MEMORIA 2006

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

P.V.P.: 20 €

EUSKADIKO AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

MEMORIA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI 2006

EUSKADIKO
AHOLKU BATZORDE
JURIDIKOA

COMISIÓN
JURÍDICA ASESORA
DE EUSKADI

Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco

Vitoria-Gasteiz, 2007

Edición: 1.ª, septiembre 2007

Tirada: 700 ejemplares

© Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco
Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Internet: www.euskadi.net/comisionjuridica

Edita: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia
Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco
Donostia-San Sebastián, 1 - 01010 Vitoria-Gasteiz

Diseño: Canaldirecto • www.canal-directo.com

Fotocomposición: Ipar, S. Coop.
Zurbaran, 2-4 - 48007 Bilbao

Impresión: Grafo, S.A.
Avda. Cervantes, 51 - 48970 Basauri (Bizkaia)

ISSN: 1887-021X

Depósito Legal: BI - 2.630-07

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 11

ABREVIATURAS 13

PRIMERA PARTE
ACTIVIDAD DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
DE EUSKADI DURANTE EL AÑO 2006 15

CAPÍTULO I
COMPOSICIÓN 17

CAPÍTULO II
ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO 19

CAPÍTULO III
DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA 21
1. Introducción 21
2. Datos sobre las consultas recibidas 22
3. Datos sobre los dictámenes emitidos 24
4. Relación de dictámenes y acuerdos 30

SEGUNDA PARTE
EXTRACTO DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
DE EUSKADI 41

CAPÍTULO I
FUNCIÓN CONSULTIVA 43
1. Ámbito objetivo 43

2. Parámetros 44
A) Disposiciones Generales 44
Anteproyectos de Ley 44
Proyectos de normas reglamentarias 45
B) Actos administrativos 45
Responsabilidad patrimonial 45
Revisión de oficio 46
Contratación 47

CAPÍTULO II
FUENTES DEL DERECHO 49
1. Cláusulas interpretativas del sistema de fuentes 49
2. Principio de jerarquía normativa 50
3. Ley 51
A) En general 51
B) Ley orgánica 51
C) Reserva de ley 54
En materia sancionadora 54
Autonomía universitaria 55
D) Lex repetitae 55
4. Reglamentos 58
A) Titularidad de la potestad reglamentaria 58
B) Ejercicio de la potestad reglamentaria 59
C) Clases 61
Reglamentos ejecutivos 61
D) Ámbito 61

CAPÍTULO III
EFICACIA DE LAS NORMAS 63
1. Retroactividad 63
2. Derogación 65
3. Nulidad 65

CAPÍTULO IV
TÉCNICA NORMATIVA 67
1. Remisiones 67
2. Reproducción de preceptos 67
3. Estructura 68
4. Índice 68
5. Título 69
6. Lenguaje 69
7. Habilitaciones 70
8. Referencias orgánicas 70
9. Normas modificativas 71
10. Estilo de regulación 72

CAPÍTULO V
DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 73
1. Generalidades 73
A) Traslación de la normativa comunitaria 73
B) Potestad sancionadora 74
2. Lengua (art. 6.1 EAPV) 74
3. Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV) 75
4. Estatuto de los funcionarios públicos (art. 10.4 EAPV) 77
5. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco (art. 10.6 EAPV) 79
6. Agricultura y ganadería (art. 10.9 EAPV) 80
7. Asistencia social (art. 10.12 EAPV) 83
8. Asociaciones (art. 10.13 EAPV) 84
9. Ejercicio de las profesiones tituladas (art. 10.22 EAPV) 89
10. Cooperativas (Art. 10.23 EAPV) 90
11. Mutualidades no integradas en la Seguridad Social (art. 10.23 EAPV) 92
12. Medioambiente (art. 11.1 EAPV) 93
13. Enseñanza (art. 16 EAPV) 94
14. Policía (art. 17 EAPV) 96
15. Sanidad interior (art. 18 EAPV) 97
16. Medios de comunicación social (art. 19 EAPV) 98

CAPÍTULO VI
ÁREAS 101
1. Sedes 101
2. Administración Pública 102
A) Órganos colegiados 102
B) Función inspectora 102
C) Autorizaciones y acreditaciones 103
D) Entidades vinculadas o dependientes 104
E) Administración Corporativa 105
3. Asociaciones 107
A) Derecho de asociación (artículo 22 CE) 107
B) Régimen jurídico de las inscripciones 113
C) Estatutos 115
D) Estructura asociativa 118
E) Asociaciones de Utilidad Pública 119
F) El Protectorado de Asociaciones de Utilidad Pública 121
G) Responsabilidad patrimonial en las relaciones entre la asociación, los asociados y terceros 124
H) Disolución 127

