adecuación a la parada del autobús eléctrico". Tampoco la tiene la testigo, ni los agentes de la Policía Local. Se trata de un hecho notorio y evidente para cualquiera que acceda a la zona, sin necesidad de un cartel o letrero que así lo indique.

En cuanto a la falta de delimitación, la empresa contratista, por el contrario, manifiesta que se encontraba acotada, sin que se permitiera deambular a nadie por ella, como lo acredita la malla de color naranja que se aprecia en las fotografías.

A juicio de la reclamante tal malla no impedía el acceso ya que se "encontraba colocada a unos tres o cuatro metros del lugar donde se encontraban estacionados los vehículos quedando permitido el acceso a esa zona de la acera a cuantas personas transitasen por ella o accediese a la misma tras haber estacionado su vehículo".

En principio, la Comisión no aprecia defecto alguno por el hecho de que la malla estuviera a esa distancia porque la intervención sobre la acera para instalar la parada, requeriría, también, limitar un espacio más amplio para levantar la marquesina donde se sitúan las máquinas expendedoras de billetes y los soportes informativos.

De otro lado, observa en las fotografías que el espacio que acota la malla deja libre, después de un parterre, una amplia zona de acera por la que pueden deambular los viandantes, sin que tengan que caminar por el lugar de la obra.

En cuanto a las personas que pudieran aparcar el vehículo, siendo el espacio adyacente a la parada, en el carril de uso exclusivo del BEI, lugar de detención y espera del bus a fin de que puedan subir y bajar los viajeros, es incuestionable que estaba reservado a dicho transporte. Por ello, si los vehículos circulaban por el carril y se toleraba transitoriamente el aparcamiento, lo era precisamente porque todavía la línea del BEI no estaba en funcionamiento, al encontrase en obras la completa labor de acondicionamiento físico de la calle.

Si bien es recomendable con carácter general un incremento de las medidas de seguridad en las zonas de obras públicas, no podemos obviar que los viandantes deben extremar la precaución en su deambular por ellas, dándose en el presente caso la circunstancia que la reclamante **conocía el estado en obras de la zona, así como el lugar y el destino del espacio**, parada del BEI, **sin que pudiera tampoco desatender**, tanto al aparcar el coche como al acercarse después a él, **que la acera** tenía un específico diseño, con una altura superior a la normal para facilitar el acceso a la plataforma del bus —e impedir la parada de coches— y que no se encontraba concluida, al no haberse colocado el remate que salva el desnivel con el bordillo.

En el caso de obras en la vía pública, la jurisprudencia ha venido a recoger la obligación de los viandantes de extremar la diligencia, pues no es suficiente la que se adopta cuando la acera está en plenas condiciones de uso.

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 50/2012, de 17 de enero (JUR 2012/115156), en una zona en obras los peatones deben prestar una especial atención al deambular, "pues si bien compete de acuerdo con la ley a la administración municipal el cuidado y atención del estado de sus vías públicas, lo cierto es que la socialización de riesgos no permite extender la responsabilidad objetiva de la administración a un evento como el que nos ocupa en el que el estado del lugar exige a priori un nivel de atención en los términos ya expuestos y que la actora no prestó. El tropezón se produjo por distracción de la actora y por consiguiente que no concurre el nexo causal entre la actuación municipal y el resultado lesivo producido".

En este caso, la existencia de una obras que afectaban a la acera junto a la que había aparcado el vehículo le obligaban a extremar las precauciones y, a juicio de la Comisión, la producción del accidente se debió exclusivamente a la conducta no cuidadosa de la víctima, determinando con ello la ruptura del nexo causal pues aquella se debió dar cuenta, por la presencia de signos inequívocos, de que la zona por la que pretendía pasar se encontraba afectada por las obras de remodelación que se estaban ejecutando, debiendo, o bien evitar pasar por allí, o bien extremar las medidas de atención y cuidado.

DCJA 7/2023 párr. 48 a 57

Resta, por tanto, examinar la posible concurrencia de la víctima en la producción del resultado lesivo, punto en el que la Comisión comparte el parecer del órgano instructor.

De acuerdo con la jurisprudencia, **si bien la intervención de la propia víctima o de un tercero en la producción del daño no excluye, por sí sola, la responsabilidad patrimonial de la Administración, esta queda comprometida si tales intervenciones tienen un grado de intensidad** en la producción del daño **que, sin ellas, este no podría haberse producido**. De ser así, habría de procederse al reparto proporcional del importe de la indemnización entre quienes han contribuido a la producción del daño, bien moderando ese importe —Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 31 de enero de 1984 y 11 de octubre de 1984— o acogiendo la teoría de la compensación de culpas para efectuar un reparto equitativo del montante de aquella (SSTS de 17 de marzo de 1982, 12 de mayo de 1982 y 7 de julio de 1984).

En este caso, a falta de mayor explicación de la reclamante, **el tropiezo puede razonablemente y de forma verosímil vincularse con su propia conducta,** bien por una distracción, bien por caminar sin la diligencia exigible en el deambular, ya que la caída se produjo a plena luz del día y en un lugar perfectamente conocido, al ubicarse frente a su domicilio.

A ello se añade que la propia reclamante afirma conocer las deficiencias de las aceras del barrio, antes del suceso, pues, al parecer, su mal estado llevaba siendo denunciado desde hacía tiempo, por lo que todo indica que la situación de la acera era una realidad que no pudo haber pasado inadvertida para la reclamante.

Ahora bien, la intervención de la conducta de doña MMM en el evento dañoso no es de tal entidad como para romper la relación causal, si bien debe llevar, de acuerdo con la jurisprudencia citada, a una modulación o compensación en la indemnización de los daños causados.

En definitiva, **la Comisión considera que en el caso existe una relación de causalidad directa, pero no exclusiva, al concurrir la conducta de la reclamante en la producción del evento dañoso, por lo que deberá moderarse la responsabilidad del ayuntamiento en un 50 %,** de manera que la interesada deberá percibir en concepto de indemnización el 50 % del montante total en el que se valore el daño acreditado.

DCJA 47/2023 párr. 44 a 49

Amén de lo anterior, y a efectos de analizar la responsabilidad de la propia reclamante en la producción del daño, conviene asimismo recordar lo establecido en el artículo 124 del Reglamento General de Circulación, según el cual, "en zonas donde existen pasos para peatones, los que se dispongan a atravesar la calzada deberán hacerlo precisamente por ellos, sin que puedan efectuarlo por

las proximidades" (apartado 1), añadiendo este mismo artículo que "para atravesar la calzada fuera de un paso de peatones, deberán cerciorarse de que pueden hacerlo sin riesgo ni entorpecimiento indebido".

En el supuesto que nos ocupa, por otra parte, ya **ha quedado constancia de la existencia de dichos pasos de peatones en la zona,** a decir de lo expuesto en el informe emitido por el Comisario-Jefe de la Policía Local, en el que expresamente se indica que "el punto de caída de la mujer coincide con el acceso a un vado autorizado, espacio reservado para la entrada y salida de vehículos a garajes o guarderías, existiendo en las proximidades dos pasos de peatones señalizados, los cuales se encuentran a 32,97 metros (junto al cruce con la calle …) y a 78,01 metros (junto al cruce con la calle …)". También se recoge su existencia en la propuesta de resolución.

Por lo tanto**, fuera de los pasos habilitados** —aceras y pasos de peatones**— es el viandante el que debe cerciorarse que puede pasar sin riesgo, para lo cual deberá atender tanto al tráfico como al estado de la calzada en ese punto**.

Estas circunstancias resultan suficientes, a juicio de esta Comisión, para **excluir la responsabilidad municipal, puesto que fue la propia reclamante la que optó por cruzar la calzada por un lugar inadecuado, en lugar de utilizar el paso de peatones debidamente señalizado.**

DCJA 71/2023 párr. 50 a 53

En este caso, **las quemaduras producidas al reclamante, dando por hecho que hubieran sido en la ducha en cuestión, se habrían ocasionado como consecuencia de la apertura del grifo por el propio reclamante que, como usuario habitual de las instalaciones, se ha de suponer conocedor de la mecánica de las mismas, de la necesidad de ajuste de la temperatura**, independiente de que la señalización por colores rojo y azul hubieran desaparecido; **esta circunstancia**, por tanto, **se compadece mal con el hecho de exponer la extremidad carente de sensibilidad al agua sin previa detección y ajuste del nivel de temperatura, con el riesgo que ello conlleva y que, en este caso, se materializó en las quemaduras sufridas.**

El accidente de don GGG derivaría de un hecho cuya responsabilidad, por tanto, **no podría ser atribuible a la Administración, sino al propio reclamante** y, **por ello, la existencia de otros elementos dotados de un hipotético poder causal** para producir el resultado final**, como sería el caso de la elevada temperatura en momentos puntuales —para cumplir con el protocolo contra la Legionelosis—, no tendrían la necesaria relevancia en el acaecimiento lesivo**, entre otras razones **porque se trata de una actuación necesaria dentro de un protocolo de naturaleza preventiva, con un riesgo evitable adoptando las lógicas medidas de precaución.**

Por otra parte, el hecho de que el informe realice propuestas de mejora, como la readecuación del sistema de control de la temperatura, incluir información en las duchas sobre su utilización, son elementos que no se pueden considerar sino intentos de optimizar los servicios prestados; pero ello no puede hacer olvidar que el estándar exigible a la actuación administrativa es el acorde con lo que cabe esperarse de su normal funcionamiento, teniendo presentes las pautas orientativas que esta Comisión ha establecido para determinarlo —no puede establecerse a partir del daño sufrido ni puede construirse sobre lo óptimo, sino sobre lo razonable—, aplicado en consideración a la naturaleza del servicio y las circunstancias que presente el caso.

Se considera que **el usuario de las instalaciones**, **que** en este caso, además, **posee dificultades para detectar la temperatura por falta de sensibilidad en parte de su cuerpo, sería el que, en su propio interés, debiera extremar las precauciones** ante la posibilidad de que el agua que saliera del grifo pudiera hacerlo con una temperatura elevada, o baja, necesitada de ajuste.

La Comisión considera que no queda acreditado que los daños y perjuicios reclamados por don GGG resultan del funcionamiento incorrecto del servicio municipal proporcionado por el polideportivo, consistente en un deficiente mantenimiento y estado de conservación de las duchas de la instalación deportiva en cuestión, por lo que no se puede atribuir a dichos daños la calificación de antijurídicos porque el reclamante no tuviera el deber jurídico de soportarlos.

DCJA 93/2023 párr. 54 a 58

En cualquier caso, una vez asumido que **se cayera practicando la escalada** en el polideportivo de Gorliz, la Comisión debe señalar **que la mera producción de un daño en unas instalaciones deportivas no constituye causa o motivo para que la responsabilidad patrimonial surja siempre**.

Cuando el título de imputación que sustenta una reclamación de responsabilidad es el actuar omisivo, la Comisión viene entendiendo que la imputación del daño requiere demostrar la existencia de una ineficacia, un mal funcionamiento de la Administración, en este caso, ya sea por el estado de las instalaciones, ya sea por la ausencia de medidas para prevenir el riesgo inherente a la práctica deportiva, debiéndose atender, no sólo al cumplimiento de las obligaciones exigibles según las normas por las que se rige el servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en atención a las circunstancias concurrentes. Esto se concreta en lo que venimos denominando como estándar de funcionamiento razonable.

Por último, hay que tener en cuenta también la **conducta de la víctima**, quien puede concurrir en la producción del daño, lo que puede motivar, en atención a su intensidad, no sólo la mera

concurrencia de culpas, con incidencia en la cuantificación económica de aquel, dando lugar a su minoración, sino incluso a la no existencia de responsabilidad cuando no estamos ante un mero sujeto pasivo de la acción, sino ante su protagonista.

Como señala la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de noviembre de 2016 (JUR 2017/16235):

> la asunción del riesgo por parte de quienes practican deportes de tal naturaleza (la escalada) es evidente pero igualmente lo es que tal asunción se circunscribe al riesgo derivado bien del azar bien de su propia negligencia o imprudencia pero no de las correspondientes a aquellos que, responsables de la infraestructura en la que se practica el deporte, están precisamente obligados a que el riesgo no provenga de esta última en si misma considerada, que la infraestructura no integre un riesgo por el estado de sus elementos.

En principio, tal y como indica el Responsable de Deportes municipal, "en la entrada del pabellón se puede leer la normativa de uso del Boulder. La normativa dice lo siguiente: 8. Sólo deben utilizarse las presas y los paneles para escalada y no parte de la estructura u otra zona de la instalación para ello. No aflojar ni manipular las presas o modificar los itinerarios. Para marcar rutas, utilizar materiales adhesivos que no dejen marca (esparadrapo) y nunca ningún tipo de pintura. Cualquier desperfecto o accidente es responsabilidad de la/s persona/s que lo causen. No escalar por encima ni por debajo de nadie. Queda totalmente prohibido el uso de magnesio".

También cabe añadir que, al identificar a los usuarios del Boulder, la normativa señala que tienen que tener más de 14 años. Los menores de 14 años pueden acceder acompañados por una persona adulta o a las horas en las que el servicio deportivo instale un monitor para cuidarlos.

Tales reglas están encaminadas a garantizar la práctica de la escalada en el boulder municipal, asumiendo que es un deporte que conlleva un evidente riesgo, lo que requiere que los usuarios tomen una serie de precauciones.

Pues bien, de los datos que se extraen del expediente se concluye que **la reclamante no siguió tales indicaciones, escalando sola fuera de la zona del boulder y sin ningún tipo de protección**.

A la vista de las fotografías aportadas, se observa que la zona de boulder se encuentra perfectamente delimitada, pintada a tres colores, que la singularizan del resto de paredes del polideportivo, y que en su base se encuentra colocada una colchoneta que cubre toda la extensión de la zona.

Como es sabido, la escalada en bloque es una actividad de pocos movimientos, que se desa-

rrolla a una altura no muy elevada, en la que se conjugan componentes de fuerza-potencia, equilibrio, flexibilidad y agilidad, habitualmente sobre paredes desplomadas, por lo que es muy factible caer al suelo y, por ello, debe colocarse siempre una colchoneta para proteger y amortiguar las caídas.

También parece claro que la reclamante optó por escalar en una zona contigua, sin colchonetas, pero en la que existían "algunas piezas del tipo de las presas", tal y como atestigua el informe de la Directora de Cultura. Su existencia explica asimismo que el informe policial refiera que los agentes pudieron comprobar "que había una zona con colchoneta y otra sin ella y que, a tenor de los hechos eligió hacerlo en la zona sin colchoneta".

Ahora bien, esa presencia de tales agarres no la convierte en una zona para la práctica de la escalada en bloque, sin ningún tipo de protección artificial, ni permite suponer que constituía la zona de boulder de adultos, lo cual, por otro lado, resulta una suposición ciertamente inverosímil, cuando falta el otro componente esencial para desarrollar dicha actividad, como es la colchoneta, porque en modo alguno cabe confiar en la habilidad del escalador y excluir totalmente que pueda caerse.

Sin embargo, eso es lo que sucedió en el caso de la reclamante que, por un lado, tenía toda la zona del boulder a su disposición para practicar en la misma, ya que como ha manifestado nadie había en las instalaciones. Y, por otro lado, siendo perfecta conocedora de los riesgos de la práctica de esa modalidad sin la existencia de una colchoneta, como practicante experimentada y habitual, y que sabe, como afirma, que las colchonetas en el suelo de la instalación son un elemento imprescindible, porque la caída es una "posibilidad habitual o intrínseca de este tipo de deporte", decidió probar, olvidándose de la más elemental prudencia, lo que fue la causa del lamentable accidente sufrido.

De otro lado, si la práctica de la disciplina de la escalada en bloque se produjo, además, sin la presencia de un supervisor o monitor que guiase su actividad deportiva, no se comprende que, si consideraba que no debía escalar sin recibir instrucciones técnicas de un especialista, únicamente una vez producido el accidente la solicite.

En todo caso, la doctrina del estándar razonable del servicio impide considerar que sea precisa la presencia continuada de un monitor de escalada en el rocódromo durante todo el tiempo que permanece abierta la instalación deportiva.

Si la exigencia de un determinado nivel de rendimiento del servicio, a partir del cual se delimita el estándar, ha de realizarse tomando en consideración las posibilidades de gestión y económicas reales —no utópicas ni inalcanzables— y atendiendo siempre al criterio de razonabilidad —incompatible con extender la obligación municipal a tener, en todo momento y en todas las instalaciones deportivas un monitor de cada uno de los deportes que allí se practican—, la Comisión considera que la exigencia de monitores especialistas lo sería únicamente para impartir los cursos dirigidos a la enseñanza de las diferentes disciplinas deportivas, por lo que

no considera que se haya producido una infracción de las pautas de calidad exigibles para el funcionamiento normal del servicio.

En definitiva, todo apunta, de lo narrado por **la reclamante**, que **llevó a cabo la escalada por un exceso de confianza, sin percibir ni identificar los riesgos que asumía, pese a ser plenamente consciente de los mismos, al no estar la protegida la base con una colchoneta, lo cual era perfectamente visible en el momento en que comenzó la ascensión**.

En este caso, como en el enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 28 de marzo de 2019 (JUR 2019/195924), que también versa sobre una caída en un rocódromo, la negligencia sería patente, y solamente un uso inadecuado de la instalación y la omisión de toda precaución constituiría la causa de la producción del siniestro, asumida de forma consciente y libre por la propia accidentada, que ahora reclama un montante económico por los daños ocasionados en los calcáneos de los dos pies.

De todo lo anterior se concluye que no hay título de imputación que sustente la existencia de responsabilidad patrimonial municipal, aunque, a juicio de la Comisión, no deberían colocarse presas fuera de la zona delimitada para la práctica del boulder o tolerar que se instalen por los usuarios. En este caso, **la negligencia de la reclamante rompería el nexo causa**l.

Para finalizar, es importante reseñar que **el que practica un deporte debe asumir las consecuencias inherentes al mismo y, en especial, debe tomar las precauciones exigibles a los usuarios de las instalaciones deportivas y prever lo que le puede suceder si no las sigue**.

Y aun cuando exigiéramos a la Administración el estándar de responsabilidad más elevado que pudiésemos imaginar, es evidente que los deportes, por sus propias características, implican en general una serie de riesgos, que lamentablemente se pueden materializar si los usuarios de un polideportivo evitan tomar las medidas adecuadas para prevenir su producción, sin que por el hecho de ser titular de la instalación el servicio que lo gestiona tenga que tutelar en todo momento su debido cumplimiento.

DCJA 105/2023 párr. 38 a 57

B) Estándares de funcionamiento

Esta cuestión, empero, y en lo que a los efectos de este dictamen respecta, resulta accesoria de la principal, que es la que se fundamenta en el hecho cierto de que **la rigola** —la depresión de la calzada paralela al bordillo y diseñada para recolectar el agua de lluvia que fluye a lo largo de la calle—, la zona concreta donde la reclamante se cayó, **se haya en un lugar de la vía que no es zona de paso peatonal**.

Y es que, **en el supuesto de que la obligación de mantenimiento del lugar de la caída resultara atribuible de manera diáfana al ayuntamiento, los razonamientos** más arriba descritos sobre las dimensiones de los desperfectos **resultarían únicamente de aplicación**, como decimos, **a las zonas destinadas al tránsito de los peatones, sin que dichas apreciaciones puedan trasladarse, sin más, a otras zonas que no tienen esa finalidad**. La propia reclamante determina con claridad ─y las fotografías adjuntas a los informes técnicos lo confirman─ el lugar donde se encontraba el bache o socavón: se halla en la rigola de la calzada, zona destinada al tránsito de vehículos y, más concretamente, en el tramo que constituye el paso de acceso de vehículos desde la calzada al vado de vehículos nº …, perteneciente a la Comunidad de propietarios nº … de la calle …, y que permite el acceso al garaje comunitario; dicha zona, evidentemente, no constituye zona de paso de peatones.

Siendo esto así, consideramos que **no resultaría lógico reclamar del ayuntamiento el mismo estándar de funcionamiento que el que corresponde a las aceras u otros lugares de tránsito peatonal**, pues **ello supondría elevar el estándar exigible en todo el suelo municipal a un nivel óptimo, aunque seguramente insostenible**, en tanto vendría a exigirse que el firme no pueda presentar la más mínima irregularidad.

DCJA 71/2023 párr. 46 a 48

En cuanto a la siguiente cuestión planteada, cabe recodar —como recientemente explicábamos en el Dictamen 125/2023—, que **la existencia de una autorización, un título concesional e, incluso, la titularidad privada del espacio no impide de raíz la existencia de responsabilidad municipal cuando, como aquí sucede, el espacio donde se ha producido la caída se utiliza de forma habitual como lugar de tránsito peatonal**.

Cuestión distinta es que, acreditada la titularidad privada del lugar o el incumplimiento de las obligaciones dispuestas por la autorización o el título concesional, de ser declarado responsable el ayuntamiento, **pudiera ejercer la acción de regreso contra el titular.**

Por ello, consideramos correcto el planteamiento de la reclamante, que se ha dirigido a la

Administración municipal para ser resarcida del daño causado, aunque, al tratarse de un lugar de paso para el acceso a un garaje privado, resulte de aplicación la Ordenanza reguladora del otorgamiento de licencias de paso de vehículos, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz con fecha de 22 de mayo de 2003 y, en concreto, las obligaciones impuestas al titular de la licencia para el paso de vehículos por aceras o zonas peatonales y el establecimiento de los correspondientes vados, contenidas en su artículo 18, entre ellas, la de mantener en perfectas condiciones de conservación y uso del vado y su señalización (letra a) y efectuar en el vado cuantas obras ordinarias o extraordinarias ordene el ayuntamiento (letra e).

En definitiva y sin perjuicio de que luego volvamos sobre esta cuestión desde otra perspectiva, **no puede excluirse la responsabilidad municipal** —como hace la propuesta de resolución— **por el hecho de que la caída se produjera en un vado de acceso a unos garajes privados.**

Si continuamos con el examen del caso, en primer lugar debe recordarse la constante doctrina de la Comisión: del hecho de que doña MMM pisara una arqueta en mal estado ubicada en un vado —asimismo con deficiencias— no se sigue necesariamente que la causa eficiente del daño reclamado sea el funcionamiento de la Administración.

Como es doctrina constante de la Comisión, cuando el origen del daño se atribuye a una actuación pasiva de la Administración, la imputación del daño requiere demostrar la existencia de un funcionamiento anómalo de la Administración, ya sea en el cumplimiento de los deberes de conservación o mantenimiento de la vía pública, ya sea en el cumplimiento del deber de eliminar una fuente potencial de riesgo y evitar el menoscabo que pueda ocasionar a los viandantes.

Al delimitar en el caso ese funcionamiento anormal del servicio público ha de atenderse, no sólo al cumplimiento de las obligaciones exigibles según las normas por las que se rige el servicio, sino también a la valoración del rendimiento de aquel, exigible en atención a las circunstancias concurrentes. Esto es lo que la doctrina concreta en el denominado "estándar de funcionamiento razonable".

Para considerar acreditado ese funcionamiento anormal la deficiencia detectada ha de reunir unas características que por sí mismas objetiven una situación de riesgo relevante para la seguridad en el tránsito de las personas.

Porque solo en ese caso el daño producido por la caída será antijurídico, en la medida en que el defecto y su potencial para causar un daño los hacen incompatibles con el estándar de rendimiento exigible que define el funcionamiento normal del servicio municipal de mantenimiento de las vías públicas.

A fin de analizar dicha cuestión en el caso hemos de atender a lo que traslada el expediente.

De lo instruido es relevante el informe municipal del Servicio de Infraestructuras y Mantenimiento Urbano, elaborado tras visitar el lugar el 10 de noviembre de 2021, en el que "…se apreció que la arqueta que se encuentra en parte dentro del ámbito del rebaje se movía al pisarla con un desnivel de aproximadamente 0,5 cm. Asimismo, se observa que varias baldosas en el ámbito de rebaje se encuentran deterioradas o sueltas y que el rebaje no se adecúa a la Ordenanza Reguladora del Otorgamiento de Licencias de Paso de Vehículos".

Ya se ha señalado que no es objeto de examen la actuación de los titulares del vado, pero sí es importante destacar que **tanto de las autorizaciones del vado incorporadas al expediente como del requerimiento municipal a la comunidad de propietarios** (21.03.2021) —parcialmente trascrito en los hechos— **la zona ocupada por el vado presentaba un estado de mantenimiento inadecuado.**

Así lo ratifica el citado informe municipal que implícitamente reconoce que el lugar no responde al estándar razonable, toda vez que incumple la Ordenanza reguladora del otorgamiento de licencias de paso de vehículos. Más precisamente, los artículos 13 a 16, respecto de las dimensiones, condiciones técnicas y ejecución de las obras de rebaje de bordillo, refuerzo de la acera y reposición de pavimento.

Por lo que en el marco de nuestro examen —pretensión formulada por una vecina al ayuntamiento—, a la vista de las circunstancias que traslada el expediente, se aprecia que **el ayuntamiento no exigió a los titulares del vado — durante un largo periodo— el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de conocer la inadecuación del lugar** pues el 15.11.2005 había dictado una resolución municipal sobre la renovación de la autorización del vado que determinaba que, en cinco años —a contar desde el 26.06.2003—, debían realizarse las obras precisas para que el vado cumpliera lo dispuesto en el artículo 16 de la ordenanza y, en el plazo de diez años, la totalidad de dicha norma. Hasta el 11 de marzo de 2022 no se requirió a los titulares del vado para que corrigieran la situación.

Queda, así, **acreditada una conducta omisiva del ayuntamiento que,** al no ejercer sus funciones de vigilancia sobre el cumplimiento de las condiciones de la autorización del vado**, se erige en causa del daño reclamado por cuanto dicha omisión se refiere a una zona del municipio cuya ubicación** —zona céntrica— **y dimensiones** —se trata de una acera estrecha— **cualifican la pasividad municipal y su contribución objetiva a la generación de un foco de riesgo para el paso de los peatones que**, por la morfología del lugar, **no podían sortear la confluencia del vado y las numerosas arquetas.**

En definitiva, en las circunstancias que presenta el caso, la Comisión considera que **no se ha cumplido el "estándar de funcionamiento razonable" del servicio público de mantenimiento, de tal modo que el descuidado estado de conservación del vado con una arqueta desencajada que se movía se erige en causa jurídica del daño.**

Resta indicar que, como hemos apuntado, la propuesta de resolución también incluye en su

argumentario desestimatorio la **doctrina de la Comisión sobre la dimensión de los desniveles.** Aduce que la oscilación de la arqueta (0,5 cm) —en el informe de Iberdrola 1 cm— carecería de la entidad suficiente para producir un daño antijurídico.