4. Igualdad de mujeres y hombres 129
5. Personal de las administraciones públicas 132
A) Personal laboral 132
B) Libertad sindical en el ámbito policial 133

CAPÍTULO VII
PROCEDIMIENTO 135
1. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 135
A) Ámbito y finalidad 135
B) Orden de aprobación previa 138
C) Negociación o consulta con los representantes del personal 138
D) Audiencia 141
E) Memorias 144
F) Informes 146
G) Intervención preceptiva de órganos 147
2. Procedimiento Administrativo Común de los actos administrativos 147
A) Iniciación 147
B) Ordenación 148
C) Instrucción 149
La prueba 149
Informes 154
Audiencia de los interesados 155
Propuesta de resolución 158
Plazo para resolver 158
Suspensión 160
3. Especialidades en el procedimiento administrativo 160
A) Procedimiento de revisión de oficio 160
Inicio procedimiento 160
Suspensión de la ejecución del acto 162
Instrucción 162
Finalización del procedimiento 163
B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial 164
Iniciación 164
Instrucción 165
Finalización del procedimiento 166

CAPÍTULO VIII
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 167
1. Generalidades 167
2. Daño 168
3. Relación de causalidad 169
Título de imputación 169
Estándares de funcionamiento 173
Daños sufridos por el personal al servicio de las administraciones públicas 175

Concurrencia de causas 176
Conducta de la víctima 178
4. Antijuridicidad 179
5. Indemnización 181
Por lesiones 181
Lucro cesante 183
Otros gastos 184
Pago 186
6. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 186
7. Responsabilidad patrimonial por sectores 189
A) Mantenimiento de vías públicas 189
B) Espectáculos públicos 192
C) Boletines Oficiales 194
D) Control del ruido 195
E) Centros escolares 197
F) Suelo y urbanismo 198

CAPÍTULO IX
REVISIÓN DE OFICIO 201
1. Ámbito de la potestad revisora 201
2. Límites a la revisión de oficio 204
3. Análisis de las causas de nulidad 206
A) Art. 62.1.a) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional 207
B) Art. 62.1.b) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio 208
C) Art. 62.1.e) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados 210
D) Art. 62.1.f) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición 211
4. Instrumentos urbanísticos 215

CAPÍTULO X
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 221
Extinción del contrato 221
A) Ejecución del contrato 221
B) Cumplimiento y recepción 223

C) Causas de resolución 224
El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista 224
Demora en el cumplimiento de los plazos 225
Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales . . 225
D) Efectos de la resolución 226

INTRODUCCIÓN

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 día 16 de mayo de 2007 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2006. 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 2006, que 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. 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: http://www.euskadi.net/comisionjuridica.

La Comisión quiere agradecer la dedicación puesta por los letrados de la Comisión, Sra. Deiane Agirrebaltzategi y Sr. Eneko Pagazaurtundua, coordinados por el Secretario, en la labor de análisis y extracción de la doctrina.

Finalmente, la Comisión quiere reiterar nuevamente su agradecimiento 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, con especial referencia al personal de la Dirección de Servicios del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

ABREVIATURAS

ACJA / AACJA	Acuerdo / Acuerdos de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
DCJA / DDCJA	Dictamen / Dictámenes de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
LCE	Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi
LCJAE	Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEPSV	Ley 25/1983, de 25 de octubre, de Entidades de Previsión Social Voluntaria
LODA	Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación

LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LP	Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco
LPEDG	Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSUV	Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco
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
pár.	Párrafo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRIMERA PARTE

ACTIVIDAD DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI DURANTE EL AÑO 2006

CAPÍTULO I

COMPOSICIÓN

Durante este año han causado baja como vocales de la Comisión las personas que a continuación se relacionan, a quienes la Comisión agradece su aportación al funcionamiento de este órgano consultivo:

– D. Luis María Moreno Díez.
– D. José Ignacio Landín Escos.
– D. José Ramón Mejias Vicandi.
– Dña. Asunta de La-Herrán Unceta-Barrenechea.