Pero como también hemos indicado al inicio, la responsabilidad patrimonial ha de atender al perfil que presente cada caso y, en este, la irregularidad de la arqueta se unen las demás circunstancias descritas, generadoras de un riesgo no común —por encima del habitual o tolerable en las vías públicas del municipio— con potencial suficiente para causar un daño a los transeúntes.

En efecto, de lo instruido se concluye que la reclamación no versa sobre un obstáculo fijo —una baldosa rota, una diferencia en el asentamiento, etc.— susceptible de ser evitado con un deambular atento, sino que la caída se produce en una acera estrecha sin paso alternativo en la que hay una arqueta que al pisarla se mueve por estar ubicada dentro del rebaje de un vado que se encuentra en un estado de mantenimiento deficiente —no adaptado a la normativa aplicable— respecto del que el ayuntamiento debía haber actuado para subsanar esa situación, al ser conocedor de la misma, antes de que se produjera el incidente.

Por ello **no procede aplicar la doctrina elaborada por la Comisión para casos en los que se presentan irregularidades de pequeñas dimensiones en aceras amplias, planas** —sin inclinación**—, en condiciones aceptables de mantenimiento que ofrecen a los peatones la posibilidad de evitar,** con una atención normal, **lugares en los que, por ejemplo, se concentren alcantarillas, arquetas u otros elementos del mobiliario urbano con desniveles de asentamiento o en los que haya baldosas, adoquines o el propio firme del pavimento con desperfectos**.

Si bien es claro que no cabe llevar la obligación de la Administración municipal hasta el punto de considerar que está obligada a conservar en correcto estado todas las vías públicas del municipio, sin que ningún adoquín, baldosa, arqueta o cualquier otro elemento que conforma la trama urbana pueda presentar la más mínima irregularidad, debiendo ser inmediatamente reemplazado o subsanando sin dilación alguna. En el caso analizado, **el ayuntamiento, conocedor de la existencia de una situación irregular** —pues el vado no se había adaptado debidamente a la normativa—, **actuó de forma tardía** —el expediente no permite conocer si la situación ha sido definitivamente arreglada— **y permitió un estado del vado incompatible con el funcionamiento normal del servicio público de mantenimiento y conservación de las vías públicas.**

En definitiva, acreditado el conocimiento previo del ayuntamiento sobre el desajuste del rebaje del vado a la normativa aplicable y la inactividad de la Administración municipal para corregir tal inadecuación y rebajar a niveles normales el riesgo de accidentes, la Comisión aprecia la existencia de responsabilidad municipal al concurrir un daño antijurídico.

DCJA 135/2023 párr. 40 a 61

En cualquier caso, si bien asumimos que resulta irrazonable considerar que la obligación de la Administración municipal de conservar en correcto estado todos los paseos del municipio alcanza a que ningún adoquín, baldosa, arqueta o cualquier otro elemento que conforman la trama urbana pueda presentar la más mínima irregularidad, debiendo ser inmediatamente reemplazado o subsanado sin dilación alguna, **en este caso no debemos limitarnos a juzgar las dimensiones del desperfecto porque es fundamental analizar el segundo parámetro que hemos expuesto, si era exigible con anterioridad a la caída una reacción municipal**.

Consta en el expediente, consultada la base de datos de la Policía Local, que en el periodo de 1 de agosto de 2019 al 31 de agosto de 2020 se realizaron una serie de intervenciones relacionadas con posibles accidentes en la calle … nº … y sus alrededores.

Excluyendo las que no identifican de forma precisa el lugar de la intervención o refieren un lugar que debe descartarse, lo cierto es que, con escasa antelación al accidente del reclamante, consta la caída en la calle … nº …, y a la entrada del vado nº …, el día 21 de octubre de 2019 de doña MMM, y poco después, el día 7 de mayo de 2020, de doña BBB.

De otro lado, examinadas las fichas de la base de datos del buzón ciudadano del ayuntamiento se extrae que, con anterioridad a la caída del reclamante, una persona solicita la reparación de las baldosas rotas existentes en la calle … nº … el día 16 de octubre de 2019, y supuestamente se procede a su reparación el 25 de octubre de 2019. Otras dos fichas parecen dar cuenta de lo sucedido al interesado, al mencionar que hay tres baldosas sueltas y rotas que han causado la caída de un familiar de la comunicante con resultado de rotura del fémur, que son de los días 7 de febrero de 2020 y 5 de marzo de 2020, solicitándose la reparación urgente de la zona.

En esta última ficha figura que, al tratarse de una zona de vado de vehículos, en aplicación del artículo 18 de Ordenanza reguladora del otorgamiento de licencias de paso de vehículos se va a requerir de sus titulares la reparación de los desperfectos.

De forma concordante, se ha aportado al expediente el Decreto de la Concejala del Departamento de Movilidad y Espacio Público, con registro de salida de 19 de mayo de 2020, por el que se requiere a la Comunidad de propietarios del garaje de la calle … nº … para que repare en el plazo de un mes las baldosas hundidas y deterioradas en el acceso al garaje.

De tal relato de hechos, debidamente probados**, cabe reseñar que existía una denuncia sobre el estado de la zona el 16 de octubre de 2019 y un informe policial que daba cuenta de una caída el 21 de octubre de 2019**.

Aunque en el primer caso la ficha señala que se procede a su reparación, lo cierto es que **el 4 de febrero de 2020 la zona sigue mostrando grietas y hundimientos en las baldosas**. En el segundo caso, nada se especifica sobre las actuaciones emprendidas con motivo de la

caída que se produjo el 21 de octubre de 2019, que tuvieron que ser inexistentes al persistir los defectos.

A ello se añade que las demandas de reparación efectuadas una vez producido el accidente del reclamante, dieron curso a un requerimiento de reparación dirigido a la Comunidad de copropietarios del garaje del nº … de la calle …, con registro de salida del ayuntamiento de 19 de mayo de 2020, sin que se sepa más sobre su resultado, si tal requerimiento fue finalmente debidamente notificado a su destinatario y, lo que es más importante, si ha sido atendido en plazo o ha debido procederse a la ejecución subsidiaria, ya que nada se alega en el informe emitido por la Unidad de Mantenimiento Urbano.

A la vista de las circunstancias concurrentes, cabe concluir que **el ayuntamiento, consciente de la existencia de una situación objetivamente peligrosa para el deambular de los transeúntes, ha actuado, pero** lo ha hecho **de forma tardía, incluso se ignora si ha sido de forma efectiva, sin que se sepa si se ha corregido la situación del vado cuyo estado resulta incompatible con las exigencias de seguridad que se deben preservar para evitar accidentes**.

Por tanto, lo único acreditado es que el propio ayuntamiento ha considerado que el vado es —por su estado— un foco de riesgo —cuya reparación ha demandado a los copropietarios del garaje—, y podemos concluir que también lo era cuando se materializó la caída del reclamante —teniendo noticia el ayuntamiento de su estado peligroso al haberse producido previamente otra caída y habiendo sido reclamada por los vecinos su reparación—.

Si, como es doctrina de la Comisión, la exigencia de un determinado nivel de rendimiento del servicio a partir del cual se delimita el estándar ha de realizarse tomando en consideración las posibilidades de gestión y económicas reales —no utópicas ni inalcanzables— y atendiendo siempre al criterio de razonabilidad — incompatible con extender la obligación municipal a tener, en todo momento y en todo el término municipal, todas las vías urbanas en perfecto estado—, **la Comisión considera que,** en este caso, **la nula actividad desplegada por el ayuntamiento, pese a tener conocimiento del estado del vado y de la existencia de un riesgo cierto de caída de los viandantes, le llevan a considerar que se han infringido las pautas de calidad exigibles para el funcionamiento normal del servicio**.

Todo lo expuesto lleva a la Comisión a considerar que en este caso **concurre el requisito de la antijuridicidad del daño al haber quedado acreditado un funcionamiento anormal del servicio, por debajo del estándar razonable de funcionamiento exigible**.

Por ello ha de concluirse la concurrencia en la reclamación que se examina del nexo de causalidad invocado y de la antijuridicidad de los daños sufridos, lo que determina el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial pretendido por don EEE.

DCJA 136/2023 párr. 45 a 58

En este caso, el informe de la Unidad de Gestión de Residuos del ayuntamiento da cuenta de la forma en que se presta el servicio municipal de limpieza en este punto, a través de empresa contratada a tal fin, de modo que, según se explica:

> La calle … se encuentra situada dentro del polígono industrial de … y, por lo tanto, se limpia mediante las actividades específicas contratadas para estos polígonos con sus respectivas frecuencias. El día 22 de julio de 2020, en la calle …, no se prestó limpieza de ningún tipo.
>
> (…)
>
> Incluido en el Pliego de Prescripciones Técnicas que rigen el contrato de limpieza y recogida de residuos, el artículo 20 describe la actividad denominada "Barrido en brigada" que es la actividad que se tiene que prestar en las zonas industriales de la ciudad. Básicamente se trata de una limpieza superficial, ya que, por tratarse de superficies muy amplias, el equipo tiene como misión principal la limpieza global de las mismas.
>
> La frecuencia de prestación de esta actividad es de 1 vez cada 7 días.

Para determinar el estándar mínimo exigible al servicio público de limpieza de las vías públicas urbanas ha de valorarse la ubicación y circunstancias de la propia vía, **ya que la diligencia exigible al ayuntamiento será mayor, por ejemplo, en zonas muy transitadas que en aquellas con escasa afluencia de gente o no destinadas al paso de personas.**

En tal sentido debe tomarse en consideración que **el accidente se produjo**, como indica la propuesta de resolución**, en la acera de un polígono industrial** — polígono de …—, caracterización que asume asimismo don AAA en su escrito de reclamación.

La exigencia de un determinado nivel de rendimiento del servicio, a partir del cual se delimita el estándar, **ha de realizarse tomando en consideración las posibilidades de gestión y económicas reales** —no utópicas ni inalcanzables— **y atendiendo siempre al criterio de razonabilidad** —incompatible con extender la obligación municipal a tener, en todo momento y en todo el término municipal, todas las vías urbanas en perfecto estado—.

Siendo así, la Comisión considera que, en este caso, no se han infringido las pautas de calidad exigibles para el funcionamiento normal del servicio.

La concurrencia en las aceras de residuos caídos de forma natural de los árboles —hojas y resina son los únicos residuos en la acera que denuncia el reclamante— **acompaña de forma inevitable al plantado de estos en las ciudades**.

Siendo así, resulta inalcanzable la prestación de un servicio que conserve la acera limpia de este tipo de elementos y **no resulta irrazonable**, sino al contrario, **someter la limpieza de zonas industriales de la ciudad** —con un tránsito de peatones más reducido— **a parámetros singulares de menor frecuencia que los aplicados en otras áreas,** sin que pueda esta Comisión concluir que los aplicados en este caso —la frecuencia de 1 limpieza cada 7 días que garantiza el ayuntamiento— resulten inadecuados.

DCJA 141/2023 párr. 34 a 40

C) Título de imputación

A la vista de lo instruido en el expediente, ciertamente parece existir una coincidencia en el lugar en el que se realizó la zanja municipal y se detectó la avería en el cable, pero no hasta el punto de poderse asegurar con certeza que fueron los operarios de la brigada municipal los que dañaron el cable de alta tensión, a la vista de su mal estado en general y el punto en el que se encuentra quemado, y al lapso de tiempo existente entre ambos sucesos, sin que un informe técnico permita sostener lo contrario.

(…

En primer lugar**, el desconocimiento y la falta de constancia por parte del ayuntamiento de la existencia de un cable de alta tensión** que discurriera por debajo de la tubería de abastecimiento de agua, **en una zona de dominio público**.

Como viene sentando la jurisprudencia, "entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél, por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que —válidas como son en otros terrenos— irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2002, RJ 2002\6292).

Según esa misma línea jurisprudencial, la consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquellos que comportan fuerza mayor —única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente—, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de esta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

Pues bien, en este caso, **efectuadas por la brigada municipal de obras las comprobaciones previas**, tras consulta con INKOLAN, S.A. —empresa dedicada a suministrar planos de redes de agua, gas, electricidad y telecomunicaciones—, **e ignorante de la existencia de tal cable, propiedad de la empresa reclamante,** que es la que lo habría instalado**, no le puede ser imputado el resultado dañoso** en el caso de que imperceptiblemente lo picara al reparar la llave de corte.

Como se afirma en el informe del servicio técnico municipal, "esa línea eléctrica de alto voltaje no puede transcurrir por suelo municipal sin ningún tipo de protección ni de señalización y sin estar inventariada como servicio existente. Esto es, primeramente, un riesgo inadmisible para los posibles trabajos que se realizan en la vía pública y por otro lado hace imposible tomar unas medidas que eviten dañarlas".

DCJA 113/2023 párr. 32 a 41

Definido el periodo temporal que abarca la reclamación, procede formular **una consideración inicial respecto a la imputabilidad de los daños a la Administración de la Comunidad Autónoma en el intervalo temporal correspondiente a la vigencia del segundo estado de alarma** —declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre—, intervalo que incluye desde el 25 de octubre de 2020 a 9 de mayo de 2021

Se trata de una consideración que encuentra su fundamento en pronunciamientos del Tribunal Supremo como el contenido, entre otros, en el Auto nº 3800/2023, de 12 de abril de 2023, de la Sala Tercera (JUR 2023\168228), dictado en relación con una cuestión de competencia procedente de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, derivada de un recurso interpuesto por una sociedad mercantil contra la desestimación presunta de la reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados a dicha sociedad como consecuencia de la declaración del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo —la reclamante había presentado sendas reclamaciones ante la Administración del Estado y ante la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León—.

En primer lugar, **dicho auto declara la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para el conocimiento y resolución del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil, en cuanto se refiere a los daños derivados de los reales decretos de declaración del estado de alarma y sus prórrogas.** Se pronuncia, así, en los siguientes términos:

> PRIMERO.- Esta sala ha considerado con reiteración que la declaración de estado de alarma del artículo 116.2 CE, tiene la forma de un Decreto acordado en Consejo de Ministros, pero no es ejercicio de la potestad reglamentaria para la ejecución de las leyes

[artículo 5 h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno] sino un acto de relación entre el Gobierno y las Cortes Generales del Título V de la Constitución con valor de ley –en el que tiene su sede el artículo 116.2 de la misma- que por su naturaleza se dirige para su control inmediato por el Congreso de los Diputados- "reunido inmediatamente al efecto", como expresa el artículo 116.2 CE-.

De manera que aunque tal declaración del estado de alarma revista la forma del Real Decreto del Consejo de Ministros, atendida la intervención del Congreso de los Diputados, tiene un innegable contenido normativo y unos efectos jurídicos de tal naturaleza que debe entenderse que es una decisión o disposición con rango o valor de ley, equiparándose, a estos efectos, a las leyes, cuya aplicación puede incluso suspender durante su vigencia.

Por eso, pese a acordarse por Real Decreto adoptado en Consejo de Ministros, se diferencian de las actuaciones administrativas que pueden ser controladas normalmente en este orden contencioso-administrativo, conforme a los artículos 1 y 2 de la LJCA, en cuanto resulta manifestación de una actuación del Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración.

De esa caracterización jurídica deriva la entrada en juego del artículo 92.1 de la Ley 39/2015, que dispone que, en el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán "por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga", refiriéndose este artículo 32.3, precisamente a la llamada responsabilidad del Estado legislador.

Por consiguiente, es de aplicación el artículo 12.1 a) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, a cuyo tenor "la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones del Consejo de Ministros y de las Comisiones Delegadas del Gobierno".

En segundo lugar, y en cuanto a los actos y disposiciones dictados por las comunidades autónomas en virtud de la delegación efectuada por las declaraciones del estado de alarma, aprecia el Tribunal Supremo que "Una interpretación integradora de las reglas sobre competencia objetiva previstas en la Ley Jurisdiccional permite deducir que la competencia objetiva en los casos en que hayan de fiscalizarse decisiones sobre responsabilidad patrimonial adoptadas por diferentes Administraciones, pero fundadas en igual causa de pedir, entendida esta causa como el dato fáctico determinante de la reclamación, ha de corresponder al órgano jurisdiccional competente para fiscalizar el acto dictado por la Administración de mayor ámbito territorial".

Ello en base a que, según refiere dicho auto en su razonamiento jurídico segundo, **dichos actos y disposiciones han sido precisamente dictados en virtud de delegación y no de transferencia competencial —**siendo cuestión distinta que se cumplieran o no los requisitos sustantivos y procedimentales de tal delegación— y deben, por tanto, entenderse "dictados por

el órgano delegante, que es el Consejo de Ministros, lo cual, una vez más, residencia la impugnación jurisdiccional que nos ocupa ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo".

Finaliza el auto con la siguiente declaración:

> Esta conclusión que hemos alcanzado sobre nuestra competencia no se ve desvirtuada, en el caso presente, por las alegaciones de la recurrente en el sentido de que su reclamación indemnizatoria no se formula por el cauce de la llamada responsabilidad patrimonial del Estado legislador.
>
> En todo caso, el dato cierto es que la recurrente plantea su reclamación, de forma bien clara, en petición de indemnización por los perjuicios que dice haber sufrido a consecuencia del cierre de su actividad empresarial como consecuencia del Real Decreto 463/2020 y las sucesivas normas derivadas del mismo, dictadas por el Consejo de Ministros o bien por las autoridades delegadas del Consejo de Ministros; por lo que la competencia para resolver sobre esta pretensión indemnizatoria en vía administrativa corresponde al Consejo de Ministros, con la derivada competencia jurisdiccional de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En sentido análogo se ha pronunciado la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) en fechas recientes, con el dictado de varios autos que declaran su incompetencia para conocer los recursos contencioso-administrativos contra la desestimación presunta de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados con motivo de las medidas sanitarias adoptadas por la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, por corresponder su conocimiento a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En relación con la propia reclamación que nos ocupa, en el recurso presentado por Sucesores de Urbistondo, S.L. el día 27 de marzo de 2023 contra la desestimación presunta de la reclamación formulada ante el Gobierno Vasco, la Sala acuerda, mediante Auto nº 48/2023 de 30 de junio de 2023, declarar su incompetencia y la remisión de las actuaciones, junto con el expediente administrativo, a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

En definitiva, **el criterio jurisprudencial es claro al ubicar en el Estado la competencia concernida de forma que, en coherencia con el mismo, no puede apreciarse que se dé respecto a los daños alegados la imputabilidad requerida a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi**, correspondiendo como ha quedado dicho al Consejo de Ministros la competencia para resolver sobre esta pretensión indemnizatoria en vía administrativa.

No cabe, en consecuencia, sino concluir que **la Administración de la Comunidad Autónoma no es competente para conocer del procedimiento de responsabilidad patrimonial respecto a los daños derivados de las restricciones y limitaciones adoptadas por el**

Lehendakari en el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2020 y el 9 de mayo de 2021 como autoridad competente delegada del Gobierno de la Nación, en los términos establecidos en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

El departamento consultante deberá trasladar la resolución que emita, además de a la interesada, a la Administración competente, junto con el expediente administrativo.

En las reclamaciones a examinar en el futuro, en que la pretensión verse sobre daños acaecidos en este periodo de tiempo, el departamento actuante podrá adoptar, respecto a aquella, resolución de inadmisión con fundamento en la doctrina jurisprudencial expuesta —que excluye la imputabilidad de los daños a la Administración de la Comunidad Autónoma— y con arreglo a lo expresado por la Comisión en el presente dictamen. Deberán en este supuesto remitirse directamente las actuaciones a la Administración del Estado, con notificación de esta circunstancia a los interesados.

DCJA 134/2023 párr. 59 a 70

IV. Responsabilidad patrimonial por sectores

A) Función pública

La parte reclamante basa su reclamación en que el retraso en su jubilación voluntaria se debe a la falta de cotización por parte del Departamento de Seguridad en el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 1988 y 1 de junio de 1997.

Según pone de manifiesto, ha prestado servicios retribuidos con la categoría profesional de ertzaina desde el día 8 de julio de 1985. El día 31 de agosto del 2020 cumplió los 59 años de edad y **presentó solicitud para poder disfrutar de su jubilación anticipada** con efectos del 30 de marzo de 2021, dado que, a tenor de la antigüedad que tenía en la Ertzaintza, cumplía con el requisito de llevar "35 años o más de actividad efectiva y cotizaciones en el Cuerpo de la Ertzaintza".

Sin embargo, **dicha solicitud fue denegada** por Resolución del INSS de 10 de febrero de 2021 **por no acreditar 35 o más años de cotización efectiva en la Ertzaintza.**

Según refiere, contra dicha resolución interpuso reclamación previa al entender que **la denegación venia motivada por un periodo en el que permaneció excluido de la Ertzaintza como consecuencia de una sanción de separación del servicio, que fue posteriormente**

anulada por Sentencia del TSJPV de 7 de marzo de 1997.

En sus palabras, la indicada sentencia, no solo anuló la sanción impuesta, sino que generó el derecho a que fuera considerado como tiempo "efectivamente trabajado a todos los efectos laborales" el tiempo que el reclamante permaneció injustamente fuera de la Ertzaintza y que fue desde el 29/07/1988 al 1/06/1997, lo que también debió implicar la obligación de tener que llevar a cabo su alta y oportuna cotización en la Seguridad Social.

Por parte del INSS, en Resolución de 10 de junio de 2021, se manifiesta que, "respecto al período alegado y reconocido por Sentencia de 29/07/88 a 01/06/1997, no constan como cotizados aquellos períodos por parte del Gobierno Vasco como trabajador del Cuerpo de la Ertzaintza, por lo que nos encontraríamos ante un posible supuesto de responsabilidad empresarial, cuyo alcance e imputación deben se fijados judicialmente" (art. 167 del Texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

El reclamante expone que, frente a dicha resolución, interpuso reclamación ante el Juzgado de lo Social n° 2 de Bilbao. Dentro de ese procedimiento se tuvo acceso al expediente tramitado por la propia Seguridad Social, la cual recoge un informe de sus servicios jurídicos de fecha 04/06/2021 que señala:

> QUINTO. - Si computamos el período que está reconocido por sentencia, hasta la fecha en la que solicita los efectos de la jubilación 30/09/2021, sí cumpliría los 35 años de actividad efectiva en el cuerpo de la Ertzaintza para causar derecho a la pensión de jubilación anticipada a los 59 años de edad.
>
> Sin embargo, si acudimos a la vida laboral del trabajador y a las cotizaciones realizadas en tales años (de 1988 a 1997) no constan como cotizados aquellos períodos por parte del Gobierno Vasco como trabajador del Cuerpo de la Ertzaintza. Razón por la que este letrado entiende que debe desestimarse la reclamación previa, para que en el proceso judicial oportuno se acuerde la responsabilidad patrimonial correspondiente.

Unido a lo anterior, el reclamante detalla que en el proceso judicial, en la vista celebrada el 30 de marzo de 2022, el abogado del INSS indicó que una vez que el trabajador había seguido trabajando durante ese año, dadas las fechas — estaba próximo a cumplirse el año—, al demandante le resultaba más beneficioso desistir del procedimiento y jubilarse una vez que cumpliera con el mínimo de años, por cuanto que la cuantía de la pensión iba a ser algo mayor. Derivado de lo anterior se suspendió la vista a la espera de los datos del INSS, desistiendo finalmente el reclamante, que se jubiló voluntariamente el 27 de julio de 2022.

Por su parte, **el Departamento de Seguridad manifiesta que se han ejecutado las Sentencias del TSJPV** de fecha 27 de enero de 1993 y 7 de marzo de 1997 invocadas por el propio interesado en la reclamación presentada.

Así, por Resolución del Viceconsejero de Seguridad de fecha 20 de diciembre de 1994 se autorizó **el abono de la cantidad determinada en concepto de indemnización** en la cantidad de 7.225.898 pesetas.

Según particularizan, la indemnización se refería a **las cantidades que hubiera debido percibir durante el periodo comprendido entre el 2 de julio de 1988 hasta la finalización del periodo de prácticas, el 22 de abril de 1993**: "Siendo la cantidad resultante doce millones noventa y unas mil ciento veintinueve pesetas brutas (12.091.129), cantidad de la que se deducen por Orden de la Providencia Judicial de fecha 23 de noviembre de 1994, 4.865.231 pesetas, por lo que se le abonan 7.225.898 pesetas, lo que se consuma en las nóminas de febrero y marzo de 1995, en las cuales queda reflejado tanto el abono de la indemnización como el abono las cotizaciones que se han realizado, tal y como constata la documentación obrante en el expediente".

Por otra parte, expone que por Resolución del Viceconsejero de Seguridad de 16 de mayo de 1997 **se ejecutó la Sentencia** del TSJPV de 7 de marzo de 1997, **readmitiendo** a don PPP **como funcionario en prácticas, reconociendo el derecho a percibir las cantidades que debió de percibir desde la fecha de la sanción efectiva** (23 de abril de 1993) **y hasta la fecha en la que se produjo la readmisión** (1 de junio de 1997).

La propuesta de resolución del departamento precisa que "en relación con la ejecución de la citada resolución debe señalarse que **en la nómina de los meses de abril y mayo de 1998, se abonaron al interesado las cantidades referidas anteriormente con las cotizaciones a la Seguridad Social** que fueron realizadas tal y como se puede constatar en las nóminas que se adjuntan al expediente al que da lugar la presente orden".

Derivado de todo lo anterior, el Departamento de Seguridad manifiesta que, consultada la base de datos de la nómina de la Ertzaintza, al recurrente, en las nóminas de febrero y marzo de 1995, se le abonó la cantidad de 7.225.898 pesetas con las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social por el periodo (1/8/1988 al 22/4/1993). Asimismo, en las nóminas de abril y mayo de 1998 se le abonó la cantidad de 7.964.699 pesetas con las cotizaciones que en las mismas se observan por el periodo comprendido entre el 23/4/1993 y el 1/6/1997.

Con estos antecedentes, en el presente caso la Comisión, respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por don PPP, no puede sino compartir las conclusiones manifestadas por el Departamento de Seguridad, por las razones que a continuación se exponen.