Asimismo, en este año se han incorporado a la Comisión como vocales las personas siguientes:

– D. Luis Elicegui Mendizabal.
– Dña. Loreto Abaigar Echegoyen.
– Dña. Ana Arcocha Azcue.

En consecuencia, la composición de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi a 31 de diciembre de 2006 es la siguiente:

Presidente:
Ilmo. Sr. D. Sabino Torre Díez.

Vicepresidente:
Ilmo. Sr. D. Ion Gurutz Echave Aranzabal.

Vocales:
Dña. M.ª Teresa Astigarraga Goenaga.
D. Luis M.ª Eskubi Juaristi.
D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.
D. José Ignacio Peláez Berasategui.
D. Luis Elicegui Mendizabal.
Dña. Loreto Abaigar Echegoyen.
Dña. Ana Arcocha Azcue.

Secretario:
D. Jesús M.ª Alonso Quilchano.

CAPÍTULO II

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Durante el año 2006 la Comisión, en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley 9/2004, de 14 de noviembre, procedió a la elaboración, tramitación y elevación a la aprobación del Gobierno del Reglamento de Organización y Funcionamiento, que fue aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre (BOPV n.º 181, de 21 de septiembre de 2006).

Asimismo, en este periodo, la Comisión realizó los trámites precisos para la creación y provisión de los puestos de trabajo adscritos al Gabinete Técnico. Por Decreto 222/2006, de 14 de noviembre (BOPV n.º 224, de 23 de noviembre de 2006), el Consejo de Gobierno aprobó la siguiente relación de puestos de trabajo:

– 2 plazas de Letrado Asesor.
– 1 plaza de Administrativo informático.
– 2 plazas de Administrativo A.
– 1 plaza de Traductor.

Dichas plazas han sido cubiertas por funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma mediante procesos de comisión de servicios convocados durante este año.

CAPÍTULO III

DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA

1. INTRODUCCIÓN

De los datos que sobre la función consultiva desarrollada en el año 2006 ofrecemos a continuación, se pueden extraer tres conclusiones principales. La primera es que la función consultiva desarrollada por la Comisión sigue experimentando un paulatino y constante crecimiento, como lo demuestra el hecho de que este año sea, desde su creación en el año 1999, en el que más solicitudes de consultas se han recibido y en el que mayor número de dictámenes y acuerdos se han emitido.

En segundo lugar, y atendiendo al origen de las solicitudes de consultas recibidas, puede observarse que, con relación al año anterior, el número de consultas planteadas por las entidades locales supera, ligeramente, a las solicitadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, lo que da noticia de la consolidación, desde la aprobación y entrada en vigor en diciembre del 2004 de la Ley 9/2004, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi como órgano colegiado superior consultivo en el ámbito de la Comunidad Autónoma, con exclusión de los entes forales.

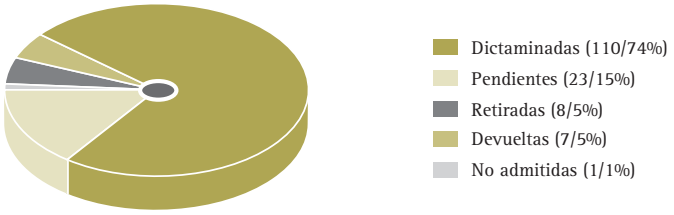
Por último, y teniendo en cuenta la tipología de los asuntos dictaminados, la Comisión mantiene, en una misma tendencia que se aprecia en los demás órganos consultivos de nuestro entorno, una mayor actividad con respecto a consultas sobre actos administrativos —con especial primacía de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial— que sobre disposiciones de carácter general, cuya cuantía se mantiene en parámetros similares a los del año 2005.

Dicho lo anterior, a continuación pasamos a exponer los datos cuantitativos con respecto a la actividad consultiva.