Por una parte, **debemos partir del hecho de que, ante la solicitud inicial de jubilación anticipada, el INSS y sus servicios jurídicos estiman que en la vida laboral del trabajador no constan como cotizados por el Departamento de Seguridad como ertzaina los periodos reclamados entre los años 1988 a 1997.**

Si bien, por otra parte, el Departamento de Seguridad alega en el expediente el abono en las nóminas de febrero y marzo de 1995 de un importe de 7.225.898 pesetas correspondiente al periodo de 1 de agosto de 1988 al 22 de abril de 1993. Además del realizado en las nóminas de abril y mayo de 1998 por un importe de 7.964.699 pesetas, referidas al periodo comprendido entre el 23 de abril de 1993 y el 1 de junio de 1997.

Ante la citada discrepancia sobre la ausencia de cotización que se manifiesta, el interesado interpuso demanda en materia de jubilación contra el Departamento de Seguridad, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social a los efectos de determinar la responsabilidad en orden a las prestaciones, regulada en el artículo 167 del Texto refundido de la Ley general de la seguridad social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Según el mismo, la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de las prestaciones, previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance, que deberá fijarse judicialmente.

No obstante, una vez planteada la demanda, mediante Decreto 541/2022 el Juzgado de lo Social nº 2 de Bilbao **se decreta el desistimiento voluntario del actor de la misma**. Ello ha derivado en la terminación anticipada del proceso sin pronunciamiento sobre la atribución de la responsabilidad por el incumplimiento, accediendo a la jubilación en la fecha propuesta por el INSS, es decir, el 8 de junio de 2022, por resultar más beneficiosa en dichas circunstancias al interesado.

Ahora bien, **esta falta de resolución del procedimiento judicial**, que es el que hubiera permitido delimitar los hechos acaecidos y responsabilidades existentes, **nos deja en la incertidumbre de lo que realmente sucedió**. Y, por tanto, de **si las cuotas fueron realmente ingresadas, pero, por diversos motivos, no han sido debidamente computadas o**, por determinadas circunstancias, **no fueron realmente abonadas**.

Así las cosas, **no podemos dar por acreditados los hechos que sustentan la reclamación ya que sobre los mismos existe una controversia no resuelta por los cauces adecuados**. En definitiva, no ha sido posible determinar, en el caso de que existiera, el alcance del posible incumplimiento en el abono de las cotizaciones atribuible al Departamento de Interior.

Hipotéticamente, cuando se produce un incumplimiento que genera la responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social, cabe sumar la responsabilidad patrimonial para la reparación íntegra del daño que pueda haberse generado. No obstante, la base de la misma, como la de cualquier otra reclamación, debe estar sustentada en una realidad fáctica cierta que permita analizar la posible existencia de antijuridicidad en la actuación u omisión administrativa, correspondiendo a la parte reclamante su acreditación.

Si bien, en el presente supuesto no ha sido posible acreditar los hechos que han podido generar el perjuicio ocasionado, lo que impide la apreciación de la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el perjuicio soportado.

DCJA 174/2023 párr. 29 a 52

Expuesta la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por anulación de actos administrativos se observa, como se ha indicado, que **la propuesta de resolución vincula la antijuridicidad a la anulación de la "inicial denegación presunta"**, en referencia al silencio negativo que operó ante la reclamación formulada en septiembre de 2020 y que fue el objeto del recurso de alzada estimado. **Un acto presunto** que, como tal**, no es anulado en puridad** —**nos hallamos**, como es sabido, **ante una ficción jurídica**— **y difícilmente puede someterse al enjuiciamiento del parámetro de razonabilidad que propugna la jurisprudencia.**

Lo cierto es que, en el caso, **el cuestionamiento de la capacitación del docente se remonta al inicial informe de la Inspección**. En un contexto en el que **se carece de un procedimiento reglado dirigido al reconocimiento de esa capacitació**n, **el informe ha provocado de facto consecuencias equivalentes a una declaración administrativa que denegara aquella**.

La carencia de un procedimiento ad hoc —puesta de manifiesto en los informes emitidos tanto por la Inspección educativa como por la Asesoría jurídica departamental— propicia un escenario en el que **el parecer técnico expresado en el informe de la Inspección se esgrime por el centro docente privado como causa de despido, extinguiendo así la relación laboral**. Sin embargo, se trata de **un informe, para cuya emisión se habría oído a don III, pero que en cuanto tal no se ajusta en su producción a las reglas básicas del procedimiento, ni se acompaña de las garantías exigibles**, siendo así que es innegable la afección para el interesado, que sin embargo no accede a él.

En todo caso, cabe analizar aquella primera declaración de la Administración educativa desde parámetros de racionalidad, toda vez que es el informe inicial de la Inspección el que se pronuncia sobre la falta de capacitación de don IML y constituye el origen del perjuicio que este alega.

La clave del debate sobre su capacitación reside en el cumplimiento por parte del reclamante **del artículo 3.2.b) del Real Decreto 860/2010**, de 2 de julio. Este precepto dispone que la **experiencia docente o la formación de educación superior adecuada para impartir el currículo de la materia** podrá acreditarse, entre otros procedimientos**, mediante** "b) **Certificación académica personal**, en la que conste haber superado al menos 24 créditos o créditos ECTS de formación, o en el caso de no figurar créditos, dos cursos académicos en cualesquiera estudios universitarios

oficiales, de materias relacionadas con la formación que se desea acreditar. A estos efectos, los créditos de formación podrán ser utilizados para acreditar la formación inicial para impartir diferentes materias".

Es este extremo el que entiende el informe inicial de la Inspección —y corroboran los informes posteriores— que no cumple el reclamante. No se ofrecieron, sin embargo, mayores razones para sustentar la conclusión, que se limitó a enunciar que únicamente resultaban acreditados 18 de los 24 créditos exigidos.

No hay razones en el informe —ni desglose alguno que identifique el origen del cómputo decidido—, sin dudar de que pudiera haberlas, como cabe presumir a la vista de que se manejó y examinó la documentación aportada, además de haberse **solicitado la intervención de un asesor de Berritzegune** que colaborara al efecto.

Posteriormente, en el informe que la Inspección elabora a 31 de enero de 2022, se da razón del cómputo. Admitidos los 18 créditos correspondientes a las asignaturas de Análisis Demográfico e Historia de las Ideas Políticas, la cuestión se centra en la valoración de los 9 créditos que corresponden a la asignatura de "Historia Política y Social Contemporánea".

El informe se muestra favorable a su aceptación, si bien se indica que debe aportarse el programa de dicha asignatura y verificarse que sus contenidos se corresponden con el currículo de ESO. Una cuestión que estima debe clarificarse a la vista de la divergencia en el número de créditos entre los documentos aportados por el interesado —entre la certificación académica (9 créditos) y el programa (6 créditos)—.

La resolución del recurso de alzada acoge la tesis de don III, y reconoce su capacitación, al entender que la consideración de los 9 créditos en liza es resultado necesario del contraste entre la certificación académica personal aportada y el plan de estudios de Licenciado en Sociología, homologado por el Consejo de Universidades mediante Acuerdo de su Comisión Académica de fecha 10 de junio de 2002, publicado por Resolución de 12 de septiembre de 2002, de la Universidad Pública de Navarra (BOE de 5 de noviembre). Además, la discrepancia documental detectada resultaría, a su juicio, irrelevante, puesto que bastaría la suma de 6 créditos para superar el mínimo de créditos exigido.

Dicho, en otros términos, confirma la capacitación del reclamante con los elementos de juicio de que ya disponía la Administración desde el inicio de su intervención, en que negó aquella, en un proceder que no cabe acoger desde parámetros de razonabilidad.

La objeción inicial —por lo menos la plasmada en el informe de 31 de enero de 2022 de la Inspección— se hallaría más vinculada a las dudas que parece suscitar la autenticidad del programa de la asignatura "Historia Política y Social Contemporánea" aportado por el interesado, y no tanto a su relación con la materia de "Geografía e Historia", que se reconoce.

Sin embargo, es la propia Administración educativa la que, en su resolución última, estima innecesaria cualquier aportación documental adicional para, tal y como hace, concluir que el docente ostenta la capacitación discutida.

Junto a lo ya expresado, es subrayable en el caso el tiempo que ha llevado a la Administración revisar su actuación inicial y, destacadamente, dar respuesta al escrito de reclamación presentado por el interesado. Planteada esta en septiembre de 2020, no obtiene respuesta hasta la estimación el 14 de febrero de 2022 del recurso de alzada formulado contra su desestimación presunta.

La falta de respuesta a la reclamación de 17 de septiembre de 2020 y la prolongación de la resolución del recurso de alzada son extremos acreditados, que han llevado al ahora reclamante a interponer recurso ante la jurisdicción contenciosa a fin de obtener contestación a su pretensión.

La demora merece una especial consideración a la vista de los intereses en juego, conocidos por la Administración, en cuanto a la repercusión directa en las opciones profesionales y laborales de don III.

En definitiva, valoradas todas las circunstancias, considera la Comisión que **el reclamante no debe soportar las consecuencias de la actuación de la Administración, que niega de inicio su capacitación parar terminar por reconocerla tras un camino en el que don III acciona, frente a la falta de respuesta, sucesivos recursos en sede administrativa y jurisdiccional.**

En lo que se refiere a la existencia del nexo causal, deviene necesariamente acreditada tras lo argumentado en los apartados precedentes. Se puede afirmar que el origen del daño se sitúa en la inicial apreciación de la falta de capacitación de don III para impartir la asignatura de Geografía e Historia, junto a la dilación en la resolución de la reclamación y recurso de alzada interpuestos al respecto.

Existe una relación directa entre el tales hechos y la situación jurídica resultante —la imposibilidad de ejercer la docencia de la asignatura—, **lo que acarrea un detrimento patrimonial** —la ausencia de retribución— **que el reclamante no debe soportar**.

DCJA 191/2023 párr. 73 a 91

B) Servicios sanitarios

Por la falta de consentimiento

Una vez expuestas la posición del reclamante —con el apoyo en el informe pericial que acompaña— y las explicaciones ofrecidas por los servicios de Osakidetza especializados en la materia concernida, los de Neuroftalmología —con base en la literatura científica de la que deja constancia en su informe— y Neurocirugía, junto con el pronunciamiento de la Inspección Médica en relación con el caso planteado, vemos que **la cuestión que debe ser resuelta, en cuanto a la principal alegación del reclamante —la ausencia de consentimiento informado— consiste en dictaminar si la Neuropatía Óptica Isquémica Posterior que sufrió don JJJ constituye o no una "lesión del nervio óptico o quiasma (causal)", riesgo este que efectivamente se halla recogido en el consentimiento informado que fue firmado por el paciente.**

Se trata, por tanto, **de una cuestión eminentemente técnica** y, por ello, procede recordar que, según se ha indicado, para determinar si un acto médico se ajusta o no a la lex artis ad hoc se precisa un análisis técnico médico que han de llevar a cabo personas debidamente cualificadas, análisis técnico en el que, por obvias razones de especialización y competencia, tienen especial relevancia los informes de los servicios que prestaron la asistencia cuestionada y el informe de la Inspección Médica.

En este caso, en que **ha intervenido** también **un perito en apoyo de la pretensión de la parte reclamante, cabe reparar en que su designación es de parte, por lo que, sin desdeñar su pericia, a priori, no está dotado de mayor garantía de imparcialidad que la que cabe atribuir al informe de la Inspección Médica**, cuya fuerza de convicción proviene de que el médico inspector actúa en el ejercicio de funciones públicas y con independencia de los intereses de las partes, sin que concurran razones para cuestionar su objetividad y su capacidad profesional.

Los informes de los servicios médicos concernidos son claros en cuanto a entender que el incidente de Neuropatía Óptica Isquémica Posterior que sufrió el reclamante es una lesión del nervio óptico y que, como tal, viene recogida en el consentimiento informado que firmó don JJJ, conclusión **avalada por el informe de la Inspección Médica,** que afirma que la asistencia recibida por el reclamante es conforme a la lex artis.

Por otro lado, es indudable que el documento de consentimiento informado incluye entre los posibles riesgos la ceguera —asociada a la inflamación o úlcera de la córnea—, cosa que erróneamente niega el informe pericial de parte.

No cabe olvidar tampoco, como reitera esta Comisión en sus dictámenes (por todos, el 230/2016), que en orden a valorar la suficiencia o insuficiencia de la información que ha de proporcionarse al paciente, para que otorgue su consentimiento sin error o ignorancia que lo

desacredite o invalide, ha de estarse, por un lado, al carácter de la información —-completa, continua, escrita y esencialmente comprensible— y, por otro, a la necesidad de interpretar la exigencia legal en términos razonables, pues su aplicación con rigidez dificultaría en exceso el ejercicio de la función médica, sin excluir incluso el rechazo por los pacientes de protocolos excesivamente largos o inadecuados.

Una valoración conjunta de las afirmaciones vertidas en sus informes por los Servicios de Neuroftalmología y de Neurocirugía —responsables de la intervención quirúrgica y de la asistencia médica posterior— y del documento de consentimiento informado suscrito por el paciente e incorporado al expediente, nos lleva a considerar que **el riesgo de sufrir una lesión del nervio óptico y una ceguera irreversible de un ojo se encontraban recogidos en el documento de consentimiento informado que firmó el paciente.**

Estos riesgos se recogen en el documento de forma clara y con un lenguaje sencillo y comprensible para cualquier persona que carezca de conocimientos médicos especializados, siendo irrelevante a efectos de conocer los posibles riesgos de la intervención que el consentimiento informado identifique —como parece pretender la reclamación— las distintas circunstancias médicas que pueden provocar estos posibles daños.

No cabe entender, por tanto, como afirma la reclamación, **que se haya dado un incumplimiento por parte de la Administración sanitaria de su deber de informar**, ni una falta de prestación del consentimiento informado por don JJJ, que constituyan un funcionamiento anormal del servicio sanitario que la Administración ha de indemnizar.

DCJA 172/2023 párr. 51 a 59

Por la pérdida de oportunidad

Ese retraso diagnóstico evidencia un funcionamiento del servicio sanitario que ha permitido la instauración tardía del tratamiento oportuno, cuyas consecuencias exactas, en este caso, desconocemos. Aunque contamos con lo expresado por la inspectora en su informe, en cuanto a que, "De haberse realizado con mayor prontitud, podría haberse diagnosticado varios meses antes, (4 meses antes si se hubiera realizado la petición de TAC de manera urgente). En ese caso, se hubiera acelerado el proceso de tratamiento, y es posible que la progresión de la enfermedad hubiera sido algo más lenta".

Lo cierto es que el expediente traslada que, con una sintomatología presentada por don FFF durante un periodo muy prolongado de tiempo y sin respuesta a los tratamientos con broncodilatadores instaurados, desde que se le derivó el 2 de febrero de 2018 por atención primaria al Servicio de Respiratorio con las mismas manifestaciones clínicas —con síntomas ya desde

unos meses antes— hasta que se solicitó por ese servicio la prueba diagnóstica concluyente de la TAC (el 22 de octubre de 2018) transcurrió más de nueve meses. Y desde que esa solicitud de TAC se produjo —sin carácter preferente, pese al tiempo transcurrido sin diagnóstico y con persistencia de síntomas— hasta que se practicó y se conocieron en consulta los resultados (14 de febrero de 2019) se suma un retraso de casi cuatro meses más.

No se ha cuestionado, con los datos de que disponemos, que esa sintomatología respondía a la dolencia finalmente diagnosticada, por lo que **es razonable pensar que existió un retraso total de más de un año en el diagnóstico e instauración de tratamiento para combatir una enfermedad que cuenta con unos elevados índices de supervivencia:** la inspectora ha trasladado que, según la bibliografía científica, en este tipo de tumores hay una supervivencia del 82 % a los 5 años si se realiza una resección completa, como se procedió en este caso, una vez obtenido el diagnóstico.

Con esos datos resulta ineludible considerar —como órgano al que compete, dentro de la labor que desarrolla, la categorización jurídica de los casos sometidos a nuestra consulta— que, **aunque la inspectora subsuma el caso en la doctrina general sobre la vulneración de la lex artis,** como determinante de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, **en realidad la pretensión de responsabilidad patrimonial sanitaria planteada se resuelve en el especifico ámbito de la doctrina acuñada en la jurisprudencia como "pérdida de oportunidad**".

En el supuesto examinado concurren todos los elementos que se exigen para que sea aplicable esta doctrina; y, además, conforme a ella planteó la reclamación don FFF, aunque al fijar la cantidad indemnizable se atuvo exclusivamente al daño material causado, lo que está vedado según esa doctrina.

Antes de proceder a cuantificar el daño resarcible en este caso, realizamos un breve recorrido sobre los pronunciamientos judiciales que han ido singularizando esta categoría de la pérdida de oportunidad, y que nos van a servir para abordar **la difícil labor de cuantificar ese daño semejante al moral, que es el resarcible en los supuestos en que se ha producido un daño antijurídico como consecuencia de una privación o disminución de expectativas de curación o de un pronóstico favorable en la evolución de la enfermedad.**

La pérdida de oportunidad terapéutica se caracteriza, tal y como recuerda la STS núm. 462/2018, de 20 marzo —RJ 2018\1376—, con remisión a otras sentencias, por ser una "figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas

expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente" —reproducción de la STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 3 de diciembre 2012 (RJ 2013\582) dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que cita la doctrina del Tribunal Supremo acuñada en otras sentencias que transcribe—.

Esa privación de expectativas que subyace en la doctrina de la pérdida de oportunidad, constituye, como afirma la STS, Sala 3ª, de 7 de julio de 2008 (RJ 2008\6872), con cita de las de 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8846) y 26 de junio de 2008 (RJ 2008\6525), un daño antijurídico, y, por tanto, indemnizable, puesto que, "aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias".

Sin embargo, por esa caracterización de la pérdida de oportunidad terapéutica, **en estos supuestos no se trata de indemnizar todos los daños padecidos ni todos los gastos, secuelas y perjuicios sufridos, sino, únicamente, las posibilidades que hubiera habido de mejoría, recuperación o evitación de los daños producidos, de haberse producido un diagnóstico temprano** —eventualmente alcanzable con una actitud más diligente—.

En ese sentido, según recuerda la STS 418/2018 de 15 marzo (RJ 2018\1507), con cita de otras anteriores (fundamento jurídico decimosexto), en el ámbito de la doctrina de la pérdida de oportunidad el daño resarcible "no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación". Para ello hay que tomar en consideración ponderadamente las circunstancias concurrentes.

Por su parte, las STS de 16 de enero de 2012 y de 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010, que la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de 'pérdida de oportunidad' (…) se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad".

Además, cabe advertir que, según refleja la STS de 23 febrero 2009 —RJ 2009\1147—, el Tribunal Supremo viene insistiendo en que en tales hipótesis, "una vez acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. De otra forma, se desconocerían las especialidades de la responsabilidad pública médica y se trasladaría al afectado la carga de un hecho de demostración imposible. Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las

administraciones públicas" (entre otras, STS de 25 de abril de 2007 —2007\3532—; y de 2 de noviembre de 2007 —RJ 2008\463—).

Por último, las STS de 22 de mayo, 11 de junio, 9 de octubre y 21 de diciembre de 2012 recuerdan que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011, "se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".

La STS de 27 de noviembre del 2012, con cita de la de 19 de junio de 2012, reitera dicha doctrina acerca de las posibilidades reales de curación, que constituyen un elemento sustancial en la doctrina de la "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no.

Para cuantificar en el caso sometido a consulta la indemnización resarcible hemos de tener en cuenta los parámetros jurisprudencialmente establecidos y realizar una ponderación razonable de las circunstancias que se nos presentan.

En primer lugar, resulta insoslayable considerar **la entidad del resultado finalmente producido** tras el proceso asistencial de don FFF, que lamentablemente **se concretó en su fallecimiento, tras un gran sufrimiento.**

Pero también nos **corresponde valorar la incertidumbre sobre el resultado que se habría producido de haberse practicado con mayor prontitud la prueba de imagen de la TAC, que habría facilitado un diagnóstico más temprano.**

Para ello solo contamos con la opinión de la inspectora médica, que no aboga indubitadamente por la supervivencia o un menor sufrimiento de don FFF de haberse diagnosticado antes su enfermedad, ya que afirma que se hubiera acelerado el proceso de tratamiento, por lo que "es posible que la progresión de la enfermedad hubiera sido algo más lenta".

Sin discutir el retraso en el diagnóstico de la enfermedad que padecía don FFF, tampoco pueden desdeñarse las apreciaciones sustentadas en la bibliografía científica referenciada en el expediente —singularmente en el informe de la Inspección Médica, pero también en el informe del Servicio de Neumología—, sobre **las características de esa enfermedad, su escasa prevalencia y la forma silente de manifestarse. Todos esos factores contribuyen a dificultar** en una intensidad nada desdeñable —según refleja la literatura científica y explica el Servicio de Neumología— **su diagnóstico**, lo que, **unido a que en ningún momento se mantuvo desasistido al paciente** —aunque el trabajo diagnóstico se canalizara a través de otras especialidades— **y a que las Rx practicadas al paciente no habían revelado ningún dato anómalo, atempera la rigidez del reproche y exigencia de responsabilidad por la**

específica y concreta actitud diagnóstica que se reclama: la realización a tiempo de la TAC que orientó hacia el diagnóstico definitivo.

En atención a las circunstancias anteriores, así como a que se agotaron los medios disponibles para conseguir la recuperación de don FFF, incluidos los múltiples intentos para que se permitiera su participación en los ensayos clínicos de otros centros sanitarios de referencia a nivel nacional, hemos de concluir que **consideramos razonable indemnizar la pérdida de oportunidad de que la enfermedad evolucionara de una manera más lenta, en la cifra global de setenta y cinco mil euros** (75.000 €).

DCJA 109/2023 párr. 88 a 107

C) Urbanismo

La parte reclamante basa su reclamación en que el PERU aprobado por el ayuntamiento en octubre de **2016 hace inejecutable el contrato previamente suscrito.**

Defiende así que, tras la formalización del contrato y a la vista del informe de los técnicos municipales que argumentaron que los propios pliegos del contrato y el anteproyecto presentado por la mercantil incumplían el Plan General de Ordenación Urbana, el ayuntamiento elaboró y aprobó un Plan Especial de Renovación Urbana.

Este plan, según la reclamación, "**contenía una limitación** (con un máximo de 40 m^2) **que claramente convertía el Contrato en inejecutable en los términos en los que se adjudicó a esta parte**". Defiende la mercantil que "esa nueva previsión del PERU contraviene expresamente el contrato adjudicado, porque la longitud del Anteproyecto y del Proyecto presentado por esta parte y que resultó adjudicatario, fue de 43 m^2".

Por ello, concluye que:

> En definitiva, por esas decisiones administrativas el Contrato adjudicado a mi mandante simple y llanamente se convirtió en inejecutable, con los consiguientes daños que ello ha generado y seguirá generando a esta parte; porque si bien se formalizó un contrato con esta parte para que pudiera ejecutar una determinada obra y posteriormente explotar un negocio, tras la aprobación del PERU ello resultó totalmente imposible.

El informe municipal que sustenta la propuesta de resolución **considera**, por su parte, **que los daños por los que se reclama no derivan de la aprobación del PERU, "sino del incumplimiento del contrato perpetrado, imputable a la reclamante"**.

Añade además que "la pretensión que se ejercita en este procedimiento de responsabilidad patrimonial es sustancialmente igual a la que se formalizó en sede judicial, pivota sobre los mismos hechos y recae, en esencia, sobre la misma causa de pedir. Por ello, no cabe estimar en sede de responsabilidad patrimonial una petición que ya ha sido expresamente desestimada en un fallo firme por la jurisdicción contencioso-administrativa".

Llegados a este punto **procede recordar que la excepción de cosa juzgada material consiste en la virtualidad que presentan las sentencias judiciales firmes para vincular el contenido de dichos pronunciamientos judiciales a otros procesos y a otros órganos administrativos y judiciales, en base al principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.**

La Sentencia nº 360/2022 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Tercera, de 22 de marzo de 2022 (RJ 2022\1819), dictada en el recurso de casación nº 1588/2020, determina lo que debe de entenderse por cosa juzgada, tanto en su efecto negativo como positivo:

> TERCERO. Sobre el momento procesal en el que puede apreciarse la excepción de cosa juzgada. Se plantea en primer lugar si es posible inadmitir un recurso contencioso-administrativo, aplicando la excepción de cosa juzgada, antes de que se formalice demanda. A tal efecto, es preciso diferenciar, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre la vinculación negativa y positiva de la cosa juzgada, ambas reguladas en el art. 222 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). Así, mientras que la vinculación negativa "impide un nuevo proceso sobre el mismo objeto ya juzgado; mientras que, conforme a la segunda, lo resuelto en un primer proceso debe tenerse en cuenta en el segundo cuando sea un antecedente lógico de lo que constituye su objeto (sentencias 169/2014, de 8 de abril (RJ 2014, 2309) ; 5/2020, de 8 de enero ; 223/2021, de 22 de abril (RJ 2021, 1889) ; 310/2021, de 13 de mayo (RJ 2021, 2317) ; 411/2021, de 21 de junio y (RJ 2021, 2865) 21/2022, de 17 de enero (RJ 2022, 51))". Y estos diferentes efectos tienen incidencia en los requisitos necesarios para su apreciación, pues mientras que "La cosa juzgada material, en su efecto negativo o excluyente, exige la plena coincidencia entre los objetos de un primer proceso resuelto por sentencia firme, con respecto a un proceso ulterior en el que se invoca su eficacia excluyente; es decir, que se trate de los mismos sujetos, el mismo petitum (lo que se pide) y la misma causa petendi (fundamento fáctico y jurídico de lo solicitado), así se pronuncian, como no podía ser de otra forma, las sentencias 5/2020, de 8 de enero ; 313/2020, de 17 de junio (RJ 2020, 2184) ; 411/2021, de 21 de junio (RJ 2021, 2865) y 21/2022, de 17 de enero (RJ 2022, 51) . De darse dichas identidades, la vigencia del principio non bis in ídem (no dos veces sobre lo mismo) determinaría la inutilidad e ineficacia del proceso ulterior con prevalencia de lo resuelto en el primer proceso, o lo que es lo mismo de lo ya decidido. Por el contrario, el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada no exige la plena identidad entre los objetos de los procesos, sino la conexidad entre ellos, siempre que los sujetos sean los mismos, y lo resuelto en el primer juicio, mediante pronunciamiento firme, sea parte del objeto del segundo de los promovidos, o, como dice el art. 222.4 LEC, que "aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto". Puede sostenerse entonces que mientras que la cosa juzgada negativa se fundamenta en la identidad, la cosa juzgada positiva en la conexidad; mientras que la primera impide la existencia de un

> proceso posterior; la segunda no lo evita, aunque lo condiciona en el sentido de que el tribunal del segundo juicio queda vinculado por el pronunciamiento firme de la sentencia dictada en el proceso anterior. En definitiva, se requiere la existencia de una relación jurídica dependiente o conexa de otra, ya resuelta por sentencia firme; no, desde luego, idéntica, pues entonces se desencadenaría el efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada". (STS nº 102/2022, de 7 de febrero de 2022 (RJ 2022, 910) (rec. 2963/2019).

Esta Comisión, por tanto, al efectuar el análisis de la reclamación planteada, debe tomar en consideración los pronunciamientos judiciales dictados en los procesos abiertos por la mercantil contra distintas actuaciones municipales.

En primer lugar, la Sentencia del TSJPV nº 364/2018, de 27 de julio, que **desestimó el recurso interpuesto por la mercantil contra el acuerdo de aprobación definitiva del PERU** de la zona de recreo del ámbito 18-zona deportiva de Asti.

En dicho recurso la ahora reclamante instaba la anulación del plan aprobado por considerar que, "habiendo resultado la actora adjudicataria de un contrato administrativo, con la consiguiente confianza en que podría ejecutarlo, lejos de lo esperado, la conducta de la Administración motivada por un cambio de gobierno lo ha impedido de forma arbitraria".

La sentencia, sin embargo, afirma:

> El acto impugnado es el PERU, …, quedando al margen del recurso el contrato para la ejecución del bar-restaurante en la zona de esparcimiento de Asti y su explotación, la licencia urbanística denegada para iniciar las obras y la posible inejecución del contrato en sus propios términos.
>
> La finalidad y necesidad de la aprobación del PERU se encuentra debidamente justificada tanto en los informes administrativos ,…, obrantes en el expediente, como en el propio plan especial, encontrando especialmente sustento legal en el párrafo 4 del artículo 6.5.19 del POGU ante el aumento de la edificabilidad que permitieron los pliegos de condiciones del concurso para la contratación de la concesión de la obra pública y la posterior polémica que surge entre los pliegos y los parámetros del anteproyecto y proyecto de ejecución presentados por la mercantil adjudicataria
>
> En definitiva, con el plan especial se trataba de dar cobertura legal al contrato suscrito con la mercantil ajustándolo al PGOUZ; lo que no entrañaba permitir la construcción con las dimensiones que la mercantil pretendía, luego ninguna vulneración de los principios de confianza legítima y actos propios puede apreciarse, ni desviación de poder en la aprobación del plan vista su finalidad.
>
> En cualquier caso debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo que reconoce que el ius variandi compete a la Administración en la ordenación del suelo, no constituyendo

> obstáculos a su ejercicio racional y no arbitrario los derechos adquiridos, ni los convenios que la Administración haya podido concluir – extensible igualmente a los contratos firmados-, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, en otro ámbito pueda desencadenarse en su caso, el apartamiento por parte de la Administración de lo convenido.

Y, **en segundo lugar, la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo** nº 3 de Donostia / San Sebastián, **confirmada por el TSJPV en sentencia dictada en el recurso de apelación planteado por la mercantil, contra el Acuerdo de Pleno** del Ayuntamiento de Zarautz de 17 de octubre de 2019 **de resolución del contrato de concesión de obra pública por causas imputables al adjudicatario.**

En este procedimiento, **la ahora reclamante consideraba en primera instancia nulo de pleno derecho el acuerdo de adjudicación del contrato de concesión de obra por tener el mismo un contenido imposible a la vista de las limitaciones impuestas por el PERU con posterioridad a la adjudicación**. **Subsidiariamente, planteaba la concurrencia del supuesto de resolución contractual por imposibilidad de ejecutar la prestación**. **Reclamaba también su derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios padecidos**.

Dejando al margen la alegación referida a la nulidad de pleno derecho, cuya valoración en la sentencia no afecta al presente procedimiento, en cuanto a la resolución del contrato, **considera la sentencia** del Juzgado de lo contencioso-administrativo **que**:

> Pues bien, en el presente supuesto considero que **la actora no ha alegado ni acreditado que no fuera posible la referida modificación que adaptara las prescripciones del contrato celebrado a las nuevas determinaciones contenidas en el PERU**, aprobadas con posterioridad a la adjudicación del referido contrato.
>
> (…)
>
> en el caso concreto enjuiciado, considero que no procede entender acreditada que la limitación de la longitud máxima del edificio a construir sobre la base del contrato adjudicado, y que a consecuencia de la aprobación posterior del PERU quedó limitada a 40 m2, alterara las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato (….) pues no se alegó ni se acreditó, por ejemplo, que la referida limitación en la longitud final del edificio fijada en el PERU, impidiera el destino del mismo para la finalidad pretendida en el contrato y que incidiría, indudablemente, en la posibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados; tampoco se alegó ni se acreditó por la actora que la referida modificación contractual, impuesta tras la aprobación del PERU, hubiera supuesto una alteración de la relación entre la prestación contratada y el precio, …

Añade, en cuanto a la indemnización solicitada, lo siguiente:

> Asimismo, debemos señalar que **no habiéndose estimado la concurrencia de un supuesto de nulidad de pleno derecho** por aplicación de la causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 c) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre; **como tampoco que concurriera la causa de resolución contractual** prevista en el artículo 223 g) del TRLCSP; **no cabe estimar pretensión de indemnización** alguna a cargo de la Administración demandada en los términos interesados en la demanda; habida cuenta de que no concurre el supuesto de hecho del que la actora deriva la referida pretensión indemnizatoria.

La Sentencia del TSJPV nº 9/2023, de 10 de enero de 2023, que confirma la sentencia apelada, por su parte añade:

> Así, mientras el Ayuntamiento demandado apostó inequívocamente por la modificación del contrato, según denotan sus propios actos, (…) la recurrente optó de inicio, y de forma también inequívoca, por la revisión de oficio de la adjudicación o la resolución del contrato, a costa de la contratante, sin dar razón o acreditar la incompatibilidad del PERU con la ejecución del contrato, aún en el caso de la modificación de este para ajustarlo a las previsiones de dicho Plan con incidencia en la obra adjudicada.
>
> SEXTO.- Los actos de la contratista a que acabamos de aludir, anteriores y posteriores al requerimiento de presentación del proyecto de obra acomodado al PERU, denotan clara, inequívocamente, su propósito de extinguir el vínculo contractual so pretexto de la imposibilidad de ejecutar las prestaciones convenidas (…)

Atendiendo al efecto positivo de la cosa juzgada, resulta innegable que existe una equivalencia entre el sustrato fáctico y las cuestiones litigiosas planteadas en los procedimientos judiciales anteriormente citados **y el procedimiento que ahora nos ocupa.**

A modo de resumen, contamos en las sentencias parcialmente transcritas con los siguientes pronunciamientos que condicionan nuestra valoración de la reclamación:

e) La finalidad y necesidad de la aprobación del PERU estaba justificada y pretendía, además, "dar cobertura legal al contrato suscrito con la mercantil ajustándolo al PGOUZ".

f) La mercantil no ha acreditado que no fuera posible la modificación del proyecto presentado en ejecución del contrato adjudicado para adaptarlo a las nuevas determinaciones contenidas en el PERU, ni que esta adaptación impidiera el destino de la futura construcción para la finalidad pretendida en el contrato o que la misma hubiera supuesto una alteración de la relación entre la prestación contratada y el precio.

g) Existió una inequívoca voluntad de la mercantil para no dar cumplimiento al contrato de concesión adjudicado por el ayuntamiento, estando por ello justificada su resolución en base al artículo 212.6 del TRLCSP.

Con estas circunstancias declaradas probadas por las sentencias judiciales citadas, **esta Comisión no puede apreciar ninguna actuación antijurídica y lesiva de la Administración**

municipal que pudiera ser determinante de la apreciación de responsabilidad patrimonial.

Cuando lo discutido es la actividad jurídica de la Administración, y no su actividad material, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial requiere que se haya declarado la incorrección jurídica del acto o disposición administrativa, sin la cual el daño no podrá reputarse antijurídico, condición que no se cumple en el presente caso dado que la Sentencia del TSJPV nº 364/2018, de 27 de julio, desestimó el recurso interpuesto por la mercantil contra el acuerdo de aprobación definitiva del PERU de la zona de recreo del ámbito 18-zona deportiva de Asti.

Debemos también concluir que **ha sido la propia actuación de la mercantil, su inequívoca voluntad de no dar cumplimiento al contrato, la causa decisiva y eficiente en la producción del resultado lesivo por el que reclama, rompiendo con ello la relación de causalidad** entre el funcionamiento del servicio público y el daño supuestamente producido.

DCJA 176/2023 párr. 47 a 68

La parte reclamante atribuye al Ayuntamiento de Berriz **un funcionamiento anormal del servicio público que encuentra su reflejo en la falta de atención a unas solicitudes reiteradas de actuación** que le fueron requeridas y que, en particular, resultan ceñidas a las peticiones **de cese de la actividad fabril** desarrollada por la mercantil Forjas de Berriz, S.L., **a la sustitución del sistema de concertación por un sistema público de gestión y** a la **apertura de un expediente sancionador contra la Junta de Concertación** de la UE-19.

Y la imputación de responsabilidad patrimonial por aquel funcionamiento anormal se articula, de manera sustancial, **a través de un discurso que reitera los argumentos esgrimidos con motivo de la interposición del recurso de reposición contra el Decreto** de la Alcaldía nº 2023-302014, de 14 de febrero de 2023, **que desestimó la solicitud** formulada con fecha 27 de octubre de 2022 y contra cuya desestimación ulterior, en virtud de Decreto nº 2023-305001, no se acredita impugnación jurisdiccional alguna.

Siendo así, **mientras la viabilidad jurídica de la posición municipal no haya sido descartada en vía jurisdiccional —no lo fue en la administrativa— el daño alegado por la reclamante no puede adjetivarse de antijurídico, requisito indispensable para que pueda prosperar la reclamación** que se formula.

Desechada pues, por las razones apuntadas, la antijuridicidad de la actuación de la Administración, la misma sería bastante para desestimar la reclamación. No obstante, la Comisión estima procedente expresar unas consideraciones adicionales que, adelantamos ya, rechazarán

nuevamente el carácter antijurídico del perjuicio cuya indemnización se reclama, adentrándose, también, en el examen de la acreditación del daño presuntamente irrogado a doña CCC.

Examinada así la documentación remitida por el ayuntamiento con motivo de la solicitud del presente dictamen, **no puede negarse la existencia de un retraso acumulado en el desarrollo urbanístico de la UE-19 y una cierta dilación —por diversas y variadas causas— en el cumplimiento de los plazos de las órdenes de cese y desmantelamiento de la actividad fabril** desarrollada por la mercantil Forjas de Berriz, S.L, exigidos por el ayuntamiento con motivo del dictado del Decreto de la Alcaldía nº 2014-307053 de 30 de julio de 2014.

Dejando al margen la afección de la actuación de terceros —Junta de Concertación de la UE-19 y mercantil Forjas de Berriz, S.L.— sobre el nexo causal invocado por la parte reclamante entre la supuesta inactividad municipal y el daño cuya indemnización se solicita, hemos de volver sobre la cuestión nuclear: la determinación de la existencia del presunto funcionamiento anormal del servicio público, generador de un perjuicio que la Administración municipal se ve en la obligación de reparar.

Pues bien, la Comisión estima que **el cese y desmantelamiento fabril y su traslado a otra ubicación, junto con la necesidad de mantenimiento de la actividad productiva, entrañaba un proceso de una complejidad más que notable y de su dificultad da fe la ampliación de plazos acordada** en virtud del Decreto de la Alcaldía nº 2014-307053, de 30 de julio de 2014, que pospuso la efectividad de la paralización, **con el consentimiento de la hoy parte reclamante**, hasta el año 2021 y el derribo parcial de las instalaciones hasta el año 2022.

A la dificultad intrínseca que acompañaba el traslado de la actividad productiva a otra ubicación **se unían factores ligados a una desaceleración económica, con especial afección al mercado inmobiliario, y la llegada de una pandemia,** sobre cuyos efectos resulta ocioso detenerse.

La suma de los factores descritos conllevó que el cese de la actividad no resultara efectivo hasta el primer trimestre de 2023 o, lo que lo mismo, **hasta pasados un año y cinco meses desde la expiración del plazo previsto en el Decreto** 2014-307053, de 30 de julio de 2014, y que, conforme al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se sitúa, finalmente, en fecha 16 de octubre de 2021, **una demora que no parece vulnerar el estándar de funcionamiento razonable** aplicable al actuar administrativo.

DCJA 182/2023 párr. 51 a 59

V. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas

Derivado de lo anterior, la propuesta de resolución considera acreditada la **responsabilidad del contratista**. Afirma que, en los supuestos de ejecución de servicios por contrata, el artículo 196 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), establece que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requieran la ejecución del contrato; salvo que se trate de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o de daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Por ello, estima que la empresa adjudicataria, que presta el servicio por su cuenta y riesgo, debe asumir frente a terceros y frente a la propia Administración las consecuencias lesivas que puedan derivarse de su actuación, salvo los supuestos previstos en el párrafo anterior.

Así las cosas, **la Comisión comparte el razonamiento realizado por la Administración municipal sobre las obligaciones y funciones del personal que presta el servicio de transporte.** Al respecto, de la documentación relatada se desprende que, en todo caso, **las personas mayores, antes de iniciar la marcha, deben de estar perfectamente sentadas y con sus cinturones de seguridad abrochados u otros sistemas adicionales o específicos en el caso de sillas de ruedas**. Así, no parece razonable que se inicie la marcha del vehículo sin que se cumpla esta condición y que se deje al libre albedrio o a la demanda de las personas la solicitud para la adopción de las medidas de seguridad. **Es claro que entre las funciones del personal se encuentra la de verificación de la utilización de todos los dispositivos**, la cual, por pura lógica, aunque no se indique expresamente, deberá ser previa al inicio de la marcha ya que, en caso contrario, carencia de funcionalidad u objetivo la disposición de dichos elementos de seguridad en el autobús.

Porque, como viene señalando esta Comisión, para determinar si ha sido normal o anormal el funcionamiento de un determinado servicio público, hay que tener en cuenta, no sólo las normas positivas de todo tipo que lo disciplinan —leyes, normas de derecho comunitario, de derecho internacional, reglamentos, circulares internas, etc.—, sino también el deber de diligencia que razonablemente requieren las circunstancias de cada realización concreta del servicio y el número y grado de los riesgos que conlleva, valorándolas a la luz de los estándares mínimos de seguridad socialmente establecidos respecto de dicho servicio. De tal manera que debería calificarse de anormal, además del funcionamiento que incumpliese dichas normas, aquel que, aun moviéndose en el marco de las mismas, no respondiera a las exigencias del sobredicho deber de diligencia en concreto —naturalmente esto no sería así en los excepcionales casos en que las normas positivas reguladoras del desarrollo del servicio tuvieran un grado de detalle y de rigidez tal que impidiesen la consideración de las variaciones de la diligencia exigible derivadas de la individualidad de cada caso— .

De acuerdo con lo señalado**, en el juicio sobre el deber de diligencia exigible no basta**

con la comprobación de la adecuación abstracta del nivel de prestación del servicio, sino que dicho juicio reclama el análisis del caso, lo que en el que ahora examinamos supone estudiar si a la familiar de los reclamantes le fue prestada la asistencia que, en función a sus circunstancias, era la adecuada.

Tal estudio debe tener en cuenta, por un lado, que el nivel de prestación exigible debe ser jurídica y materialmente posible, de tal suerte que tal exigencia debe permitir que el servicio se organice en términos materiales, jurídicos y económicos posibles, pero al mismo tiempo **debe tomar en consideración la atención que debía de ser prestada a una persona mayor con dificultades de movilidad evidentes**. Para ello, debemos contrastar la exigencia del servicio al recepcionar a la pasajera del autobús, proceder a la subida al mismo, disponer su ubicación, asegurar su asiento y proceder a reanudar la marcha para encaminarse a su destino.

Por ello, a la vista de todos los motivos citados y de los diferentes informes que obran en el expediente, **esta Comisión estima que procede apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento del mismo ya que ha quedado acreditado que no se dispusieron las medidas de seguridad y vigilancia necesarias previas al inicio de la marcha, que permitieran constatar la adecuada disposición de la usuaria e impidieran la existencia de riesgo alguno de caída en el trayecto**.

Sobre la responsabilidad en los supuestos de daños causados por los contratistas, la Comisión ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen previsto en las diferentes leyes de contratos del sector público en los dictámenes 99/2005 y 194/2016.

(…)

Partiendo de tales premisas, en el caso que se suscita la Administración ha reconocido de manera adecuada la existencia de responsabilidad patrimonial, precisando que corresponde a la contratista indemnizar al perjudicado y en qué cuantía.

Esta Comisión, de acuerdo con dicha apreciación, **considera que se debe proceder a declarar la responsabilidad patrimonial del contratista** ya que, como hemos expresado, en el marco del servicio examinado el hecho era previsible, **habiendo quedado acreditado que no se adoptaron todas las medidas de prevención y precaución específicas, por lo que puede concluirse que la caída de la reclamante se produce como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio, siendo así el resultado dañoso imputable objetivamente al funcionamiento del servicio público implicado.**

DCJA 140/2023 párr. 38 a 58

La empresa reclamante justifica la vía de la reclamación patrimonial, tras describir los hechos acaecidos, **en que la Sentencia 96/2022 declaró nulo el acuerdo plenario de adjudicación del señalado contrato de obras** "y abre la puerta a la posibilidad del perjudicado de exigir una reclamación patrimonial al Ayuntamiento de Campezo", entendiendo que "el acuerdo de adjudicación del contrato de referencia, acuerdo que posteriormente fue anulado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Vitoria-Gasteiz, generó una lesión clara e indubitada en la empresa recurrente. **Le impidió subsanar su documentación y en consecuencia poder optar a la adjudicación del contrato".**

Siendo la reiterada Sentencia 96/2022, de 6 de abril, el sustento legal sobre la que bascula la reclamación efectuada por efecto del artículo 32 LRJAP, cabe destacar los razonamientos principales sobre los que asienta su fallo:

> FD 2º - resultan –contestes- ambas partes en que el requerimiento nunca llegó a conocimiento de la recurrente debido a un error de la Secretaría Municipal, que al redactar la dirección de correo electrónico de Erki SL a efectos de notificar el requerimiento, colocó indebidamente una tilde en la "o" de "administración" que conformaba la dirección de mail señalada en la documentación del licitador. Como consecuencia de ello, en lugar de enviar el requerimiento a administracion@erki.es, fue remitida a administración@erki.es (con tilde). A partir de lo anterior, las alegaciones de la recurrente merecen favorable acogida, toda vez que **existió una defectuosa práctica en la meritada notificación, imputable a la demandada**, que impidió a la recurrente conocer y, en consecuencia, atender al requerimiento de la administración, **lo que impidió que por la Mesa de Contratación se procediera a valorar el apartado referido, otorgándole, en su caso, la puntuación que, de haberse practicado correctamente la notificación**, le hubiera podido corresponder a la recurrente, por lo que existió en el procedimiento una verdadera indefensión material, debiendo anularse por este motivo la actuación administrativa recurrida, y ello sin necesidad de entrar a valorar si el medio telemático elegido era o no conforme a los pliegos. No pueden admitirse a este respecto las alegaciones que realiza la recurrida sobre la innecesaridad de tal requerimiento, toda vez que, como dice **la demandante, no puede ahora arrogarse facultades que solo tiene asignadas la mesa de contratación, lo que vendría a suponer una revisión de oficio encubierta del acuerdo adoptado por el órgano competente.**
>
> Peor suerte debe correr la pretensión indemnizatoria deducida en la demanda por el beneficio industrial dejado de obtener como consecuencia de la no adjudicación del contrato, concepto sobre el que el reclamante no propone prueba alguna y que cifra en el 6 % del contrato. Resulta procedente traer a colación la sentencia de 11 de enero de 2013, rec. 5082/2010 del Tribunal Supremo, sala tercera, de lo contencioso administrativo, Sección 7ª, en aras a desestimar dicha pretensión.
>
> …
>
> La aplicación de la doctrina contenida en la meritada sentencia conduce a la desestimación de la pretensión indemnizatoria y remite al recurrente, en su caso, a los preceptos sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuestión ajena a la pre-

> sente litis, sobre la que, además, no sólo no se ha practicado prueba alguna sino sobre la que no existe pronunciamiento previo administrativo, atendiendo también al carácter revisor de nuestra jurisdicción. Deberá ser, en su caso, en la correspondiente reclamación por responsabilidad patrimonial en la que hayan de dilucidarse dichas cuestiones, las cuales podrán ser luego sometidas al pleno control jurisdiccional.

(…)

Sin embargo, lo que sí se sitúa en el meollo del examen de la antijuridicidad que exige el análisis específico de la responsabilidad patrimonial que se invoca es la actuación de la Administración contratante una vez conocido que **la propuesta de adjudicación realizada el 12 de marzo de 2019 se sustenta sobre una valoración incompleta, derivada del error cometido al notificar el requerimiento de subsanación o aclaración de la oferta, que no pudo ser atendido por la empresa Erki**.

Sin duda, **la notificación de cualquier acto administrativo es un trámite esencial en cualquier procedimiento que permite tener constancia de su envío y de su puesta a disposición por parte del destinatario**. La práctica correcta de las notificaciones administrativas está directamente vinculada, como viene diciendo la jurisprudencia constitucional, con el principio de no indefensión material y, con los matices que en cada caso sea preciso introducir, con la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

Lo relevante en este ámbito es que la notificación llegue a conocimiento de sus destinatarios, rigiendo en esta materia el principio anti formalista y el de buena administración.

Principios que no impiden considerar que la actuación tendente a notificar una actuación administrativa constituye una potestad reglada, toda vez que la Administración debe someterse a las reglas del ordenamiento jurídico que definen el ejercicio y consecución de su finalidad primordial (artículos 40 y 41 LPAC).

En esta tesitura, no es factible cuestionarse tampoco si el método de notificación usado a la postre —correo electrónico— condiciona en algún modo el análisis de razonabilidad de la actuación municipal.

Y ello porque del expediente se desprende con facilidad que la empresa Erki comunicó correctamente la dirección de correo electrónico de destino de las comunicaciones con el ayuntamiento y que la Administración aceptó sin fisuras este medio de comunicación con ambas empresas licitadoras, que, además, entendemos compatible con las prescripciones del PCA (cláusula 11 del PCA).

Por otro lado, no cabe desdeñar como factor de importancia **la particular trascendencia de la documentación cuya aportación se requirió, toda vez que con su subsanación esta-**

ban en juego 10 puntos asociados a determinados criterios de adjudicación sometidos a juicio de valor, de cuya suma podía depender la determinación de la oferta más ventajosa y la adjudicación.

Así mismo, cabe incidir en el aspecto más relevante de la actuación municipal que ya hemos apuntado anteriormente y que afianza el reproche que, adelantamos, merece su intervención.

El expediente permite verificar que **el ayuntamiento tuvo conocimiento, con bastante inmediatez, por medios informales, primero, y después por cauces formales —recurso de reposición contra el acuerdo de adjudicación— del error cometido en la dirección del correo por el que se notificaba el señalado requerimiento de información y de los efectos que del mismo se inferían.**

Dicho recurso de reposición se interpuso el 17 de abril de 2019, antes de la formalización del contrato con fecha 19 de mayo de 2019 y en él se solicitaba la retroacción de actuaciones al momento de la reiterada notificación.

Pretensión que, en aplicación del artículo 119 de la LPAC, resulta compatible con las especialidades del procedimiento aplicables a la contratación pública, singularmente con el artículo 152 de la LCSP, que, de resolverse el recurso, como obliga el artículo 21.1 de la LPAC, hubiera podido arbitrar los medios para reparar la indefensión causada a la empresa Erki.

Medios que permitían a la Administración contratante, de manera razonable y proporcionada, retrotraer la tramitación del procedimiento de licitación hasta el momento de la notificación del requerimiento de aportación de información, en vez de continuar con la adjudicación propuesta a la empresa Elecnor y la consiguiente formalización del contrato a su favor.

Finalmente, lo cierto es que el ayuntamiento no desplegó ninguna conducta tendente a lograr que la señalada notificación llegara al efectivo conocimiento del interesado, pues a ello viene obligada conforme a las normas legales y jurisprudencia constitucional aplicable (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2022, de 27 de junio).

En suma, en el supuesto analizado, coincidiendo con los términos del Fundamento de derecho (FD) 2º de la Sentencia de 6 de abril de 2022, **la actuación administrativa desborda el juicio de razonabilidad** que se impone realizar **por cuanto un mero error tipográfico en la transcripción de la dirección de correo**, **cuya subsanación posterior se advierte ecuánime, cabal y conforme a los principios de la contratación pública, deriva en el fracaso de la notificación y con ello en la imposibilidad de aportar la información que, presumiblemente, podría haberle deparado la suma de 10 puntos y la adjudicación del contrato**.

Una premisa, la de haber podido resultar adjudicatario con la posible suma de los 10 puntos

en liza, que pone de manifiesto la empresa reclamante y que no ha sido desautorizada por los informes del ayuntamiento. Lo que nos lleva a admitir que, a la vista de la puntuación que ha obtenido en la valoración final (90 puntos), es una consecuencia factible y susceptible de ser considerada en el examen que nos corresponde.

(…)

Por tanto, en este caso, **la empresa reclamante no tenía el deber jurídico de soportar** las consecuencias lesivas que el acuerdo de adjudicación judicialmente anulado le causó, toda vez que este se había fraguado sin atender a la factible subsanación de la notificación del requerimiento a la licitadora afectada a través de los remedios jurídicos que tenía a su disposición, que de hacerlo, no es descabellado deducir, hubiera podido conllevar la adjudicación a la empresa reclamante.

DCJA 184/2023 párr. 45 a 75

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO

I. Ámbito de la potestad revisora

El Ayuntamiento de Gatika, que ha instado la revisión del Acuerdo de aprobación de la modificación presupuestaria, sostiene su nulidad a la vista del artículo 47.1.e) de la LPAC, que establece que son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Sin embargo, es necesario precisar que, tal y como ha recordado la Sentencia Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2022 (Rec. 6376/2021), "el presupuesto municipal tiene naturaleza normativa: así lo entendió, por ejemplo, la sentencia de la antigua Sección Séptima, de 28 de febrero de 1996 (recurso de casación 4688) y lo hemos recordado más recientemente en la sentencia de esta Sala y Sección de 22 de junio de 2015, (recurso de casación 3008/2013); una naturaleza normativa que no queda enervada por sus marcadas especialidades tanto por razón del procedimiento de elaboración como porque pueda vincularse a una cuestión de confianza, por su temporalidad o por constituir, en esencia, una previsión de ingresos y gastos".