2. DATOS SOBRE LAS CONSULTAS RECIBIDAS

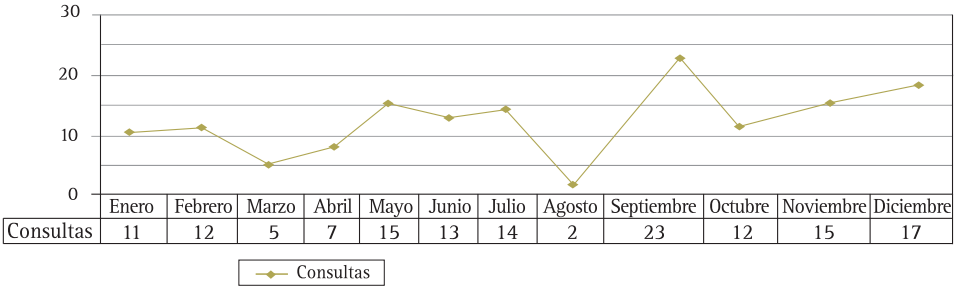
Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2006 han tenido entrada en la secretaría de este órgano consultivo 149 solicitudes de consultas, de las cuales 1 no fue admitida a trámite por el Presidente debido a que se refería a un asunto en el que era manifiesta la falta de competencia de la Comisión para dictaminarlo, y 1 fue retirada por el órgano consultante de forma inmediata a recibir la solicitud.

De las 147 consultas admitidas a trámite, 7 fueron posteriormente retiradas por el órgano consultante y 7 fueron devueltas por la Comisión, ya sea por el propio Presidente (3), ya sea por Acuerdo del Pleno (4), bien para la subsanación de los defectos de instrucción advertidos, bien porque la consulta sometida a dictamen no se encontraba incluida entre los supuestos que debe conocer esta Comisión con arreglo a la Ley 9/2004 y 110 se han dictaminado, continuando pendientes de resolver al finalizar el año 23 consultas.



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

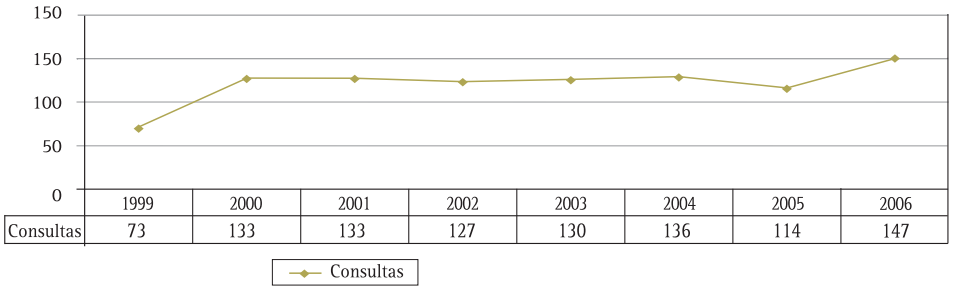
Evolución mensual de las consultas admitidas a trámite



	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Consultas	11	12	5	7	15	13	14	2	23	12	15	17

En relación con los años anteriores la evolución del número de consultas admitidas a trámite ha sido la que se refleja en el cuadro siguiente:

Evolución por años de las consultas admitidas a trámite



En cuanto a la tramitación de las consultas admitidas a trámite, debemos destacar que solamente 1 de ellas se ha evacuado por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 26, apartados 2 y 3, de la Ley 9/2004.

En el proceso de análisis del expediente, el Presidente, a petición fundada de los ponentes, ha solicitado en 4 consultas ampliación de información y ha requerido en 1 ocasión al órgano consultante para que justifique la realización de trámites no documentados en el expediente remitido.

En el caso de las 4 solicitudes de ampliación de información tramitadas, todas ellas fueron cumplimentadas por los órganos consultantes a las que iban dirigidas, bien remitiendo la documentación solicitada, bien justificando la imposibilidad de dar satisfacción a lo solicitado (en una ocasión).

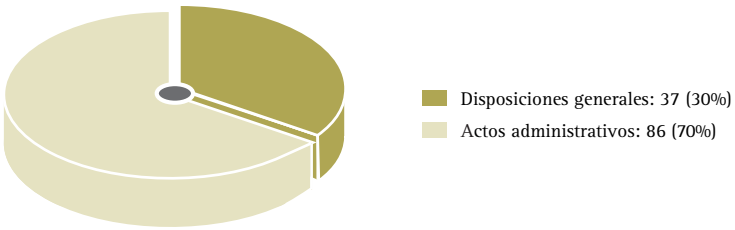
Por el contrario y como consecuencia de la no cumplimentación en el plazo establecido por el órgano consultante del único requerimiento tramitado, la Comisión procedió a la devolución de la consulta. Asimismo, en 2 casos la Comisión devolvió las consultas, sin requerimiento previo, por estar acreditado en el expediente la no realización de trámites preceptivos, en base al principio de economía procesal.