La cuestión tiene su importancia puesto que **la posible concurrencia de una causa de nulidad de las disposiciones de carácter general se debe analizar a la luz de lo establecido en el artículo 47.2 de la LPAC**, que dispone que son "nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Es decir, atendiendo al fundamento de la petición, la verdadera causa de nulidad solicitada se correspondería con la no observancia de los trámites necesarios previstos en la normativa presupuestaria para adoptar un acuerdo de modificación presupuestaria mediante créditos adicionales.

Se trataría de **apreciar la omisión de tramites esenciales en el procedimiento de aprobación y entrada en vigor del acuerdo presupuestario, que en el caso de su inobservancia abocaría a la declaración de nulidad del mismo**.

En todo caso, antes de examinar si concurre la causa de nulidad invocada, tal y como previamente hemos señalado, hay que recordar que **esta Comisión viene manteniendo una línea restrictiva en la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho**.

Para nuestro análisis, en primer lugar, debemos de tener en cuenta el principio de anualidad presupuestario ya citado, según el cual, el presupuesto entrará en vigor en el ejercicio correspondiente, para lo cual se deberán seguir los trámites requeridos en la normativa foral.

Como hemos relatado, el modelo de legalidad presupuestaria normativa establecido determina que la entrada en vigor de los presupuestos y sus modificaciones requiere del requisito formal esencial de su publicación, para que pueda considerarse vigente.

Además, se requiere que la entrada en vigor, en el caso de la modificación presupuestaria, se produzca en el año natural en el que va a ser ejecutada la obligación. De forma que una modificación prevista para el ejercicio presupuestario 2022 que se publica en el 2023 obviamente no ha tenido vigencia en el ejercicio 2022. Y ello porque la normativa presupuestaria no da ninguna opción de aplicación retroactiva para la entrada en vigor de las modificaciones de crédito.

Sobre el particular es clara la doctrina jurisprudencial referida en la Sentencia Tribunal Supremo de 23 de enero de 2003, que detalla "que ya con ocasión de la sentencia de 7 de mayo de 1999, nos hemos pronunciado sobre la imposibilidad de aprobar la revisión presupuestaria para un año determinado luego que el ejercicio correspondiente hubiese concluido. Esa conclusión no contradice ni menoscaba la posibilidad de aprobarlo tardíamente, siempre que ello ocurra al menos dentro del ejercicio al que ha de referirse, con los efectos que procedan, porque el presupuesto anual de un Ayuntamiento no tiene otra finalidad que expresar la suma de ingresos y gastos autorizados para el año que ha de sobrevenir, y si la necesidad de cumplir con esa obligación formal puede permitir retrotraer el inicio del período anual correspondiente al presupuesto tardíamente elaborado, no es sino porque todavía cabe hablar de la posible vigencia y ejecución de sus previsiones en tanto se halle en curso el ejercicio al que se refiere. Por el contrario, carece de base legal que lo justifique, e incluso de sentido lógico, aprobar la previsión presupuestaria para un ejercicio económico ya concluido, cuando las obligaciones previstas y los ingresos calculados para el mismo no son una expectativa futura sino un hecho consumado y cuando los ajustes y modificaciones necesarias habrán tenido que ser operadas sobre el presupuesto prorrogado del año anterior".

Siguiendo lo anterior, el acuerdo de modificación presupuestaria mediante créditos adicionales entró en vigor en el momento de la publicación de su aprobación definitiva en el BOB, pero, dado que la publicación se produjo en un ejercicio posterior al de su aplicación, es palmaria su ilegalidad por extemporáneo. Es decir, que **una vez transcurrido el año natural no cabe aprobar modificaciones presupuestarias de un presupuesto del año precedente.**

Apreciado lo anterior, la cuestión que se suscita tiene que ver con el modo de proceder para la expulsión del acuerdo presupuestario del ordenamiento jurídico. Más aun, en nuestro caso, al tratar de anularse una norma que carece de eficacia, al no haber desplegado efecto alguno.

En este tipo de casos, en los que la disposición normativa no ha generado obligación alguna, parece excesivo acudir al instituto de la revisión de oficio para depurar el orden normativo presupuestario. **Sería más adecuado**, dada su carencia de efectos, **que el propio órgano competente** en el ámbito presupuestario, advertida la falta de eficacia de la disposición, **pueda dejarla sin efecto mediante una derogación formal.**

A modo de ejemplo, la propia Norma Foral 10/2003, para el supuesto de créditos de pago no

afectados en el cumplimiento de obligaciones al último día del ejercicio, dispone que quedarán anulados de pleno derecho, salvo que se incorporen al respectivo presupuesto del ejercicio siguiente. Cuestión de imposible ejecución en nuestro caso ya que, en modo alguno, cabría integrar en un presupuesto prorrogado una modificación presupuestaria aprobada en un ejercicio posterior.

Pues bien, en el presente supuesto ni siquiera se ha formalizado la incorporación al presupuesto del crédito de pago, por no haberse cumplido los requisitos procedimentales exigidos para ello. Por tanto, no sería necesario para proceder a su anulación exigir la instrucción de un procedimiento tan garantista como el de la revisión de oficio concebido para otros fines.

El procedimiento de revisión de oficio está enfocado a depurar el ordenamiento jurídico de disposiciones normativas que generan o pueden generar derechos u obligaciones que vulneren la legalidad vigente. Se trata, en cualquier caso, **de normas dotadas de eficacia, que han entrado en vigor y que es preciso eliminar del ordenamiento jurídico en el que se han introducido.**

En definitiva, **en el presente caso sería suficiente que el Pleno del ayuntamiento**, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, **tras informe del Secretario-Interventor, dejara sin efecto el acuerdo adoptado mediante una derogación formal del mismo.** Asimismo, **el acuerdo de derogación deberá ser publicado en el BOB**, al haber sido objeto de publicación extemporánea la aprobación definitiva del crédito adicional.

DCJA 35/2023 párr. 33 a 49

La solicitud de consulta del Ayuntamiento de Irún se ampara en dicho régimen general de la revisión de oficio de actos nulos que prevé el artículo 106 y siguientes de la LPAC e invoca que **la causa que concurre es la específica de nulidad de los contratos celebrados por poderes adjudicadores prevista en el párrafo 2.e) del artículo 39 de la LCSP**:

> e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

Es una cuestión incontrovertida que el Ayuntamiento de Irún ha reconocido abiertamente que, **con anterioridad a la formalización del contrato de suministro e instalación que nos**

ocupa, se había presentado en tiempo y forma un recurso especial contra el acto de adjudicación por la empresa licitadora cuya oferta no había resultado seleccionada, Kotobuki Seating España, S.L.

También es incuestionable que **dicho recurso especial** impugnaba el acto de adjudicación y que, con arreglo al artículo 53 de la LCSP, ello **conlleva la suspensión automática de la adjudicación y la imposibilidad de continuar con los trámites de la licitación, singularmente con el trámite subsiguiente, que es la formalización del contrato**. Adicionalmente, no se tiene constancia de que el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi ante el que se ha presentado el recurso especial haya levantado dicha suspensión ni haya resuelto el recurso.

Atendiendo a la concurrencia clara de las circunstancias que acabamos de poner de manifiesto, cabe adelantar que **no admite duda la concurrencia de esta causa de nulidad en la medida en la que los elementos que la caracterizan resultan susceptibles de ser apreciados de manera automática**.

No obstante, sí procede realizar algunas observaciones adicionales sobre las particularidades que acarrea el supuesto de nulidad específico que se invoca y su integración en el régimen general de la revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho que sustenta la consulta planteada y la intervención de la Comisión.

De conformidad con el artículo 41 de la LCSP, que regula la revisión de oficio vinculada a esta concreta materia:

> 1. La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo I del Título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
>
> 2. A los exclusivos efectos de la presente Ley, tendrán la consideración de actos administrativos los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no sean Administraciones Públicas, así como los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de la presente Ley. La revisión de oficio de dichos actos se efectuará de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior.

Por su parte, el artículo 106.1 de la LPAC que esgrime la consulta del Ayuntamiento de Irún atendiendo a la remisión del citado artículo 41 de la LCSP, dispone que:

> Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo

> equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.

Atendiendo a la naturaleza del acto revisado, el supuesto de nulidad configurado en el artículo 39.2.e) de la LCSP afecta directamente a la formalización del contrato, lo que implica invalidar el documento administrativo suscrito por el adjudicatario y el poder adjudicador que da lugar a la perfección del contrato, de conformidad con los artículos 36.1 y 153.1 de la LCSP.

Sin duda, **es este un caso muy singular de nulidad de pleno derecho en materia de contratos** desde la perspectiva de la revisión de oficio, **toda vez que su análisis no implica a ninguno de los actos administrativos susceptibles de revisión de oficio que acoge la definición del artículo 41 de la LCSP, cuales son, los actos preparatorios y los actos de adjudicación de los contratos.**

Una categoría de actuaciones administrativas susceptibles de revisión de oficio que es posible ampliarse, como hace la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 3997/2021, de 22 de octubre (Rec. 2130/2020), con los actos dirigidos a comprobar el cumplimiento del contrato, singularmente en el contrato de obras como contrato de resultado, como puede ser el acto de recepción de obra sobre el que se pronuncia específicamente el alto tribunal.

Cabe recordar, además, que **cualquier análisis de fondo atinente al procedimiento de adjudicación nos estaría vedado dado que se encuentra sometido al ámbito de competencia material y orgánico del recurso especial en materia de contratación** que regulan los artículos 44 y siguientes de la LCSP interpuesto en tiempo y forma por el licitador legitimado.

De acuerdo con la teoría clásica, se observa que la naturaleza —bilateral— con la que se concibe el documento administrativo en el que han de formalizarse y perfeccionarse los contratos públicos sometidos a la LCSP no se ajusta con facilidad a la categoría común de actos administrativos que exige el régimen de la revisión de oficio previsto en la LPAC.

Adicionalmente, **la LCSP ha dispuesto que sea el recurso especial en materia de contratación el único mecanismo establecido para invocar las causas de nulidad de pleno derecho que atañen a los contratos públicos**, toda vez que ya no pueden ser invocadas a través de una cuestión de nulidad independiente, tal y como permitía el derogado TRLCSP.

Así mismo, la regulación del recurso especial regula un plazo distinto del general de 15 días hábiles de interposición —en el párrafo 2 del artículo 50 de la LCSP— para el caso de que se invoquen las causas de nulidad de los apartados c), d), e) y f) del artículo 39.2 LCSP, que son:

> a) Treinta días a contar desde la publicación de la formalización del contrato en la forma prevista en esta Ley, incluyendo las razones justificativas por las que no se ha publicado

> en forma legal la convocatoria de la licitación o desde la notificación a los candidatos o licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor.
>
> b) En los restantes casos, antes de que transcurran seis meses a contar desde la formalización del contrato.

Una vía específica que no cabría desdeñar desde la perspectiva de coherencia del sistema especial de recursos que incorpora la LCSP y que también se ajusta con facilidad a las exigencias del artículo 106.1 de la LPAC cuando prevé que los actos sujetos a revisión hayan agotado la vía administrativa o no hayan sido recurridos en plazo, como es el caso.

Con todo, lo cierto es cuando **la LCSP** regula las causas de nulidad que afectan a los contratos públicos, tanto las del artículo 39.1 como las del artículo 39.2, **hace una remisión general al régimen de los artículos 106 y siguientes de la LPAC sin establecer excepciones a dicha vinculación**.

Es, por tanto, **la propia configuración legal del régimen de nulidad en materia de contratos la que admite la legitimación de los órganos de contratación para instar de oficio la revisión de actos nulos**, esgrimiendo tanto las causas del artículo 47.1 LPAC, como las específicas del artículo 39.2 de la LCSP.

Tampoco cabe obviar que la consecuencia legal de la formalización del contrato es su perfección y, con ello, que se desplieguen sus efectos jurídicos, singularmente, la ejecución del objeto del contrato y el haz de derechos y deberes que los pliegos y el propio contrato atribuyen a las partes.

La necesidad de neutralizar tales consecuencias del contrato para garantizar la efectividad del recurso especial interpuesto junto a la apreciación mecánica con la que operaría la causa del artículo 39.2.e) de la LCSP invocada, **legitiman con solvencia la actuación del Ayuntamiento de Irún para invalidar la formalización del contrato con la mayor premura posible** a través de las facultades que le otorga el artículo 106 de la LPAC en relación con los artículos 39.1 y 41.1 de la LCSP.

DCJA 138/2023 párr. 29 a 47

II. Análisis de las causas de nulidad

A) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional

Por su parte, las personas recurrentes consideran que la Resolución de fecha 15 de noviembre de 2018 es nula de pleno derecho con base en el artículo 47.1.a) y e) de la LPAC, al ser un acto que lesiona el contenido esencial de los derechos y libertados susceptibles de amparo constitucional y que ha sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Basados en determinada jurisprudencia constitucional, entienden que la falta de notificación en el domicilio habitual les ha causado indefensión, privándoles del conocimiento de la existencia del procedimiento contra ellos instruido y de la posibilidad del ejercicio de su derecho de defensa. Se trata de un error imputable a la Administración, que conocía el domicilio habitual de las personas recurrentes, en el que había notificado las actuaciones previas al inicio del expediente sancionador.

Así las cosas**, es evidente**, tal y como reconoce la sentencia de constante cita, **que las personas recurrentes no tuvieron conocimiento del expediente sancionador hasta la notificación del embargo en la vía de apremio. Y que la Administración, a pesar de que conocía de antemano el domicilio habitual de aquellas** —como lo demuestra el hecho de que las actuaciones previas se notificaron en el mismo—, **no practicó las notificaciones en dicho domicilio habitual, sino en la VPP** —lo que, según lo antes indicado, ha sido calificado en la sentencia como error de hecho—, causándoles una clara indefensión.

Procede, por ello, analizar el fondo del asunto: la posible existencia de las causas de nulidad de pleno derecho invocadas por las personas recurrentes.

En orden a la contemplada en el artículo 47.1.a) de la LPAC —en su vertiente de lesión del derecho de defensa en el procedimiento sancionador—, debemos tener en cuenta que, según reiterada doctrina jurisprudencial**, para que se produzca su apreciación es necesario que la conculcación del derecho de defensa debe ser de tal magnitud que suponga indefensión material**. En este tipo de supuestos **no es suficiente con la omisión de algunos de los trámites, sino que será necesario ponderar los efectos originados por la ausencia de notificación a la parte interesada**, **la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido.**

En particular, y por lo que se refiere a la específica consideración de la indefensión, ligada a una posible infracción del artículo 24 de la Constitución en el ámbito de los procedimientos administrativos, según detalla el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 210/1999, de 29 de

noviembre, "la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986, fundamento jurídico 2º o 145/1990, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (…)".

En similares términos, respecto al procedimiento sancionador, la STC 54/2003, de 24 de marzo, expone que: "ha de concluirse pues, que la administración al no emplazar personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador, pese a tener conocimiento o al menos evidente posibilidad de adquirirlo del verdadero domicilio de aquella, no ha actuado con la diligencia que le era exigible y ha generado a la recurrente en amparo, al impedirse ejercer el derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante".

O como declaró en la STC 175/2007, de 23 de julio, en estos casos "la sanción se ha impuesto sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privando al demandante de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 12; y 54/2003, de 24 de marzo, FJ 4), siendo reiterada doctrina de este Tribunal desde la STC 18/1981, de 8 de junio, que los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE 'no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión', pues la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga' (FJ 3). Ha de concluirse, pues, que la Administración, al no haber emplazado personalmente al demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador, pese a tener conocimiento de su domicilio, y haberle impuesto una sanción sin procedimiento contradictorio alguno, ha infringido el art. 24.2 CE".

Así, **en el presente supuesto puede concluirse que la Administración no observó toda la diligencia exigible en la práctica de las notificaciones** del procedimiento sancionador al no intentar ninguna de ellas en la dirección habitual de las personas recurrentes, donde sí se practicaron las actuaciones previas correspondientes a las actuaciones inspectoras.

Ello nos lleva a afirmar **que esta circunstancia ha generado una situación de indefensión material y efectiva que privó a las personas recurrentes de su derecho de defensa**. La falta de conocimiento del procedimiento sancionador que se instruía contra las personas recurrentes constituye una indefensión material que impidió el ejercicio de su derecho de defensa (ex artículo 24.2 de la CE).

Por lo expuesto, procede dejar sin efecto la Resolución de 15 de noviembre de 2018 por la que se resuelve el expediente sancionador por incurrir en la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el artículo 47.1.a) de la LPAC. **Ello lleva implícito la nulidad de las actuaciones sancionadoras que se han producido con posterioridad a la misma**, incluidas las relativas

a la vía de apremio, al carecer de base suficiente para su dictado puesto que pretenden ejecutar un acto nulo. En este sentido, deberá ser devueltas a las personas recurrentes cualquier cantidad derivada de la ejecución del apremio, lo contrario constituiría un ingreso indebido.

DCJA 11/2023 párr. 42 a 52

Parece oportuno insistir sobre la exigencia del tratamiento igualitario que encierra el principio de igualdad ante la ley, tempranamente enunciado por la STC 144/1988, de 12 de julio:

> La igualdad ante la Ley que consagra el art. 14 de nuestra Constitución exige, como ya se ha dicho, que ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimiento en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración de sus personas. Esta afirmación es válida sea cual fuere el órgano (administrativo o judicial) que aplica la Ley de modo que, sin duda, infringiría el mandato del art. 14 de nuestra Constitución, el órgano judicial que tomara en consideración para aplicar con mayor o menor rigor un determinado precepto legal, las circunstancias personales o sociales de quienes son parte en el proceso y siempre, claro está, que tales circunstancias no sean en sí mismas relevantes de acuerdo con las propias normas que el Juez ha de aplicar.

En la medida en que el distinto tratamiento pudiera afectar al ejercicio de funciones públicas podría estar comprometido el principio más específico de igualdad en el acceso a la función pública reconocido por el artículo 23.2 de la CE. Dicho principio, por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero de 2008, "actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo (SSTC 75/1983, 15/1988 y 47/1989)". Estaríamos ante un supuesto que tiene cierta relación con la provisión de puestos de trabajo, ya que el término de comparación se plantea entre unos docentes que van a cubrir los puestos en jornada completa y otros en reducida, y a la postre en el ejercicio y desempeño efectivo de los mismos.

No resulta controvertido en el expediente que doña LLL se encuentra en la misma situación que otros profesores que, disfrutando de una jornada reducida, solicitaron la reincorporación a la jornada completa antes del 31 de agosto, fecha en que finalizó el curso escolar. Pese a ello, recibió un trato de mayor rigor que aquellos, ya que no pudo hacer efectiva dicha reincorporación en la fecha solicitada.

Hay, pues, **una identidad de supuestos en la resolución que se quiere revisar y las que se traen de contraste, y un resultado perjudicial, pues se le deniega una solicitud que se reconoce a otros docentes.**

Sin embargo, también es cierto, que **ello ha sido debido a un cambio de criterio en la Administración, al considerar inaplicable la Instrucción de 30 de junio de 2021 de la Directora de Gestión de Personal**. Esto es, **a pesar de que no ha sido anulada ni derogada**, se ha considerado que no podría ser considerada fuente de derecho por incumplir unas condiciones mínimas para ello —por estar dictada por un órgano incompetente y sin seguirse el procedimiento legalmente establecido—.

Obviamente, **de haberse seguido aplicando como norma reglamentaria, los actos posteriores que han reconocido el derecho a la reincorporación antes del 31 de agosto habrían infringido el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos**.

Llegados a este punto, puede decirse **que en un corto periodo de tiempo, casi de forma coetánea, se ha considerado aplicable e inaplicable la instrucción sobre casos que tenían un presupuesto de hecho idéntico, con resultados absolutamente dispares**.

En principio, **la Administración ha actuado correctamente pues no tenía por qué adoptar la misma solución si considera que la misma está viciada**. Precisamente **el precedente no vincula**, pero sí que tiene que motivar, según el artículo 35.1.c) de la LPAC, los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes, como así ha sucedido.

Ahora bien, una vez corregida su línea interpretativa y dictadas resoluciones con otra solución sobre un supuesto sustancialmente igual, en un cambio consolidado que se aplica a los casos siguientes, se suscita una **posible infracción del principio de igualdad**.

La propuesta de resolución esgrime que no se trata de situaciones iguales, "pues las pretensiones de fin de reducción y vuelta a la jornada completa que fueron concedidas con carácter retroactivo por esta Dirección, fueron aquellas en las que los/las interesados/interesadas habían interpuesto en tiempo y forma el debido recurso de alzada".

Aun siendo un dato cierto que la revisión se produjo, por lo menos inicialmente, con la estimación de uno o varios recursos de alzada —solo se ha aportado una resolución— y que la interposición o no de un recurso ordinario administrativo en principio puede servir para considerar que los afectados no se encuentran en la misma situación jurídica, en este caso**, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, esta Comisión no le otorga trascendencia suficiente como justificación válida del trato diferenciado.**

Ello por cuanto que, **notificada la resolución denegatoria** el mismo día 8 de junio de 2022, **y teniendo doña LLL el plazo de un mes para interponer el recurso de alzada**, que por tanto vencía el 8 de julio de 2022, es de apreciar que, **antes de su conclusión, ya se había producido el cambio de criterio, con los consiguientes efectos jurídicos sobre la situación de otros docentes** —por lo menos así lo atestigua la Resolución de 22 de junio de 2022 del Viceconsejero de Administración y Servicios—.

Al haberse estimado una suerte de recurso indirecto contra reglamentos (artículo 112.3 LPAC), **no solo debía procederse a la inaplicación de la instrucción, sino que formalmente tenía que haber sido anulada, con efectos erga omnes, e igualmente darle a tal anulación la publicidad necesaria, por los efectos que tenía**. No consta que eso sucediera —según la interesada simplemente desapareció de la página web—.

Era exigible a la Administración una conducta lo suficientemente diligente en ese aspecto para evitar que quedaran consolidadas actuaciones contrarias al principio de igualdad.

Desde luego, parece poco probable que la interesada hubiera conocido lo resuelto en tales casos, pues no era parte y no le fueron notificadas las resoluciones.

Esa falta de publicidad resta valor al aquietamiento porque eso le impidió conocer que, estando todavía en plazo de recurso ordinario, una vez anulada la instrucción, el acto quedaba privado de motivación alguna, pese a ser un acto de gravamen [artículo 35.1.a) LPAC].

Una vez expulsada la instrucción del ordenamiento jurídico por la propia Administración, además, toda disquisición sobre su naturaleza quedaba eliminada, por lo que no hubiera tenido que entrar a analizar una cuestión ciertamente compleja, como hemos dejado explicado anteriormente.

Tanto da cómo se llamó, lo relevante era su contenido, como se desprende de una consolidada doctrina jurisprudencial, las dificultades para decantarse por una u otra opción —orden de servicio o disposición general— surgen en la práctica porque la solución depende del concreto contenido de la "instrucción".

Incluso como atestigua la Comunicación de 20 de julio de 2022 de la Directora de Gestión de Personal, obrante en el expediente, **el reconocimiento del derecho en el caso de otros docentes no se anuda a la estimación del recurso de alzada**, con el dictado de la resolución procedente, ex artículo 119 de la LPAC**, sino que**, sin ajustarse a tal mecanismo de revisión a instancia del interesado**, se "concede de oficio el fin de reducción de jornada solicitado**", en una suerte de revocación, que podría tener su fundamento en el artículo 109 de la LPAC.

Si tal revocación de oficio era viable fuera del estricto cauce del recurso de alzada, a fin de omitir las correspondientes formalidades**, no vemos las razones que impedían dejar sin efectos por dicha vía,** que desde luego no exige para su activación que el interesado recurra el acto, **la resolución cuya revisión se insta, con el reconocimiento a la interesada de su reincorporación a la jornada completa cuando lo solicitó, lo que hubiera restablecido la igualdad exigible en todos los casos sustancialmente iguales.**

En definitiva, a juicio de la Comisión, teniendo en cuenta las circunstancias singulares del

caso, **resulta en extremo formalista —y la imposición de una carga excesiva— exigir la interposición del recurso de alzada contra la resolución denegatoria como elemento imprescindible para conferir el derecho del que disfrutaron otros docentes.**

Sobre esa base, **procede estimar la petición de revisión de oficio porque se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley**, reconocido por el artículo 14 de la CE, que es susceptible de amparo constitucional —artículo 161.1.b) CE con relación al artículo 53.2 CE—, estando el acto incurso en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.a) de la LPAC.

DCJA 159/2023 párr. 80 a 101

B) Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absoluta mente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados

La pretensión de declaración de nulidad se formula, como se ha señalado, asumiendo que su base es la causa referida en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC —antes, con el mismo literal, artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992—, precepto cuya exégesis ha sido elaborada por la Comisión, entre otros muchos, en sus dictámenes 71/2005, 83/2005, 26/2011 y 139/2011.

La Comisión, por todos Dictamen 116/2014, ha incardinado en dicha causa aquellos actos dictados con omisión de todo procedimiento —el acto dictado de plano—, los que se han dictado siguiendo un procedimiento equivocado —la Administración ha de actuar precisamente a través del procedimiento legalmente establecido—, así como aquellos actos en los que se han omitido los trámites esenciales del procedimiento.

En cuanto al último supuesto, con un criterio coincidente con el utilizado por una doctrina jurisprudencial, la Comisión ha declarado que **la omisión total y absoluta de procedimiento no puede identificarse con la ausencia de todo trámite**, pues ello equivaldría a convertir la causa de nulidad considerada en un flatus vocis. La expresión **ha de ir referida a la omisión de trámites esenciales sin los que el procedimiento sencillamente no es reconocible** como tal (SSTS de 15 de febrero de 1988-Ar. 1142 y 23 de mayo de 1990-Ar. 4729).

Tendrían esa consideración **aquellos que deben practicarse de forma inexcusable para preparar y adoptar la resolución y que son decisivos para la regular y apropiada formación de la voluntad del órgano administrativo**.

En su Dictamen 840/2008, el Consejo de Estado (citando otro dictamen anterior) exponía los siguientes parámetros de enjuiciamiento:

> Para que concurra la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, se precisa que la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que se caractericen por su especial gravedad (dictámenes números 542/96, de 7 de marzo de 1996; 926/97, de 3 de abril de 1997; 4.894/97, de 23 de octubre de 1997 y 6.175/97, de 19 de febrero de 1998). En otros dictámenes (véase el número 2.301/98, de 10 de septiembre de 1998) se dice que para ello ”es necesario apreciar con rigor que el procedimiento se ha violentado de modo terminante y claro (...) debiendo justificarse cumplidamente que se ha producido alguna anomalía esencial en su tramitación”. En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1993 (RJ 1993/5657) así como otros dictámenes, que exigen ”omisiones sustanciales y de entidad, equiparable a la falta de aquellos requisitos procedimentales que configuran la esencialidad del procedimiento” (dictamen número 906/96, de 28 de marzo de 1996), o una omisión de ”hitos esenciales” del procedimiento (dictamen número 1.532/92, de 4 de marzo de 1993; véase también el número 45.853, de 17 de noviembre de 1983).

Para calificar la gravedad o esencialidad a que hacen referencia los dictámenes citados, **el Consejo de Estado exige que “no existan los engarces formales necesarios en el iter administrativo** para concluir en el acto que se pretende emanar, envolviendo tales ausencias o errores procedimentales un radical vicio **con irremediables efectos sobre el acto administrativo final**“ (dictamen número 2.756/96, de 25 de julio de 1996). Tales “engarces formales“ se reducen al “núcleo mínimo e irreductible de trámites procedimentales que deben desarrollarse para estudiar, preparar y“ adoptar una resolución (dictamen número 520/92, de 4 de junio de 1992), cuya omisión determinaría “una irregular e impropia formación de la voluntad administrativa que constituye el sustrato material de dicho acto aprobatorio“ (dictamen número 43.816, de 19 de noviembre de 1981)“.

Trasladando esa doctrina al caso, **son cuatro los defectos que el solicitante aprecia en el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 12 de enero de 2016 de modificación de la RPT de 2016**, su falta de motivación, la ausencia de negociación colectiva, la falta de valoración de los puestos, la omisión del trámite de audiencia previsto en el artículo 82 de la LPAC y, por último, la no emisión de un informe preceptivo por parte del Secretario. Los analizaremos siguiendo su orden, si bien dejaremos para el final el análisis de segundo porque constituye el supuesto más problemático.

En cuanto a la motivación, si bien dicha exigencia podría encajar en el supuesto del artículo 35.1.i) de la LPAC, los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, y, sin duda, **una RPT es manifestación de la potestad autoorganizativa discrecional de la Administración,** lo cierto es que para descartar que pudiera justificar la nulidad del acto basta con constatar que **no estamos hablando propiamente de un trámite del procedimiento sino del contenido necesario del acto.**

En cualquier caso, **la jurisprudencia ha admitido la motivación in aliunde**, por todas, STS de 5 de marzo de 2012 (cas. 6515/2010): “Es sabido que la **motivación puede** no **venir** contenida en el propio acto administrativo, sino **en los informes o dictámenes que le preceden** y sirven de sustento

argumental, dado que '…la jurisprudencia, al examinar la motivación de los actos administrativos, no los ha aislado, sino que los ha puesto en interrelación con el conjunto que integra los expedientes, a los que ha atribuido la condición de unidad orgánica, sobre todo en los supuestos de aceptación de informes o dictámenes (motivación 'in aliunde'). (SSTS 11/marzo/78 , 16/febrero/88, 2/julio/91).

En este caso, las razones de la modificación que afecta a los puestos del Servicio de Medio Ambiente de la mancomunidad **se exteriorizan en los informes emitidos por la Responsable del Servicio y Responsable de Explotación**, y se plasman de forma detallada en el Programa de Racionalización de Recursos Humanos, en el que se describen las funciones correspondientes a cada uno de ellos.

La falta de valoración de los puestos, debe ponerse en conexión con lo dispuesto en el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de Administración Local.

El artículo 4 del Real Decreto 861/1986 está dedicado al complemento específico, y sus tres primeros apartados señalan lo siguiente:

> 1. **El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad.** En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo.
>
> 2. El establecimiento o modificación del complemento específico **exigirá**, con carácter previo, **que por la Corporación se efectúe una valoración del puesto** de trabajo atendiendo a las circunstancias expresadas en el número 1 de este artículo.
>
> 3. Efectuada la valoración, el Pleno de la Corporación, al aprobar la relación de puestos de trabajo, determinará aquéllos a los que corresponde un complemento específico, señalando su respectiva cuantía.

Ninguna duda cabe que es precisa la valoración del puesto, atendiendo los factores relacionados en el apartado 1, para el establecimiento o modificación del complemento específico.

Examinado el expediente, **no hay constancia alguna de que se haya producido tal valoración, aplicando un manual u otro instrumento para fijar el complemento** de especifico de los puestos de Responsable del Servicio de Medio Ambiente y de Responsable del Explotación del Servicio de Medio Ambiente.

Ahora bien, preciso es también advertir que **el Acuerdo de la Junta de Gobierno que aprue-**

ba la RPT ni establece ex novo el complemento específico, debiendo suponerse que los puestos fueron valorados en el pasado, ni lo modifica por una nueva valoración de los factores implicados, **por lo que tal valoración no resulta exigible.**

Respecto a la participación de los interesados, al ser la RPT un acto administrativo con destinatarios plúrimos o indeterminados no es preciso conceder trámite de audiencia.

No obstante, **para el caso de los titulares de los puestos que son modificados podría resultar exigible.**

Aunque en general constituya un trámite esencial del procedimiento, en particular su omisión no da lugar "siempre y de forma automática" a la nulidad por esta causa. Tanto la jurisprudencia (STS de 17 de octubre de 1991 o 27 de enero de 2004) como el Consejo de Estado **exige**n **ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada,** la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de haberse observado el trámite omitido (dictámenes números 6.175/97, de 19 de febrero de 1998, 1/98, de 21 de mayo de 1998, 1.949/2000, 2.132/2000 y 612/2001, entre otros). En determinadas circunstancias, **cuando un examen detenido del expediente permita excluir que la omisión del trámite de audiencia haya causado indefensión a los interesados, tal omisión puede no dar lugar a un vicio de nulidad de pleno derecho** (véase el dictamen número 612/2001 del Consejo de Estado).

En este caso, resulta claro que no son tales titulares los que han objetado sobre tal posible carencia, lo cual puede ser debido a que precisamente fueron los que impulsaron la modificación con sus informes, y que el artículo 82.4 de la LPAC indica que se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

De otro lado, atendida **la posible repercusión de la RPT sobre el conjunto de los empleados de la mancomunidad, observamos que se dio oportunidad a estos de comparecer y formular alegaciones, al acordarse la apertura de un periodo de información pública.**

Como refiere el Presidente de la Mancomunidad (BOG nº 24, de 8 de febrero de 2016), la aprobación definitiva de la RPT de 2016 no se produce hasta que transcurre "el plazo de información pública sin que se haya presentado reclamación u observación alguna, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en el artículo 16 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, se publica la Relación de Puestos de Trabajo de la Mancomunidad de Debagoiena para el año 2016, aprobada por la Junta de Gobierno, en sesión celebrada el día 12 de enero de 2016".

En definitiva, no podemos concluir que se ha producido una quiebra relevante del procedimiento por tal motivo.

Para constatar que infringe el ordenamiento jurídico **la ausencia de emisión de informe por parte del Secretario**, se invoca lo dispuesto **en el artículo 3.3. 6º del Real Decreto 128/2018**, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Según tal precepto la función pública de Secretaría consistente en el asesoramiento legal preceptivo comprende la emisión de informe previo en el supuesto de "aprobación y modificación de relaciones de puestos de trabajo y catálogos de personal".

Sin embargo, tal y como acertadamente se expone en el informe-propuesta, **la RPT de 2016 se aprueba cuando todavía no estaba vigente dicho real decreto, sino el Real Decreto 1174/1987**, de 18 de septiembre, por el **que** se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional, que aquel deroga (disposición derogatoria única).

Tal Real Decreto 1174/1987 **no contempla la obligación del preceptivo informe previo de la Secretaria en el caso de las relaciones de puesto de trabajo.**

Por otro lado, el artículo 173.1 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, prevé:

> 1. Será necesario el informe previo del Secretario y además, en su caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan para la adopción de los siguientes acuerdos:
>
> a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse.
>
> b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial.
>
> 2. Los informes que se emitan deberán señalar la legislación en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto"

En tanto que la aprobación de la RPT no requiere una mayoría especial, sino una mayoría simple, salvo que así lo acuerde el Presidente de la Junta de Gobierno o lo solicite un tercio de sus miembros, no es preceptivo el informe previo de la Secretaria.

Hemos dejado para el último lugar, **la cuestión relativa a l**a denunciada **falta de negociación de la modificación de la RPT** del año 2016.

El artículo 37.1 del **Estatuto básico del empleado público** (EBEP), aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, establece las materias que son objeto de negociación "en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso".

Por su parte, el artículo 37.2.a) del EBEP excluye de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, pero añade una contra excepción, porque cuando las consecuencias de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto.

A su vez, el artículo 39 del EBEP establece el cauce institucional para hacer efectiva esa negociación, distinguiendo la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (apartado 1) y las Mesas Generales de cada Administración Pública (apartado 3) para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de la misma.

Añade el artículo 39.3 del EBEP que son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las organizaciones sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate.

En relación con el régimen actualmente vigente sobre la negociación colectiva, ya la STS de 2 de diciembre de 2010 (cas. 4778/2009) declaró que "(...) la nueva regulación **exige,** contrariamente a lo prevenido en la Ley 9/87, **que las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, entre las que cabe citar las relativas a la aprobación de las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico legalmente previsto para llevar a cabo la ordenación del personal, en cuanto repercutan en las condiciones de trabajo de los funcionarios, sean objeto de negociación con las organizaciones sindicales**". Y concluyó que "su ausencia debe valorarse como equivalente a la omisión de un esencial trámite procedimental incardinable en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/92" —ahora artículo 47.1.e) LPAC—.

Por tanto, **se encuentra plenamente consolidada la doctrina de que ha de realizarse una previa negociación colectiva a la modificación de una RPT para que puedan analizarse las consecuencias de la misma con la parte social** y poder exponer las diferentes alterna-

tivas u opciones que se plantean ante la nueva organización administrativa.

En el supuesto que examinamos, la modificación de la RPT del año 2016 que suponía una actualización de la titulación de los puestos de Responsable del Servicio de Medio Ambiente y de Responsable de Explotación del Servicio de Medio Ambiente, así como del perfil lingüístico de este último, y por tanto afectaba al acceso a tales puestos, debía ser objeto de negociación en la Mesa de Negociación General de la Mancomunidad de Debagoiena.

Con tal premisa, en primer lugar, **no podemos ignorar que sí existió participación de la parte social, al ser aprobada por la Comisión de Personal** el 10 de diciembre de 2015, **en la que están representados la Junta de Gobierno de la mancomunidad y los representantes de los sindicatos que ostentan legitimación para negociar**, en consideración a los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral de la mancomunidad.

En segundo lugar, **dicha participación se produjo antes de la aprobación de la RPT** por parte de la Junta de Gobierno de la mancomunidad, por lo que pudieron manifestar y exponer las consideraciones que estimaron oportunas, lo que la convierte en una decisión marcada por la transparencia y buena administración.

En tercer lugar, el objeto de la modificación era ciertamente limitado, por lo que la negociación no tenía por qué prolongarse en exceso, sobre todo cuando afectaba a cuestiones técnicas, caso de la titulación académica —que debe responder a las necesidades de formación de tales profesionales— o implicaba seguir criterios de asignación aplicados previamente, caso del perfil —atendidas las funciones del puesto y la realidad sociolingüística de los municipios mancomunados—.

Y lo que resulta más decisivo, **ningún sindicato formuló ninguna objeción ni planteó ninguna alternativa u opción diferente**; estos se limitaron a aprobar la propuesta presentada y, desde luego, no han combatido la RPT por haberse frustrado su posibilidad de acordarla con otro contenido.

En definitiva, no puede afirmarse con rotundidad que exista un vicio de nulidad de pleno derecho porque no se ha generado ninguna lesión del contenido esencial del derecho reconocido a las organizaciones sindicales legitimadas a participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva, del que solamente ellas son sus titulares.

DCJA 193/2023 párr. 91 a 132

C) Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al orde namiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

Más **complejo resulta dilucidar si era posible una promoción interna horizontal, definida como el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, pero cruzada**, **de la Subescala de Servicios Especiales de la Escala de Administración Especial, en la que se integra la Policía Local (artículo 172.2 TRLL) a la Subescala de Administrativa de la Escala de Administración General** [**artículo 169.1.c) TRRL**]**,** al estar ambas clasificadas en el Grupo C, subgrupo C1, Título de Bachiller o Técnico.

Análisis que abordamos a la vista de las alegaciones del interesado, no sin antes advertir que no es objeto de este expediente de revisión de oficio el acto que admite a don GGG como aspirante por el turno de promoción interna ni el posterior acto de nombramiento, una vez superado el proceso electivo.

La clasificación de los agentes de Policía Local se establece en el artículo 118 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco (LPPV), en su nueva redacción dada por el artículo único, sesenta y cuatro, de la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco, así como en la disposición transitoria quinta de la misma. En la actualidad está prevista en el artículo 35 y disposición transitoria 4ª del Texto refundido de la Ley de policía del País Vasco (TRLPPV), aprobada por el Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio.

Sin duda, la Ley de policía del País Vasco contiene las reglas aplicables a la selección e ingreso en las escalas de Policía Local y, en concreto, las de acceso por promoción interna.

Lo debatido es si solamente es posible su promoción interna dentro de los cuerpos policiales, en cuyo caso teniendo en cuenta los habitantes de Tolosa, los agentes únicamente podrían aspirar al acceso a las categorías, caso de que existieran, de agente primero, oficial y suboficial, también clasificadas en el Grupo C, subgrupo C1.

El órgano municipal ha considerado, a fin de dotar de expectativas de progresión profesional a tales agentes, **que también cabe su promoción interna vertical u horizontal para acceder a Subescalas de la Escala de Administración General.**

La disposición final 3ª de la LBRL prevé que el personal de las Policías Municipales y de los Cuerpos de Bomberos gozará de un Estatuto específico, aprobado reglamentariamente, teniendo en cuenta respecto de los primeros la Ley de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Las disposiciones cuarta y quinta del TRRL establecen reglas transitorias a la espera de la aprobación de tales estatutos. La disposición adicional 11º y transitoria quinta de la LFPV se remiten a las normas que sobre promoción interna se establezcan mediante ley del Parlamento Vasco, acorde con la estructura y necesidades de la función policial.

Aunque la LMRFP nada decía sobre este personal, la disposición adicional 24ª, añadida por el artículo 50.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, se limita a indicar que el personal de la Policía Local, de los servicios de extinción de incendios y de los agentes rurales de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales queda exceptuado de la posibilidad de permanencia voluntaria en la situación de servicio activo prevista en el artículo 33 de la presente ley.

La disposición adicional sexta del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, establece que la selección de los funcionarios de los Cuerpos de Policía Local y de Bomberos se regirá por lo establecido en el presente real decreto en cuanto no se oponga a sus normas específicas.

Más recientemente, el artículo 3.2 del TREBEP dispone que los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Distinto parece el enfoque del artículo 4.2 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco, que declara su aplicabilidad "siempre que así lo disponga la legislación en materia de policía de la Comunidad Autónoma de Euskadi", sin perjuicio de su carácter supletorio cuando así proceda.

En resumen, **existen elementos que inducen a sostener la singularidad de los Cuerpos de Policía Local, cuya promoción interna se encuentra regulada en las normas de su estatuto específico, incluido en el caso de los funcionarios de la Policía Local del País Vasco en el TRLPPV.**

Pero no podemos decir que se encuentre enteramente proscrita la promoción interna cruzada en el ámbito de las corporaciones locales. Al fin y al cabo, **la promoción interna horizontal de los funcionarios locales para el acceso a otro Cuerpo o Escala del mismo Subgrupo está definida de forma amplia en las normas comunes aplicables a tales funcionarios, siendo parte de tales funcionarios los funcionarios de la Policía local integrados en la Subescala de Servicios Especiales.**

A juicio de la Comisión, pese a las evidentes singularidades de cada caso, puede traerse a colación la STS de 6 de julio de 2015 (RJ 2015/4114) en la que se daba el caso contrario, al participar por promoción interna funcionarios del Cuerpo de Administración Auxiliar, Escala Auxiliar de Transporte Sanitario, a plazas de bombero especialista:

> En efecto, el artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1/2006 no contempla la promoción interna como vía de acceder al Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid por la categoría de Bombero Especialista salvo en el supuesto previsto en su disposición transitoria primera, en el que no se encuentran los aspirantes nombrados por ese turno. Estos preceptos con fuerza de ley limitan la promoción interna como forma de acceso a la categoría de Bombero Especia-

lista a los funcionarios con la categoría de Bombero a extinguir. Fuera de ese caso solamente contemplan la promoción interna para quienes ya pertenezcan al Cuerpo de Bomberos de la Comunidad de Madrid y quieran acceder por esa vía a la Escala Técnica o de Mando o a otras categorías de la Escala Ejecutiva u Operativa. En cambio, para ingresar al Cuerpo por la de Bombero Especialista el procedimiento es el de concurso-oposición en convocatoria libre. Por tanto, no hay concordancia entre la base 2.2 de la Orden de 30, la de julio de 2010, que abre el acceso a este Cuerpo por el cauce de la promoción interna a funcionarios de cuerpos o escalas del grupo C2 y la delimitación legalmente establecida por la propia Comunidad de Madrid.

No obstante, esta circunstancia no es suficiente para apreciar la concurrencia en este caso de un supuesto de nulidad de pleno Derecho de los considerados por el artículo 62 de la Ley 30/1992. Y es que ni se dan las circunstancias contempladas en el apartado 1 de este precepto ni esa regulación autonómica entraña expresamente la prohibición de utilizar la vía de la promoción interna en el sentido dispuesto por la Orden de 30 de julio de 2010, con lo que tampoco podría aducirse el apartado 2, todo ello al margen de que puede razonarse, en principio, desde el Estatuto Básico del Empleado Público su procedencia. Estas consideraciones excluyen por tanto, que nos encontremos en uno de los casos en los que la falta de impugnación en tiempo de las bases de la convocatoria no impide combatirlas con motivo de sus actos de aplicación.

A la misma conclusión desestimatoria ha de llevar la segunda parte del motivo de casación porque, como se aprecia con la sola lectura de los términos en que está planteada, nos reclama, no la comprobación de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno Derecho, sino un juicio sobre la correspondencia de las funciones de cuerpos y escalas diferentes, combinando la alegación de preceptos legales y reglamentarios que no contienen la exigencia expresa de homogeneidad funcional en la que insiste el recurrente con la de la Oferta de Empleo Público y la disposición adicional novena del Real Decreto 364/1995, la cual ni contempla exactamente el supuesto que se dio aquí, ni exige homogeneidad sino solamente coincidencia del área de actividad o funcional cuando existan.

Son de aplicación las normas específicas que rigen el estatuto del Cuerpo de Bomberos, pero **abierta en la convocatoria la promoción interna cruzada, al no existir una prohibición expresa en la regulación autonómica, ni ser contraria al TREBEP, esta circunstancia no es suficiente para apreciar la concurrencia de un supuesto de nulidad de pleno Derecho**.

Desde el presupuesto de los requisitos esenciales**, además, no se aprecia que la pervivencia del acto de admisión y posterior nombramiento de don GGG implique una grave vulneración del interés público que debe presidir la cobertura de las necesidades de la Administración, porque con su selección,** acreditada la titulación exigida y una vez superada la prueba obligatoria y eliminatoria de la fase de oposición, **no quedarán desatendidos los puestos de trabajo predominantemente burocráticos que puede cubrir, sin que veamos obstáculo para que realice las tareas administrativas, normalmente de trámite y colaboración que se reservan a los administrativos**.

Basta añadir, por último, que **la interconexión entre las tareas policiales y administrativas**

es la que explica la situación de segunda actividad de los funcionarios policiales.

En fin, examinadas todas las circunstancias concurrentes, estima la Comisión que **no procede acordar la revisión de los actos**.

DCJA 30/2023 párr. 153 a 169

En el presente supuesto, es evidente que el proceder de todo funcionario público debe estar guiado por una imparcialidad objetiva, que le impide intervenir en asuntos en los que tenga un interés personal. Y que, cuando se producen este tipo de circunstancias la persona, deberá abstenerse de intervenir apartándose del conocimiento del asunto de manera inmediata y definitiva.

No obstante, en casos como el presente en los que **el deber de abstención no ha sido observado**, el incumplimiento, además de una posible responsabilidad disciplinaria, pudiera acarrear la invalidez del acto producto de la actuación. Si bien, tal y como señala el artículo 23.4 de la LRJSP, "la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido".

En este tipo de supuestos, siguiendo al Tribunal Supremo, la relevancia de la intervención es la que nos guiará sobre la posible anulabilidad del acto. Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de septiembre de 2016:

> si la indebida intervención no ha tenido una influencia decisiva, se aplicará el principio de conservación de los actos administrativos, y la presunción de validez que a los mismos confiere el art. 57.1 de la Ley 30/1992 .En efecto, la Jurisprudencia, de forma pacífica y reiterada se ha pronunciado en el sentido de que la violación del deber de abstención no conduce inexorablemente a la declaración de nulidad o anulabilidad del procedimiento, salvo que haya tenido una trascendencia substancial (STS de 6 de diciembre de 1985), 4 de mayo de 1990 , 31 de enero de 1992 y 18 de mayo de 1994 entre otras muchas.)

Es decir, **si la participación del funcionario en el expediente ha sido decisiva en el resultado del acto habremos de concluir que existe un vicio de nulidad. Ahora bien, si la participación no produce una variación del resultado del mismo no estaríamos ante un vicio invalidante, por lo que se deberían conservar los actos.**

En el **presente supuesto la participación del tramitador como instructor en el procedimiento selectivo en el que él mismo resulta elegido** y, por lo tanto, tiene un interés perso-

nal directo en el resultado parece que nos obligaría a declarar la nulidad de todos los trámites, en virtud de lo señalado en el artículo 41.1.e), lo que supondría retrotraer el expediente hasta su origen.

Sin embargo, no puede descartarse que, **tramitado nuevamente el procedimiento, don JJJ pudiera ser igualmente el candidato idóneo al puesto ya que**, de los informes que obran en el expediente, **no queda suficientemente aclarado, a pesar de la existencia de unas bolsas de trabajo, cuál hubiera sido el procedimiento que se debería haber seguido para el nombramiento de personal interino** en este caso y su resultado.

Tampoco queda claro si don JJJ formaba parte de las listas de sustituciones o de otras o de si el puesto debía ser ofrecido al personal funcionario interino en activo. **Lo único evidente es que de alguna forma estaba en disposición de ser nombrado, cosa que ocurrió, lo cual eliminaría de plano la posible nulidad radical del acto** por la vía del artículo 47.1.f). En su caso, el mismo podría estar sometido a alguna de las causas de anulabilidad previstas en el artículo 48 de la LPAC.

No obstante lo anterior, en el presente supuesto, más allá de las consideraciones sobre la concurrencia o no de una u otra causa de nulidad, **el verdadero asunto que se suscita es la necesidad o no de instruir un expediente de revisión de oficio para anular un acto de nombramiento que no está vigente. Se trata de un acto que quedó sin efectos a los pocos días de su vigencia y que no ha generado más efectos que los asociados al desempeño del puesto durante un brevísimo espacio temporal**.

Es decir, no se trata de revocar un acto de nombramiento a una persona funcionaria interina que se encuentre en el desempeño efectivo del puesto, ni un reconocimiento efectuado a la misma que sea preciso dejar sin efecto, supuestos en los que el instituto de la revisión de oficio se muestra como el instrumento necesario para dejar sin efectos actos en vigor y que despliegan efectos jurídicos. Sino la de dejar sin efecto un acto que no se encuentra en vigor.

Así, **esta Comisión considera que carece de objeto someter a revisión un acto de nombramiento como el aquí planteado cuando el interesado ya ha cesado en el puesto para el que fue nombrado.** Se trata de un acto que no se encuentra en vigor, que ha perdido vigencia, y que carece en este momento de efectos económicos y administrativos**. Por lo tanto, no se aprecia una necesidad de revocación.**

Parece que **el fin de la presente revisión es eliminar los efectos desplegados por el acto viciado de nulidad.** En este sentido, tal y como señala el informe de la Técnico de secretaria, "dado que la nulidad de pleno derecho produce efectos ex tunc", se debería revisar la posible acción para **reclamar las cantidades abonadas al trabajador** desde la fecha de efectos 13 de abril de 2023 hasta la fecha de 20 del mismo mes, en la que se aceptó la renuncia voluntaria, por poder considerarse indebidamente abonadas.

Ahora bien, dichas afirmaciones obvian la reiterada jurisprudencia en la materia contraria a la exigencia de la devolución de las cantidades reclamadas en supuestos de nombramientos ilegales o, incluso, en casos en los que se da una ausencia del mismo. **La reclamación de la restitución de las cantidades percibidas constituiría una actuación contraria, no solo al principio de los actos propios, sino también al del enriquecimiento injusto, pues supondría que el ayuntamiento se ha beneficiado de la prestación de unos servicios durante un período que dejaría de retribuir**.

En este ámbito, es preciso traer a colación la regla "servicio prestado, servicio retribuido" citada en el Dictamen del Consejo de Estado 5339/1989, según la cual, "constituye un principio aceptado el de que, en términos generales, deba retribuirse el servicio efectivamente prestado, con independencia de la concreta naturaleza jurídica de la relación que pudiera ligar al prestador del servicio y a la Administración". La cuál ha sido corroborada por el Tribunal Supremo invocando la prohibición de enriquecimiento administrativo y condenando a la Administración a pagar las prestaciones realmente realizadas, aunque no había nombramiento o era ilegal, incluso ya anulado con anterioridad (STS de 19 de noviembre de 1986 y de 12 de julio de 1994).

DCJA 133/2023 párr. 48 a 60

En el presente supuesto, **la solicitud de nulidad está soportada en la no acreditación del requisito de la Especialidad en Igualdad en Hombres y Mujeres necesario para desempeñar el puesto de trabajo convocado.**

Tal y como recoge la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de empleo público vasco (LEPV), en su artículo 94.7, para la provisión de un puesto de trabajo será necesario cumplir todos los requisitos y demás exigencias establecidos en la relación de puestos de trabajo o, en su caso, en los instrumentos de gestión complementaria, salvo las excepciones que sean establecidas por cada Administración pública en los distintos supuestos de provisión temporal del puesto de trabajo o cuando así se prevea en un plan de ordenación de empleo público.