En otro orden de cosas, debemos destacar que en este periodo el Presidente solicitó, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora, la colaboración de un órgano de la Administración de la Comunidad Autónoma especializado en cuestiones urbanísticas, con el fin de que emitiera informe sobre cuestiones técnicas que se planteaban en una consulta sobre un expediente de revisión de oficio de un Estudio de Detalle.

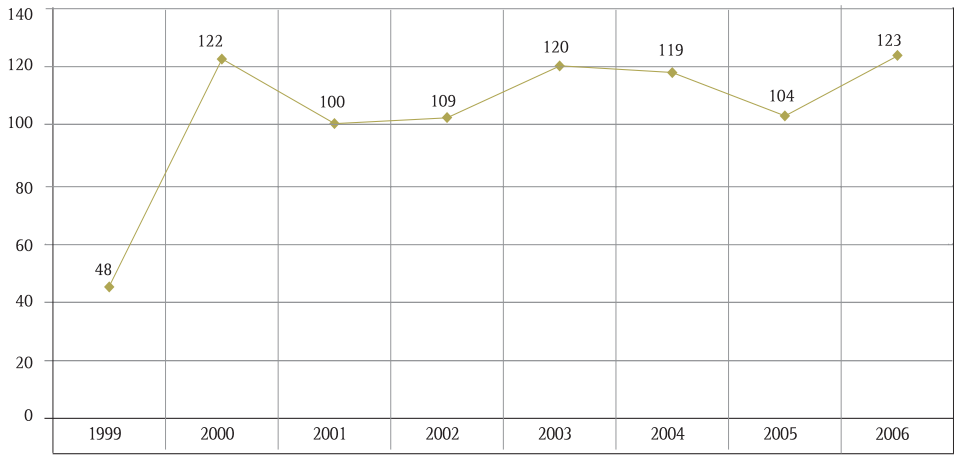
Finalmente hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 40 sesiones ordinarias y no ha celebrado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

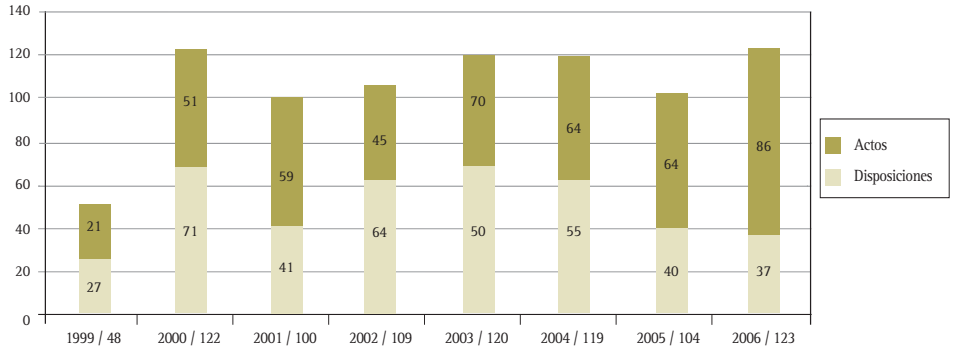
3. DATOS SOBRE LOS DICTÁMENES EMITIDOS

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 123 dictámenes (*téngase en cuenta que 13 de esos dictámenes corresponden a expedientes remitidos a esta Comisión en el año 2005*), que en función de una primera clasificación general de las consultas se distribuyen de la forma siguiente:



En el siguiente cuadro puede observarse la comparativa con los años anteriores por lo que se refiere al total de dictámenes emitidos y a su distribución de acuerdo con esta clasificación general (téngase en cuenta que el año 2005 es el primero que incluye a los entes locales):

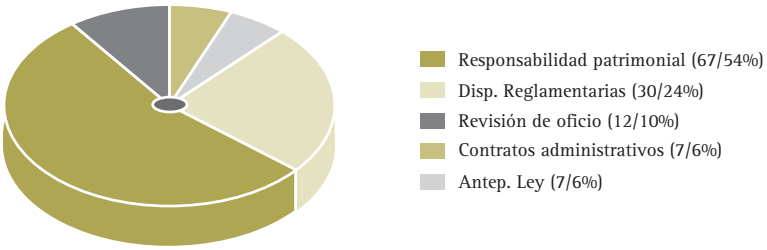




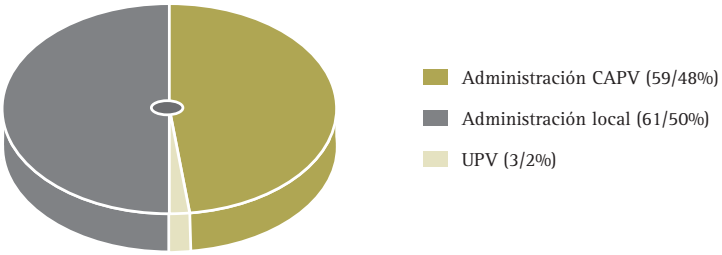
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