Por su parte, el artículo 45.1 del mismo texto legal determina que "Las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento mediante el cual las administraciones públicas vascas racionalizan y ordenan sus estructuras internas, determinan sus necesidades de personal, definen los requisitos exigidos para su desempeño y clasifican cada uno de los puestos de trabajo, de acuerdo con los criterios de eficacia, eficiencia y racionalidad organizativa".

Y el artículo 46.2, en relación al contenido de las relaciones de puestos de trabajo, establece que en las mismas se concretarán, asimismo, los requisitos específicos que, en su caso, se exijan para el desempeño de un determinado puesto de trabajo.

Así, tal y como dispone el artículo 4 de la Ley 7/2021, de 11 de noviembre, de los cuerpos y de las escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, LCEE), dedicado a las especialidades de los cuerpos y escalas, "cuando el contenido técnico y particularizado de determinados puestos de trabajo exija como requisito para su desempeño una mayor individualización de las funciones de los cuerpos y de las escalas, podrán crearse especialidades".

En desarrollo de la anterior ley se aprobó **el Decreto 57/2022, de 3 de mayo, por el que se establecen las funciones de las escalas de los cuerpos especiales** de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se regulan las especialidades y **se crea la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres.**

En su artículo 8, regula la creación y las funciones de la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres. Y en el artículo 10 determina que la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres se exigirá para el desempeño del puesto de trabajo que la requieran y así venga establecido en las relaciones de puestos de trabajo.

Con posterioridad, el Decreto 61/2022, de 17 de mayo, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi (RPT), establece como requisito específico para el puesto de Técnico/a en materia de Igualdad de Mujeres y Hombres del Departamento de …, código 510730, dotación 20, la Especialidad de Igualdad en Mujeres y Hombres.

En cuanto a la forma de adquisición de la especialidad, el artículo 9 del Decreto 57/2022 citado señala que **la Especialidad** en Igualdad de Mujeres y Hombres **se adquirirá por la superación de un procedimiento selectivo destinado a acreditar conocimientos en el ámbito de igualdad, detallando que para participar en el mismo se podrá exigir la acreditación de experiencia o de formación en el ámbito de igualdad.**

Añadido a lo anterior, la disposición adicional del referido decreto regula la adquisición extraordinaria de la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres. En la misma se determina que "**Con carácter extraordinario, se reconocerá, de oficio, la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres al personal funcionario, de carrera o interino, que haya desempeñado puestos adscritos a la especialidad citada, durante mínimo de cinco años, anteriores a la entrada en vigor de este Decreto".**

Con dicho panorama **se realiza la convocatoria de la comisión de servicios a la que se presentaron cinco personas, de las que, en principio, ninguna cumplía el requisito de especialidad** mencionado.

Sobre los motivos que condujeron a la propuesta de nombramiento, **el informe del Departamento** de … indica que se basan en el Decreto 57/2022 referido. En su razonamiento estiman que la "disposición adicional no señala que los puestos adscritos a la especialidad tengan que ser en puestos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi. **Entendemos que con el literal**

del decreto cabe tener experiencia en otros puestos de otras Administraciones".

Además, según argumenta, "Si bien es cierto que el art. 9 del Decreto dice que la especialidad se acreditará mediante Orden de la Consejera de Gobernanza Pública y Autogobierno y que la Orden de 7 de octubre de 2022 no reconocía la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres a doña OOO, no debe considerarse que está Orden sea el único acto administrativo que sirva de acreditación de todas las especialidades de Igualdad de aquéllos que la ostentan. En ese sentido no es publicada en el BOPV, sino notificada personalmente a las personas incluidas en la misma".

Afirma que la Orden de 8 de septiembre de 2022 de la Consejera de Gobernanza Publica y Autogobierno, por la que se convocan procesos especiales de consolidación de empleo y procesos excepcionales de consolidación de empleo en Cuerpos y Escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos, establece en el apartado 6 del anexo I lo siguiente:

> 6.— Acreditación de la especialidad en igualdad de mujeres y hombres.
>
> 6.1.— Tienen reconocida, de oficio, esta especialidad el personal funcionario de carrera o interino que haya desempeñado puestos adscritos a la especialidad citada, durante un período mínimo de cinco años, anteriores a la entrada en vigor del Decreto 57/2022, de 3 de mayo, por el que se establecen las funciones de las escalas de los cuerpos especiales de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, se regulan las especialidades y se crea la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres (Disposición Adicional).
>
> 6.2.— Así mismo, las personas aspirantes, podrán acreditar dicha especialidad: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto antes citado, mediante la superación de una prueba específica, cuyas características se especifican en los apartados siguientes.

En consecuencia, argumenta que en la Orden de 8 de septiembre de 2022 se puede ver que una de las opciones de acreditación es la prevista en la disposición adicional, de oficio sin más condicionantes, y la otra es la prevista en el artículo 9 del decreto, que sí exigiría orden de la Consejera de Gobernanza Pública y Autogobierno.

Y afirma que "la interpretación realizada por el Departamento de … es que, cumpliendo el requisito de la Disposición Adicional citada, ya se adquiere y, por tanto, queda acreditada la posesión de la citada especialidad".

Por ello, **considera que la propuesta de adjudicación de la convocatoria en comisión de servicios a favor de doña OOO se realizó correctamente en base a las certificaciones presentadas, que acreditan una experiencia superior a 5 años** en puestos de Técnica de Igualdad de la aspirante. **Además del** trabajo realizado en el Gobierno Vasco, acredita expe-

riencia en la Administración Local.

Por su parte, **la Dirección de Función** considera que el Decreto 57/2022 regula de manera clara la forma de adquisición de la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres. Así, en cuanto al reconocimiento extraordinario de la disposición adicional indica que, siendo competencia de la Consejera de Gobernanza Pública y Autogobierno, el mismo se ha tramitado mediante Orden por la que se reconoce, con carácter extraordinario, la Especialidad en Igualdad de Mujeres y Hombres.

Ahora bien, pone de manifiesto que, **tras realizar la pertinente comprobación, se ha constatado que la candidata no tiene reconocida dicha especialidad ya que no ha desempeñado puestos adscritos a la especialidad de igualdad durante los cinco años anteriores a la entrada en vigor del Decreto 57/2022, aunque estaba apuntada para realizar la prueba que se celebró el 28 de marzo de 2023.**

Según argumentan, **el desempeño de puestos adscritos a la especialidad se refiere a los puestos de esta Administración, que son los únicas que pueden tener la especialidad de acuerdo con la LCEE**. Y exponen que:

> Al respecto, hay que señalar que el criterio para entender acreditada de oficio la especialidad referida que ha adoptado y seguido esta Dirección y, además, así se ha trasladado al proceso selectivo de acceso a la condición de funcionario de carrera, ha sido el indicado anteriormente en el apartado b), sin perjuicio del error cometido en la verificación de la adjudicación del puesto en el procedimiento de comisión de servicios que motiva el nombramiento de la funcionaria que se revisa.
>
> Por consiguiente, el nombramiento de interinidad de OOO es contrario al ordenamiento jurídico, por permitirle desempeñar un puesto sin cumplir el requisito exigido en la RPT. La especialidad sólo puede adquirirse por el desempeño de puestos de esta Administración, que son los únicos que están adscritos a través de la RPT a dicha especialidad.

Por su parte, doña OOO, tras citar jurisprudencia al respecto, solicita que se tenga en cuenta lo establecido en el artículo 110 de la LPAC respecto a los límites de la revisión. Manifiesta que en todo momento ha actuado de buena fe y que ha cumplido y cumple los requisitos para el desempeño del puesto.

En cualquier caso, estima que no debe salir perjudicada por el hecho de anular el acto de nombramiento en comisión de servicios. Y en el caso de que se anule su nombramiento, solicita la subsistencia y continuación de las relaciones de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, desde la fecha de efectos del cese/nombramiento ilegal cuya nulidad se confirma. En este caso, los efectos ex tunc mantienen la situación jurídica anterior, esto es, el nombramiento en el puesto de Técnico/a en materia de Igualdad de Hombres y Mujeres del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, que cuando se formalizó

por la interesada no exigía el requisito de la especialidad, sino un requisito de formación que sí tenía la funcionaria.

Con estos antecedentes **debemos analizar si la falta de acreditación de la Especialidad en Igualdad de Hombres y Mujeres puede encajar en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) de la LPAC.**

A la vista de los antecedentes descritos, en una primera aproximación se puede afirmar que la ausencia de uno de los requisitos contemplados en la relación de puestos de trabajo y, por tanto, necesarios para su desempeño constituye un elemento esencial de la relación jurídica, por lo que el nombramiento de una persona que no cumple dicho requisito encaja adecuadamente en el supuesto del artículo 47.1.f) de la LPAC.

Si bien, **en la interpretación de si la naturaleza del requisito exigido por la norma sectorial ostenta el rango de esencial, a los efectos del artículo 47.1.f) de la LPAC, se ha considerado adecuado doctrinalmente realizar un "juicio de relevancia" del mismo, "ponderándose la trascendencia de la carencia del requisito con el fin público perseguido con su exigencia".**

En el presente caso, la consideración del requisito de la especialidad como un requisito esencial viene determinada por la necesidad de que el desempeño de determinados puestos de trabajo requiere unos conocimientos o requisitos específicos que son los que acredita la especialidad, lo que facilita que el personal funcionario desempeñe de una manera más adecuada las funciones de los puestos.

Como ya hemos anunciado, el artículo 4 de la LCEE [Ley 7/2021, de 11 de noviembre, de los cuerpos y de las escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi] contextualiza la existencia de una mayor especialización en una objetivación de sus contenidos mediante la creación de la especialidad. Se trata de asegurar que el desempeño de los puestos de trabajo no sea realizado por personas que carezcan de los conocimientos, habilidades o experiencia necesaria para el desempeño de las funciones de los puestos. Así, en el caso concreto de los puestos de técnico superior en igualdad se ha sustituido la exigencia para el acceso de haber realizado un curso de formación en materia de igualdad de mujeres y hombres o de violencia contra las mujeres de, al menos, 150 horas de duración, impartido por una universidad o Administración pública, por una acreditación derivada de la experiencia o de la superación de una prueba que acredita de manera más adecuada los conocimientos requeridos para el desempeño.

Con carácter general la carencia de los títulos o requisitos legalmente exigidos para el acceso al empleo público es considerada, tanto por el Consejo de Estado como por el resto de órganos **consultivos, como un requiso esencial** cuya ausencia vicia de nulidad de pleno derecho el acto favorable declarativo de derechos (entre otros, dictámenes del Consejo de Estado 1201/2001 y 402/2010).

Tal y como detalla la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5896/20160 de 14 de junio (rec 14/2016), "la falta de la titulación exigida en el nombramiento de un funcionario, al ser aquella un requisito esencial para ingresar en la Administración, constituye un acto contrario al ordenamiento jurídico que tiene su encaje en lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 noviembre".

Esta consideración parece que nos llevaría indefectiblemente a la conclusión de que la subsanación del vicio existente se debería someter a un procedimiento de revisión de oficio, para dejar sin efecto un acto favorable declarativo de derechos.

La excepcionalidad del caso planteado

No obstante, aun aceptada la tesis anterior, tal premisa no impone como solución jurídica la revisión del acto objeto del expediente, por las razones que a continuación se exponen.

Como ha quedado expuesto anteriormente, **existe una controversia, no sobre el propio requisito, sino sobre su acreditación por parte de la interesada**.

En el presente supuesto **la discrepancia surge respecto de la acreditación excepcional de oficio regulada a través de la disposición adicional del decreto de creación de la Especialidad en Igualdad en Mujeres y Hombres.**

Por parte de **la Dirección de Función Pública se postula la interpretación de que la experiencia requerida se circunscribe únicamente a la adquirida en puestos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), sin tener en cuenta la adquirida en la Administración local**.

Ahora bien, **en nuestra opinión, la disposición adicional no es contundente respecto a que la única experiencia válida para acreditar la especialidad es la adquirida por desempeño en puestos de la Administración General de la CAPV, sin que se pueda soslayar de entrada que la experiencia se pueda adquirir igualmente en puestos de otras administraciones públicas con contenidos similares**.

A sensu contrario, **si esa era la intención, bien podría haberse expresado claramente** en la norma que se reconocerá excepcionalmente la especialidad a las personas que hubieran ocupado puestos a los que se atribuya la especialidad en la relación de puestos de trabajo de la Administración General de la CAPV.

También existe una discrepancia sobre la necesidad de un acto expreso de reconocimiento de la especialidad, y al adjudicarse el puesto, la propuesta del Departamento de …, que entendió que era suficiente con tener la experiencia, sin necesidad de tal reconocimiento, fue avalada por la Dirección de Función Pública.

En ese contexto, es necesario recordar que en el tema de las especialidades nos encontramos en un periodo transitorio en el que se han configurado únicamente dos especialidades y se han establecido las formas de acreditación de las mismas por parte de las personas funcionarias interinas. Ello ciertamente puede provocar, como ha ocurrido en el presente supuesto, interpretaciones diferentes sobre la materia.

También, es preciso poner de manifiesto que las personas que ocupaban los puestos de trabajo en los que ahora se exige el requisito de especialidad accedieron a los mismos acreditando una determinada formación en materia de igualdad, que ya hemos referido, y que realizaron una prueba para acceder a la bolsa de sustituciones. Siendo las mismas condiciones las que se exigían para acceder a los diferentes puestos en materia de igualdad de las diferentes administraciones públicas vascas.

Además, también es cierto que **unos días después, en la prueba realizada el 28 de marzo, doña OOO ha acreditado la especialidad mediante la vía del examen.**

Y que **ni el nombramiento de doña OOO fue impugnado por alguna de las personas participantes en el proceso selectivo**, ni que en el periodo de alegaciones formularan alguna al respecto.

Con todas estas circunstancias, debemos recordar que la aplicación de los supuestos de nulidad contemplados en el artículo 47 de la LPAC conlleva una interpretación estricta, alejada de interpretaciones extensivas, y que destierra su aplicación a supuestos de hecho dudosos.

Y que su aplicación debe limitarse aquellos supuestos de quebrantamiento del derecho extraordinariamente graves, ante los cuales dicha seguridad jurídica debe ceder, por resultar de todo punto inadmisible su presencia en el ordenamiento.

Así las cosas, examinadas todas las circunstancias concurrentes, **estima la Comisión que no procede acordar la revisión del acto.**

DCJA 170/2023 párr. 34 a 79

III. Instrumentos urbanísticos

No es la primera vez que la Comisión analiza en sede de nulidad un acuerdo de un Pleno municipal por el que se aprueba un convenio urbanístico (así, pueden citarse los dictámenes 89/2007, 141/2013 y 66/2015).

En la aproximación jurisprudencial a esta figura —por todas, STS 102/2019, de 29 de enero (rec. 694/2018)— se reseña, en lo que ahora interesa, que "**los convenios urbanísticos** que nos ocupan **responden a la capacidad negocial de la Administración Pública** en materia urbanística y tienden a garantizar la participación de los ciudadanos en dicha materia. Sin duda, se fundamentan en un acuerdo de voluntades entre las Administraciones Públicas y personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, titulares de derechos o intereses urbanísticos".

La jurisprudencia se ha pronunciado respeto a la naturaleza contractual de los convenios urbanísticos en el sentido que se sintetiza y reitera en la STS 1649/2017, de 31 de octubre:

> Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (rec. 3722/2009), los convenios urbanísticos **tienen naturaleza contractual**, como ya ha tenido ocasión de afirmar dicha Sala. Dada dicha naturaleza, deben asumir, por reciprocidad, las obligaciones inherentes a dichas actuaciones urbanísticas, sobre todo si ello es consecuencia de un convenio urbanístico celebrado conforme al art. 1255 del Código Civil y 243 de la Ley 9/2001, en cuanto consagran la posibilidad de libre pacto por parte de las Administraciones Públicas con sometimiento a los principios de buena administración.
>
> Desde esa perspectiva **solo cabría instar la nulidad del Convenio suscrito por concurrencia de algún vicio en la prestación del consentimiento (art. 1265 C. civil).**
>
> Lo cierto es que el convenio una vez firmado, nace al mundo jurídico como acuerdo de voluntades, pues se perfecciona por el mero consentimiento, siempre que concurran los requisitos de validez conforme a los artículos 1258 y 1261 del Código Civil y desde entonces tiene fuerza vinculante para las partes (ver STS, 3ª, Secc. 6ª, de 26 de octubre de 2005, rec. 2.188/2001).

En el caso, el informe jurídico —que la propuesta de resolución hace suyo— aduce la ausencia de firma de los cedentes y, destacadamente, que no consta la ratificación por los hermanos de doña MMM, a quienes esta representaría como mandataria verbal con arreglo al literal del texto del convenio.

Ciertamente, la ratificación por el mandante de lo hecho por el mandatario con los terceros resultaría precisa en aplicación de los artículos 1259 y 1727 del Código Civil, además de hallarse prevista en la cláusula cuarta de forma explícita.

Es así como **la propuesta municipal de revisión se fundamenta en que no cabe entender válidamente otorgado el consentimiento** y, en tanto elemento esencial que es, debe operar la invalidez con arreglo al artículo 1261 del Código Civil.

Ocurre que la causa anulatoria así formulada no puede alcanzar al acuerdo municipal que aprueba el convenio.

El acto administrativo municipal, acto preparatorio del convenio, no puede verse viciado por el hecho de que, con posterioridad, el convenio como tal no se viera formalizado.

En ocasiones precedentes, la intervención de esta Comisión en el ámbito del convenio urbanístico ha resultado de la apreciación de causas que viciaban el acuerdo aprobatorio de dicho convenio, del que, a su vez, se desprendía la nulidad de este.

En el Dictamen 66/2015, por ejemplo, se estima la aplicación del artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992 —al aprobar el acuerdo municipal un convenio urbanístico sin el preceptivo trámite de información pública exigido por el apartado 7 de la disposición adicional 7ª de la Ley 2/2006,de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), que no rige en el momento de la aprobación del convenio que nos ocupa— y de la causa prevista en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 —por incompetencia del órgano que adopta el acuerdo—. Se recordaba asimismo en este dictamen el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en la citada disposición adicional 7ª de la LSU, que encaja en la remisión que realizaba el artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992 —"cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal"—, según el cual: "serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico".

En el caso, sin embargo**, la causa de nulidad alegada no puede afectar al acuerdo plenario adoptado el 11 de junio de 1999. Lo que se aduce en la propuesta municipal es la omisión de consentimiento válido en la materialización de aquel acuerdo. Una cuestión que se desenvuelve en el marco de la ejecución o aplicación del acuerdo, pero que no cabe esgrimir como vicio predicable del mismo**.

Dicho en otros términos, en tal supuesto **no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el artículo 106 de la LPAC —o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad, según el artículo 107 LPAC—, sino que el acuerdo es conforme con el ordenamiento jurídico en el sentido de que el motivo ofrecido no afecta a la validez de su aprobación**.

No procede, por tanto, apreciar la causa de nulidad de derecho alegada como sustento para estimar la revisión de oficio del Acuerdo de 11 de junio de 1999 del Pleno de Ayuntamiento de Munitibar y, en consecuencia, debe desestimarse la revisión planteada.

Debe añadirse que **el planteamiento municipal no deja de ser singular y adolece de cierta artificiosidad al perseguir**, a través de la revisión de oficio de la actuación administrativa propugnada —el acuerdo plenario—, **la declaración de nulidad de un convenio urbanístico que nunca existió** por cuanto nunca nació para la esfera jurídica.

La omisión de la prestación del consentimiento por parte de quienes ostentaban la

propiedad de las parcelas afectadas impidió su perfeccionamiento y su consiguiente acceso al mundo jurídico.

Tras un periodo de más de 20 años, son los propietarios de las fincas quienes pretenden "la revocación y declaración de la anulación" del convenio, solicitud que el ayuntamiento pretender acoger mediante el recurso a un mecanismo, como es el de la revisión de oficio, que esta Comisión no considera idóneo en el caso.

La facultad de revisión de oficio, concebida con carácter de estricta excepcionalidad para evitar que una situación afectada por el grado de invalidez más grave quede perpetuada en el tiempo y produzca efectos jurídicos, no halla razón de ser en un supuesto de la singularidad del presente, en que la revisión tiene por objeto un convenio que no puede sino tildarse de inexistente en tanto no ha nacido ni ha desplegado efectos jurídicos.

Conforme a la versión que ofrecen de forma unívoca propiedad y ayuntamiento, ni se suscribió, ni medió la preceptiva concurrencia bilateral de voluntades, ni se llevaron a cabo las obligaciones que hubieran debido desprenderse de su celebración, de haberse esta culminado.

El destino actual de las parcelas y la constancia registral de su propiedad son evidencia de la falta de efectos jurídicos del convenio, mantenida tras el largo periodo de tiempo transcurrido sin que las partes hayan actuado nada al respecto, confirmando la inexistencia de convenio alguno y revelando el presumible común entendimiento de las partes al respecto.

DCJA 164/2023 párr. 55 a 73

IV. Límites a la revisión de oficio

El procedimiento revisor se inició, como ha quedado relatado, mediante Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 14 de julio de 2022, pero, aunque en el Decreto de Alcaldía número 358/2022, de 10 de noviembre —por el que se somete el expediente de revisión de oficio de la ordenanza al trámite de información pública durante 20 días—, se anuncia la suspensión del procedimiento, esta se anuda a la fecha de remisión de la solicitud de dictamen a esta Comisión, que no se efectuó por vía electrónica hasta el día 18 de enero de 2023, por lo que para dicha fecha el plazo de seis meses ya había sido rebasado (6 meses y 5 días).

En consecuencia, **el procedimiento está caducado**, sin que tampoco la Comisión aprecie que en este caso se den los supuestos previstos en el artículo 95.4 de la LPAC para no aplicar la caducidad —que el asunto suscitado afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento—.

Aunque podría seguirse la tramitación si del resultado de la misma derivara que la ordenanza

incurre en un vicio de nulidad de pleno derecho, lo que evitaría que perdurara la eficacia de una norma jurídica que tiene una afección general en la ciudadanía, lo que sucede es que tal calificación no se revela con la claridad exigible para que la Administración ejerza su potestad de revisión de oficio y se deje la materia —el aprovechamiento especial de calles, caminos rurales, pistas forestales, terrenos y montes de titularidad pública del ayuntamiento— desprovista de regulación.

Es preciso tomar en consideración que **existe un proceso contencioso-administrativo contra la ordenanza municipal,** en el que la asociación recurrente, aparte de alegar el defecto procedimental que motiva la revisión de oficio por el ayuntamiento, subsidiariamente pretende la anulación de varios artículos de la misma

Es doctrina de la Comisión (dictámenes 63/2000, 52/2005 y 169/2011) que **la pendencia de un proceso contencioso-administrativo no constituye fundamento jurídico suficiente como para impedir el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio** de sus propios actos y disposiciones, pero ello no excluye que dicha pendencia judicial pueda tenerse en cuenta para justificar, desde una perspectiva de oportunidad, la no iniciación o el abandono de la vía administrativa de revisión. También ha manifestado de forma reiterada que el uso de la facultad revisora debe estar presidido por una especial moderación y cautela.

En este caso, lo que es decisivo es que el **tema de la preceptividad del trámite de consulta previa en el procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales** y los efectos de su incumplimiento es un tema debatido por la doctrina, sobre el que esta Comisión todavía no ha manifestado su criterio.

Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está decidiendo en función de la materia regulada. Así, se ha pronunciado con respecto a las ordenanzas fiscales locales en la STS 227/2023, de 31 de enero, y en relación con la aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística en la STS 290/2023, de 6 de febrero —en ambos supuestos ha declarado que no resulta exigible seguir el trámite de consulta pública previsto en el art. 133.1 de la LPAC—.

Mayor trascendencia para el caso que nos ocupa será la doctrina que fije el Tribunal Supremo en el recurso de casación nº 7629/2021, interpuesto por un ayuntamiento, en el que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en "si en la elaboración de las ordenanzas locales reguladoras de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, ha de observarse el trámite previsto en el artículo 133.1 de la Ley 39/2015 , con carácter previo a su aprobación inicial o, por el contrario, es suficiente, en la confección de este tipo de disposiciones, atender al procedimiento previsto en el artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , a los efectos de discernir, en caso de no cumplir con el trámite del artículo 133, si se está ante un defecto formal insubsanable constitutivo de nulidad de pleno derecho o no", ya que en el Auto 10575/2022, de 6 de julio, de admisión de dicho recurso, se establece como normas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 49 de la LBRL y el artículo 133 de la LPAC.

En fin, **las anteriores circunstancias aconsejan, a juicio de la Comisión, que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que de forma congruente con la pretensión ejercitada por la asociación demandante resuelva si, en este caso, se ha producido una infracción del derecho de participación con virtualidad suficiente para anular la ordenanza.**

En el supuesto de que estime que se trata de una irregularidad no invalidante, ello permitirá, asimismo, que enjuicie las infracciones materiales que también se esgrimen frente a la ordenanza, con una evidente economía procesal y sin que se produzcan dilaciones indebidas.

DCJA 45/2023 párr. 28 a 37

Las anteriores consideraciones relevan a esta Comisión de analizar si, una vez apreciada la concurrencia de la causa —la RPT se ha adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido—, operan los límites a la revisión de oficio esgrimidos por los titulares de los puestos del Servicio de Medio Ambiente que se consideran perjudicados y confían en la continuidad de los efectos de tal acto firme dictado por la Administración.

Como es sabido, el artículo 110 de la LPAC señala que las facultades de revisión establecidas en este capítulo no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Baste referir, sin embargo, que **estamos ante una situación plenamente consolidada en el tiempo, ya que han transcurrido unos siete años, en la que, frente a un interés difuso del solicitante, cuya legitimación hemos reconocido según lo dicho en base al principio pro actione**, **resulta**, sin duda, **preponderante la estabilidad organizativa de la mancomunidad**.

Y que **como interventor de la mancomunidad tuvo ocasión de conocer de primera mano las vicisitudes que rodearon la aprobación de la RPT, sin que formulara ningún reparo, manifestando su asentimiento con su firma** al acta de la sesión de la Junta de Gobierno de 12 de enero de 2016 (folio 204 del expediente).

A juicio de la Comisión, como argumenta la STS de 1 de julio de 2008 (cas. 2191/2005), "**se presenta contrario a la buena fe** y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 [entonces de la Ley 30/1992 y ahora el artículo 110 LPAC] precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe".

DCJA 193/2023 párr. 133 a 137

Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

I. Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

Con estas particularidades, "para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se exige que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: 1) que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos, 2) que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en que se advierte, 3) que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables, 4) que no se proceda de oficio a la revisión de actos firmes y consentidos, 5) que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica), 6) que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificadora de oficio, encubrir una auténtica revisión, y 7) que se aplique con un hondo criterio restrictivo" (por todas, STS de 17 de septiembre de 2014, recurso 839/2013).

Como notas características cabe reseñar que **la doctrina ha manifestado que el error se produce cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad o sobre una equivocada creencia o representación mental**, configurándose el mismo como un vicio de la causa del acto que da lugar a un acto incongruente con la realidad. Ahora bien, para que el error produzca efectivamente la incongruencia del acto administrativo **resulta necesario que el defecto recaiga sobre los requisitos esenciales del mismo, es decir, debe tratarse de un error grave y sustancial que rompa la lógica relación entre los hechos y los efectos jurídicos creados para ellos**.

En el presente supuesto, tal y como hemos referido en la exposición de los hechos, **el error deviene de la apreciación de la fecha a partir de la cual se debe comenzar a contar el plazo de un mes para la interposición del recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión de Valoración.**

El informe técnico afirma que, dado que el anuncio de la calificación final y propuesta de nombramiento se publicó el 6 de junio de 2023, por lo tanto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la LPAC, **el recurso de alzada interpuesto** el 13 de julio de 2023 **está fuera de plazo.**

No obstante, como se ha precisado en el expediente, **con posterioridad a este anuncio la Comisión de Valoración**, mediante Resolución de 14 de junio de 2023, **comunica a doña AAA la respuesta a sus alegaciones formuladas al proces**o. En la comunicación, donde se pormenoriza las consideraciones efectuadas a cada una de ellas, se concluye expresando la recurribilidad de la resolución en el plazo de un mes desde su recepción, que fue realizada el mismo día 14 de junio de 2023.

Sin embargo, el recurso de alzada planteado el 13 de julio de 2023 **es inadmitido sin tener en cuenta esta última notificación.** Ello ha provocado que no se analicen las alegaciones efectuadas por la recurrente en el concurso específico. Ante dicha situación ha planteado la nulidad de la resolución para que se analicen las alegaciones planteadas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125.1.a) de la LPAC.

Como hemos advertido previamente, la propuesta de resolución, después de haber comprobado la documentación obrante en el expediente, se muestra favorable a la solicitud de la recurrente.

Centrado así el objeto de debate, la cuestión radica en valorar si es posible apreciar en la resolución administrativa recurrida una disonancia con la realidad fáctica existente y que fue presupuesto del acto administrativo recurrido. Y si la misma tiene entidad suficiente **para ser considerada un error de hecho o, por el contrario, estamos ante una cuestión que se incardina en el error de derecho, por lo que debió ser objeto de planteamiento en este caso en la vía contencioso administrativa** y la utilización de esta vía supondría un atentado contra la seguridad jurídica.

Tal y como hemos manifestado anteriormente, es clara y reiterada la opinión jurisprudencial que considera que el art. 125 de la LPAC permite al interesado instar la revisión de actos administrativos firmes cuando concurran determinadas circunstancias, entre las que se halla que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho. El recurso extraordinario de revisión "es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados —sólo los enumerados en dicho precepto—, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios…", por todas STS de 31 mayo 2012. RJ 2012\7144.

Es decir, nos encontramos con un recurso en el que las notas de excepcionalidad marcan su idiosincrasia. Se trata de remover la firmeza de un acto administrativo firme por lo que los supuestos que lo permitan deben de ponderarse de forma muy restrictiva ya que está en juego la seguridad jurídica. En todo caso**, en cuanto a las características del error de hecho**, tal y como anteriormente hemos manifestado, **deberá basarse en un suceso, cosa o dato que configura una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación jurídica, quedando, por tanto, excluido de su ámbito todo aquello que se refiere a cuestiones de valoración o interpretación jurídicas o de disposiciones normativas**.

En cuanto al supuesto concreto alegado del artículo 125.1.a) de la LPAC, es ilustrativo reflejar el criterio del Consejo de Estado, que señala que "el precepto establece que **esos documentos deben ser de valor esencial para la resolución del asunto**, evidenciando el error de la resolución recurrida. Ello significa que su conocimiento previo por la Administración hubiera llevado necesariamente a dictar una resolución distinta de la que finalmente se adoptó" (Dictamen 778/2002, de 18 de abril de 2002).

Y, por otra parte, el **mismo debe resultar de los documentos incorporados al propio expediente,** por lo que no puede apreciarse la concurrencia de este motivo cuando para su análisis haya que acudir a documentos de fecha posterior a la resolución impugnada.

Y por expediente, tal y como ha manifestado la jurisprudencia, **debe entenderse la totalidad de los documentos que se integran en el procedimiento, comprendiendo también los correspondientes a los posibles recursos ordinarios que se interpusieron contra el acto administrativo, así como los documentos que deberían formar parte del mismo necesariamente, aunque físicamente no lo sean, como pueden ser datos contenidos en registros administrativos y que han sido ignorados en el expediente.**

En el presente supuesto, es evidente que, según la documentación obrante en el expediente, a doña AAA se le notifica el Acuerdo de la Comisión de Valoración el 14 de junio de 2023, figurando en el documento notificado el recibí con fecha y firma de la reclamante. Además, en el pie del acuerdo notificado se expresa que contra dicha resolución se podía interponer recurso de alzada en el plazo de un mes.

Posteriormente, el 13 de julio de 2023, doña AAA interpone **recurso de alzada** contra el acuerdo citado, que **es inadmitido por extemporáneo, al no tener en cuenta la fecha de la notificación personalizada del acto realizada**.

Es decir, en el presente supuesto concurren los elementos que posibilitan la estimación del presente recurso. **Nos encontramos ante un error de hecho consistente en la toma en consideración para la inadmisión de la fecha de publicación del anuncio de la Comisión de Valoración, sin tener en cuenta que dicho acuerdo fue notificado individualmente a la recurrente en fecha posterior.**

Se trata, por tanto, **de una equivocación patente y evidente**, sin que haga falta para dicha apreciación realizar valoración jurídica alguna. Además, se trata de un acto administrativo que, como se pone de manifiesto en su contenido, pone fin a la vía administrativa y que, como tal, impide a la recurrente continuar en la misma y, por tanto, le veda el análisis por parte de la Administración de las alegaciones formuladas al proceso selectivo.

Y lo anterior se desprende de una simple observación de los documentos incorporados al expediente. Todo ello nos lleva a concluir que en el presente supuesto concurren la notas para apreciar que la manifestación de la voluntad de la Administración se ha producido incurriendo

en un evidente error de hecho.

A la vista de lo expuesto es preciso concluir afirmando que **concurre la circunstancia alegada por la recurrente**, recogida en el artículo 125.1.a) de la LPAC, procediendo la estimación del recurso extraordinario formulado.

DCJA 183/2023 párr. 32 a 50

II. Aparición de documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

El recurso se plantea de conformidad con lo dispuesto en la letra b) del artículo 125.1 de la LPAC, que permite la revisión cuando "aparezcan documentos de valor esencial en la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida".

Conforme a reiterada doctrina del Consejo de Estado (por todos Dictamen 142/2020), la apreciación de la circunstancia recogida en el artículo 125.1.b) de la LPAC se concreta en que se aprecie su valía de tal modo que: I) de haber aparecido o constado al momento de dictarse la resolución que se combate, esta hubiera variado sustancialmente de sentido; y II) los documentos han de evidenciar el error de la resolución recurrida y que con su mera aportación quede demostrado dicho error de forma concluyente y definitiva.

De acuerdo, en definitiva, con la misma doctrina, **el documento de valor esencial es aquel que motiva la destrucción de la firmeza de un acto administrativo por la sola certeza de su existencia**. Así, en virtud de la atribución de tan excepcional relevancia a un documento, se produce una radical subversión de todo aquello a lo que afecta el contenido del mismo.

El recurrente esgrime, como documento de carácter esencial que evidenciaría el error de la Administración, **la Resolución** de 19 de mayo de 2023 de la Directora de Gestión de Personal **por la que se resuelve desestimar su reclamación de reconocimiento de condición del trabajador indefinido no fijo**.

En su tesis, el carácter esencial de esta resolución no viene vinculado a su contenido decisorio —consistente en la desestimación de la reclamación del carácter indefinido de su relación laboral—, **sino que resultaría del hecho de que en los antecedentes de la citada resolución conste de forma expresa el reconocimiento de su condición de "Profesor Técnico Especialista de Formación Profesional". Una condición que debiera conducir**, sostiene, a la aplicación del artículo 8.3.2 de la Orden de 27 de agosto de 2012 y, en consecuencia, **a su admisión en la lista de la que fue excluido.**

La Resolución de 19 de mayo de 2023 alude a don KKK como "personal laboral temporal del Departamento de Educación en la categoría de Profesor/a Técnico de Formación Profesional" (antecedente de hecho único). Y describe que presta sus servicios "con la categoría de Profesor Técnico Especialista de Formación Profesional" (fundamento de derecho primero), categoría esta que vincula a la aplicación del Decreto 91/2018, de 12 de junio, por el que se regula el régimen de contratación de profesorado especialista y experto en centros públicos no universitarios dependientes.

Ocurre que la hipotética admisión de la condición de "Profesor Técnico Especialista de Formación Profesional" que reivindica y cuya realidad ampararía la Resolución de 19 de mayo de 2023 **resulta intrascendente a los efectos que pretende**.

Es decir, aunque admitiéramos esa condición —siendo la terminología discutible y no del todo rigurosa, como expresa la propuesta de resolución—, **el contraste del cumplimiento de requisito de formación pedagógica y didáctica debe hacerse en función de la concreta exigencia fijada para el acceso a la lista en la que se pretende ingresar.** Como a continuación se expone con mayor detalle, **si se pretende acceder a la lista correspondiente a una especialidad de la enseñanza de Educación Secundaria, debe estarse a los requisitos fijado para esa lista, sin que quepa su exoneración en razón de la naturaleza de unos servicios previos o de la categoría profesional con arreglo a los que estos se hubieran podido prestar**.

De ahí que no procedan mayores disquisiciones sobre la condición o categoría que se reconozca a don KKK, puesto que el elemento determinante para dilucidar en cuál de los supuestos de hecho contemplados en el artículo 8.3 de la Orden de 27 de agosto de 2012 encaja su solicitud no resulta de ese extremo fáctico, sino de la definición o naturaleza de la lista a la que aspira, hecho pacífico en el caso.

Siendo así, **el documento que fundamenta el recurso extraordinario de revisión carece de valor esencial para la resolución del asunto** y, en consecuencia, tal y como se puede anticipar, este debe desestimarse.

La discrepancia se centra en la aplicación del artículo 8.3 de la Orden de 27 de agosto de 2012, que se reproduce a continuación **en la versión vigente en el momento en que se plantea la solicitud de inclusión en bolsas**, modificada posteriormente por Orden de 7 de noviembre de 2023:

> **Artículo 8. Requisitos específicos para formar parte de las listas de candidatos y candidatas**
>
> (…)

3.- **Estar en posesión de la formación pedagógica y didáctica** a la que se refiere el artículo 100.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de conformidad con la regulación correspondiente para cada enseñanza, en materia de acreditación de dicha formación.

3.1.- **Para cumplir el requisito de formación pedagógica y didáctica en las enseñanzas de Educación Secundaria, Formación Profesional y Escuelas Oficiales de Idiomas es necesario disponer de alguna de las titulaciones, certificaciones o experiencia profesional que se relacionan** a continuación:

a) Título oficial de máster universitario que habilite para el ejercicio de las profesiones reguladas de profesor de educación secundaria obligatoria y bachillerato, formación profesional y escuelas oficiales de idiomas, en cualquiera de sus especialidades.

b) Cualquiera de los siguientes títulos o certificados obtenidos con anterioridad al 1 de octubre de 2009:

- Título profesional de especialización didáctica, certificado de cualificación pedagógica o certificado de aptitud pedagógica.

- Título de maestro, diplomado en profesorado de educación general básica, maestro de enseñanza primaria así como del título de licenciado en pedagogía o psicopedagogía y de una licenciatura o titulación equivalente que incluya formación pedagógica y didáctica.

c) Antes del término del curso 2008-2009, haber impartido docencia durante dos cursos académicos completos o, en su defecto, doce meses en periodos continuos o discontinuos en centros públicos o privados de enseñanza reglada debidamente autorizados, en los niveles y enseñanzas cuyas especialidades docentes se regulan en el Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre.

3.2.- En las especialidades del Cuerpo de Profesores Técnicos y Profesoras Técnicas de Formación Profesional, en las que se permite el acceso a listas con titulaciones no universitarias, declaradas equivalentes a efectos de docencia, en los casos en los que se posean dichas titulaciones equivalentes, el requisito de formación pedagógica y didáctica se entenderá cumplido, además de en cualquiera de los supuestos arriba indicados, cuando concurra alguno de los siguientes:

- Certificación oficial que acredite estar en posesión de la formación pedagógica y didáctica equivalente a la exigida en el artículo 100.2 de la Ley Orgánica de Educación según lo previsto en la Orden EDU/2645/2011 de 23 de septiembre.

- Con anterioridad al 1 de septiembre de 2014, haber impartido docencia durante dos

> cursos académicos completos o, en su defecto, doce meses en periodos continuos o discontinuos, en centros públicos o privados de enseñanza reglada debidamente autorizados, en los niveles y enseñanzas correspondientes.
>
> (…)

Con arreglo a esta disposición, **la Administración entendió correcta la no inclusión de don KKK en la lista de la especialidad**, **al no estar en posesión de la formación pedagógica y didáctica a la que se refiere el artículo 100.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación** (LOE), de conformidad con la regulación correspondiente para cada enseñanza. En concreto, al no acreditar dicha formación por cualquier de las formas previstas en el artículo 8.3.1.

Esta decisión se confirma en alzada, donde se argumenta:

> En el caso de la …, en cuya lista solicita sea incluido el recurrente, debemos indicar que se trata de una materia asignada a la especialidad del mismo nombre que está, a su vez, asignada al Cuerpo Profesores de Enseñanza Secundaria, tal y como lo establece el Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, por el que se definen las condiciones de formación para el ejercicio de la docencia en la educación secundaria obligatoria, el bachillerato, la formación profesional y las enseñanzas de régimen especial y se establecen las especialidades de los cuerpos docentes de enseñanza secundaria, el cual tiene carácter de normativa básica. La acreditación en la formación pedagógica y didáctica, en tal caso, solo puede hacer en la forma prevista en el artículo 8.3.1 de la Orden de 27 de agosto de 2012.
>
> El artículo 8.3.2 que cita el recurrente es de aplicación a las especialidades docentes asignadas al Cuerpo de Profesores Técnicos de formación Profesional, cuerpo, actualmente a extinguir, a las cuales, además, se permite el acceso con titulaciones no universitarias declaradas equivalente a efecto de docencia, es decir, tampoco es aplicable a todas las especialidades del citado cuerpo docente.

Es incontrovertido que la solicitud de don KKK se refiere a la lista de la especialidad …, especialidad que el anexo II de la Orden de 27 de agosto de 2012 —con el título de "Especialidades y asignaturas"— incluye en el apartado correspondiente al "Nivel de Educación Secundaria y Formación", en concreto en el subapartado de "Cuerpo de Profesores y Profesoras de Enseñanza Secundaria". Prescripción por otra parte concordante con lo previsto en el Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, como apunta la resolución administrativa transcrita.

Conviene reseñar que la Orden de 27 de agosto de 2012, que incluye en su objeto la elaboración y gestión de las listas de candidatos y candidatas a prestar servicios de carácter temporal, prevé la constitución de estas listas (artículo 3) según especialidades, agrupadas en niveles, que se recogen en el citado anexo II.

Los candidatos pueden optar a las especialidades para las que dispongan de cualificación (artículo 6), lo que se acredita con la posesión de las específicas titulaciones recogidas en el anexo III (artículo 10).

Así, en este anexo —"Tabla de titulaciones y especialidades"— a la especialidad …, corresponden las siguientes titulaciones, todas ellas de naturaleza universitaria: Título de maestro o maestra, especialidad … (RD 1440/1991); Título de maestro/a o de profesor/a de Educación General Básica + Licenciatura o Diplomatura en … o Grado de …; Grado en Educación Primaria, mención o itinerario en …; Grado en Educación Primaria + Licenciatura o Diplomatura en … o Grado de ….

La integración en las listas exige el cumplimiento de los requisitos que con carácter general fija la normativa (artículo 7), así como los específicos que contempla el artículo 8 de la Orden de 27 de agosto de 2012 en correspondencia con la lista a la que el candidato aspira.

Así, como resulta razonable, es diferente la naturaleza de la titulación exigida en función de los niveles educativos en los que se aspira impartir docencia (artículo 8.1). Al igual que es diferente la concreta cualificación exigida para la correspondiente especialidad a la que se opta (artículo 8.2 en relación con el artículo 10 y el anexo II).

Por último, entre los requisitos específicos, el artículo 8.3 dispone la exigencia de la "formación pedagógica y didáctica a la que se refiere el artículo 100.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación". Un requisito igualmente modulado en función de la lista a la que se pretende acceder.

En el apartado 8.3.1 **se regula la forma en que se acredita la formación cuando se pretende acceder a las listas en enseñanzas** de Educación Secundaria, Formación Profesional y Escuelas Oficiales de Idiomas. **De manera destacada, a través del título de máster universitario** que habilita para el ejercicio de las profesiones docentes, sin perjuicio del reconocimiento de otras vías de acreditación.

El apartado 8.3.2 regula la manera en que se acredita esa formación "En las especialidades del Cuerpo de Profesores Técnicos y Profesoras Técnicas de Formación Profesional, en las que se permite el acceso a listas con titulaciones no universitarias, declaradas equivalentes a efectos de docencia, en los casos en los que se posean dichas titulaciones equivalentes".

Se trata del supuesto especial en el que no se aplica la exigencia de título oficial de máster universitario de la letra a) del artículo 3.1 —ni la excepciones que prevé el propio artículo 8.3.1—, **de manera que la acreditación puede resultar de la posesión de la**

certificación oficial según lo previsto en la Orden EDU/2645/2011 de 23 de septiembre **o, alternativamente, de haber impartido docencia con anterioridad al 1 de septiembre de 2014** en los términos que se definen. **Previsión esta última que pretende de aplicación a su caso don KKK.**

La literalidad del precepto plantea pocas dudas sobre su falta de aplicación a un supuesto, como es el caso, en que **se trata de acceder a la lista de una especialidad correspondiente al Cuerpo de Profesores y Profesoras de Enseñanza Secundaria en que se requiere de titulación universitaria**. **No hay duda** alguna de que la especialidad en cuestión no se halla entre las especialidades del "Cuerpo de Profesores Técnicos y Profesoras Técnicas de Formación Profesional, en las que se permite el acceso a listas con titulaciones no universitarias."

La Orden EDU/2645/2011, de 23 de septiembre —modificada por Orden ECD/1058/2013, de 7 de junio—, citada en el artículo 8.3.2 de la Orden de 27 de agosto de 2012, establece la formación equivalente a la formación pedagógica y didáctica exigida para aquellas personas que, estando en posesión de una titulación declarada equivalente a efectos de docencia, no pueden realizar los estudios de máster.

Se trata de la situación del profesorado al que se refiere la disposición adicional primera del Real Decreto 1834/2008, de 8 de noviembre, que prevé que la formación pedagógica y didáctica del profesorado que, por razones derivadas de su titulación, no pueda acceder a los estudios de máster a los que se refiere el propio real decreto, se acreditará mediante una formación equivalente a la exigida en el artículo 100 de la LOE, en las condiciones que se establezcan.

El régimen puede enmarcarse en la LOE en lo que respecta a la regulación de supuestos en que el ejercicio de la docencia puede desempeñarse en posesión de titulaciones no universitarias —v. gr., los previstos en el artículo 95 (profesorado de formación profesional) y artículo 98 (profesorado de enseñanzas deportivas)—.

El literal del artículo 8.3.2 resulta concordante con ese contexto normativo, de manera que la singularidad en la acreditación de la formación pedagógica concuerda con el acceso a listas de especialidades de formación profesional en cuyo acceso no se exige titulación universitaria. Lo cual no es el caso, como ha quedado dicho, de la especialidad para la que se postula el recurrente.

Lo expuesto revela la conformidad a derecho de la falta de inclusión en lista de don KKK, sin que la Resolución de 19 de mayo de 2023 revista trascendencia alguna al efecto, como se ha adelantado, al ser irrelevante el puesto o categoría en la que se vienen prestados servicios de carácter temporal por su parte.

La "condición de Profesor Técnico especialista de Formación Profesional" que desprende el recurrente de la citada resolución en nada puede hacer variar los requisitos exigibles, que son los que resultan necesariamente de la lista de la especialidad a que se refiere su solicitud.

Tal es la razón que fundamenta la decisión de no incluir a don KKK en la lista de la especialidad …, …

DCJA 196/2023 párr. 33 a 63

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

I. Extinción del contrato

A) Causas de resolución

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

El punto de partida de la noción del replanteo se encuentra en la fase de preparación del expediente de contratación y se define en el artículo 236 de la LCSP, en cuyo apartado 1 se dice: "Aprobado el proyecto y previamente a la aprobación del expediente de contratación de la obra, se procederá a efectuar el replanteo del mismo, el cual consistirá en comprobar la realidad geométrica de la misma y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución. Asimismo, se deberán comprobar cuantos supuestos figuren en el proyecto elaborado y sean básicos para el contrato a celebrar".

En conexión con aquella, la comprobación del replanteo se ubica en un momento posterior a la adjudicación del contrato, regulada en el artículo 237 de la LCSP y en los artículos 139 y siguientes del Reglamento General de la Ley de contratos (RGC).

El artículo 237 de la LCSP establece que "La ejecución del contrato de obras comenzará con el acta de comprobación del replanteo. A tales efectos, dentro del plazo que se consigne en el contrato que no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización salvo casos excepcionales justificados, el servicio de la Administración encargada de las obras procederá, en presencia del contratista, a efectuar la comprobación del replanteo hecho previamente a la licitación, extendiéndose acta del resultado que será firmada por ambas partes interesadas, remitiéndose un ejemplar de la misma al órgano que celebró el contrato".

Por su parte, la cláusula 6ª del PCAP señala: "El plazo de ejecución del contrato se contará desde el día siguiente de la suscripción del Acta de Comprobación del Replanteo, a no ser que en esta se fije una fecha diferente".

La comprobación del replanteo se concibe, así, en nuestro ordenamiento jurídico **como un elemento fundamental en el seno del contrato de obras, considerada como una fase necesaria e irrenunciable en el desarrollo del contrato y como el primer acto de ejecución sin el cual el contrato no puede tener lugar**.

Se trata de un acto formal de contenido predeterminado que tiene como objetivo esencial comprobar y acreditar la posesión y disposición real de los terrenos sobre los que quiere ejecutarse la obra, su idoneidad y la viabilidad del proyecto sobre el que se ha licitado, garantizando al contratista la inexistencia de trabas materiales y técnicas que puedan impedir dicho comienzo.

La comprobación del replanteo se materializa con el levantamiento de un acta que acredita su realización, un acto de ámbito material y técnico limitado a las señaladas comprobaciones, no cabiendo en su seno aspectos ajenos a los concretos y específicos de este trámite.

De este modo, el acta de comprobación del replanteo reflejará la conformidad o disconformidad del mismo respecto de los documentos contractuales del proyecto, con especial y expresa referencia a las características geométricas de la obra, a la autorización para la ocupación de los terrenos necesarios y a cualquier punto que pueda afectar al cumplimiento del contrato (artículo 140.1 RGC).

Como ya se ha adelantado**, este acto de verificación está sujeta a plazo**; tal y como dispone el artículo 237 de la LCSP, no podrá ser superior a un mes desde la fecha de su formalización, salvo casos excepcionales justificados.

Las partes vinculadas por la relación contractual son las que están llamadas a suscribir y levantar un acta de dicha comprobación, debiendo remitir un ejemplar de la misma al órgano de contratación.

A la vista de sus resultados se procederá a la iniciación de la ejecución del contrato o bien —en caso de indisponibilidad de los terrenos o cuando el director de la obra considere necesaria la modificación de las obras proyectadas— quedará suspendida la iniciación de las mismas, haciéndolo constar en el acta, hasta que el órgano de contratación adopte la resolución procedente (artículos 139.4 y 140.2 RGC).

Así mismo, efecto de la bilateralidad que la caracteriza es que**, si el contratista no acude al acto sin causa justificada, se considerará como incumplimiento del contrato, con las consecuencias y efectos previstos en la ley, esto es, daría pie a una posible incoación del expediente para la resolución del contrato administrativo** (artículo 139.1 RGC).

Ahora bien, **si el contratista presenta observaciones a la comprobación del replanteo, se aplicarían las previsiones de los apartados 4 y 5 de dicho artículo 139 del RGC, debiendo dejar debida constancia de ello en el acta**.

Mientras el órgano de contratación no adopte la resolución procedente dentro de las facultades que le atribuye la legislación de contratos de las administraciones públicas quedará

suspendida la iniciación de las obras desde el día siguiente a la firma del acta, sin perjuicio de que, si fueren superadas las causas que impidieron la iniciación de las obras, se dicte acuerdo autorizando el comienzo de las mismas, notificándolo al contratista y computándose el plazo de ejecución desde el día siguiente al de la notificación.

Si las reservas del contratista resultasen infundadas, a juicio del órgano de contratación, no quedará suspendida la iniciación de las obras ni, en consecuencia, será necesario dictar nuevo acuerdo para que se produzca la iniciación de las mismas y se modifique el cómputo del plazo para su ejecución (artículo 139.5 RGC).

Así mismo, debe dejarse constancia de que, **si el contrato esté formalizado y no puede iniciarse su ejecución a causa de la falta de comprobación del replanteo, es también una causa específica de resolución según el artículo 245.a) de la LCSP, entendiéndose por la Administración contratante que dicha falta se debe a la negativa del contratista**, **lo que supone**, salvo que exista causa justificada, **un incumplimiento del contrat**o con las consecuencias y efectos previstos en la LCSP, de acuerdo con el artículo 139.1 del RGC.

DCJA 132/2023 párr. 40 a 55