Anteproyectos de Ley	7
Proyectos de decretos legislativos	0
Proyectos de disposiciones reglamentarias	30
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	12
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	0
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	7
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros	67
Asuntos relativos a la composición, organización, competencia y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi	0
Alteración de los términos municipales, cuando afecte a más de un territorio histórico	0
Cualquier otro asunto de la competencia de las administraciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley para el que, en virtud de normas con rango o fuerza de Ley, sea preceptiva la intervención de la Administración consultiva	0
TOTAL	123

El porcentaje de los dictámenes por cada una de las tipologías anteriores es la 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:* 59 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

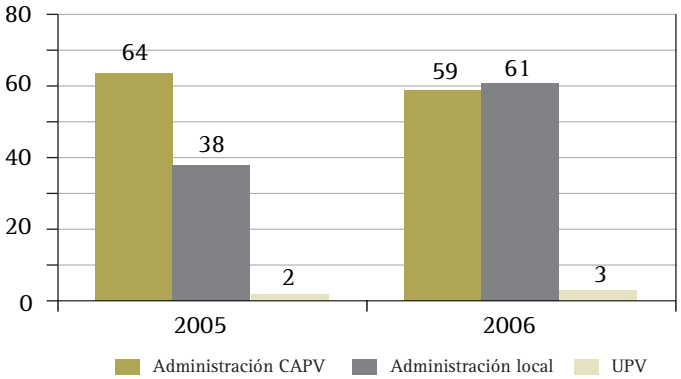
	DISPOSICIONES GENERALES	ACTOS ADMINISTRATIVOS	TOTAL
Presidencia	4	1	5
Vicepresidencia	0	1	1
Hacienda y Administración Pública	3	0	3
Justicia, Empleo y Seguridad Social	5	3	8
Interior	2	5	7
Industria, Comercio y Turismo	2	0	2
Vivienda y Asuntos Sociales	3	1	4
Educación, Universidades e Investigación	5	7	12
Sanidad	3	0	3
Cultura	2	0	2
Medio Ambiente y Ordenación del Territorio	1	1	2
Transportes y Obras Públicas	0	2	2
Agricultura, Pesca y Alimentación	7	1	7
Servicio vasco de salud-Osakidetza	0	1	1
TOTAL	**37**	**23**	**59**

b) *Universidad del País Vasco:* 3 dictámenes.

c) *Administración Local:* 61 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

	ACTOS ADMINISTRATIVOS
Ayuntamiento de Abaltzisketa	1
Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana-Abanto Zierbena	2
Ayuntamiento de Arratzu	1
Ayuntamiento de Arrigorriaga	2
Ayuntamiento de Balmaseda	1
Ayuntamiento de Basauri	6
Ayuntamiento de Bermeo	1
Ayuntamiento de Bilbao	14
Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián	5
Ayuntamiento de Durango	3
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio	1
Ayuntamiento de Getxo	12
Ayuntamiento de Labastida	1
Ayuntamiento de Loiu	1
Ayuntamiento de Llodio	1
Ayuntamiento de Moreda de Álava	1
Ayuntamiento de Ordizia	2
Ayuntamiento de Salvatierra (Álava)	1
Ayuntamiento de Sestao	1
Ayuntamiento de Usurbil	1
Concejo de Zubillaga	1
Consorcio de Aguas de Bilbao Bizkaia	1
Mancomunidad de Lea-Artibai	1
TOTAL	**61**

El gráfico comparativo con el año anterior es el siguiente:



En relación con los dictámenes emitidos se han formulado 4 votos particulares en los asuntos siguientes:

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR
Acuerdo 6/2006	Acuerdo de devolución de la Consulta 42/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de los actos relativos a la demolición de una borda construida en el edificio Aulki, en Belauntza.	Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo **Adhesión:** José Ignacio Peláez Berasategui
Dictamen 4/2006	Consulta 105/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. M.J.H.C. por los daños físicos y psíquicos producidos como consecuencia de una actuación de agentes de la Ertzaintza.	José Ignacio Landín Escós
Dictamen 5/2006	Consulta 111/2005 sobre la revisión de oficio de la Convocatoria de concurso-oposición para la cobertura de 16 plazas de Oficial Electromecánico y 18 plazas de Operador, aprobada mediante Acuerdo del Comité Directivo del Consorcio, de 30 de noviembre de 2004.	M.ª Teresa Astigarraga Goenaga **Adhesión:** José Ramón Mejías Vicandi José Ignacio Landín Escós Luis M.ª Moreno Díez
Dictamen 50/2006	Consulta 38/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.P.P.G. de C. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la calle Urkijo de Getxo.	José Ignacio Peláez Berasategui

4. RELACIÓN DE DICTÁMENES Y ACUERDOS

Anteproyectos de Ley (7)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
06/2006	Consulta 101/2005 del anteproyecto de Ley de creación del Colegio de Logopedas del País Vasco.
09/2006	Consulta 113/2005 del anteproyecto de Ley de agricultura y alimentación ecológica de Euskadi.
17/2006	Consulta 109/2005 del anteproyecto de Ley de Asociaciones de Euskadi.
58/2006	Consulta 51/2006 del anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley de Cooperativas de Euskadi.
67/2006	Consulta 74/2006 del anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley de Policía del País Vasco, de designación de los delegados sindicales de la Ertzaintza.
69/2006	Consulta 63/2006 del anteproyecto de Ley de creación del Instituto Vasco Etxepare Euskal Institutua.
86/2006	Consulta 69/2006 del anteproyecto de Ley de mediación familiar.

Proyectos de disposiciones reglamentarias (30)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
007/2006	Consulta 102/2005 del proyecto de Decreto por el que se regula la autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.
014/2006	Consulta 9/2006 del proyecto de Decreto por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del Sistema Sanitario de Euskadi.
022/2006	Consulta 14/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto sobre la aplicación de la condicionalidad en relación con las ayudas directas en el marco de la Política Agraria Común en la Comunidad Autónoma del País Vasco.
024/2006	Consulta 6/2006 sobre el proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de los estudios superiores de Diseño, en la especialidad de Interiores, para el ámbito de la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
031/2006	Consulta 19/2006 del proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco.
034/2006	Consulta 29/2006 del proyecto de Decreto de desarrollo y aplicación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, del régimen de ayudas comunitarias «de pago único» y otros regímenes de ayudas directas a la agricultura y ganadería.
037/2006	Consulta 28/2006 sobre el proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula el Consejo de Coordinación de la Enseñanza Pública Universitaria.
040/2006	Consulta 37/2006 del proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
042/2006	Consulta 41/2006 del proyecto de Decreto de tercera modificación del Decreto sobre indemnizaciones por razón de servicio.
044/2006	Consulta 31/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de las Administraciones Públicas Vascas.
045/2006	Consulta 47/2006 del proyecto de Decreto por el que se establecen medidas económicas vinculadas al reforzamiento de las condiciones de seguridad en la prestación del servicio por los funcionarios de la Ertzaintza.
046/2006	Consulta 39/2006 del proyecto de Decreto sobre la regulación del Consejo Vasco de Bienestar Social.
053/2006	Consulta 46/2006 del proyecto de Decreto por el que se aprueba la modificación del Reglamento de la Ley de Cooperativas de Euskadi.
063/2006	Consulta 52/2006 del proyecto de Decreto por el que se establece el sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo y se determina el contenido y alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades.
068/2006	Consulta 60/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se crea el registro de empresas y establecimientos turísticos del País Vasco.
071/2006	Consulta 70/2006 del proyecto de Decreto de modificación del decreto sobre los servicios sociales residenciales para la tercera edad, en lo referente a los apartamentos tutelados.
075/2006	Consulta 57/2006 del proyecto de Decreto por el que se regula el servicio de televisión local por ondas terrestres.
076/2006	Consulta 85/2006 del proyecto de Decreto por el que se constituye el Organismo Pagador de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
085/2006	Consulta 83/2006 del proyecto de Decreto por el que se establece la estructura orgánica y funcional de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer.
087/2006	Consulta 88/2006 del proyecto de Decreto sobre complementos retributivos adicionales del personal docente e investigador de la Universidad del País Vasco /Euskal Herriko Unibertsitatea.
090/2006	Consulta 89/2006 del proyecto de Decreto por el que se crean los Centros Territoriales para la atención educativa hospitalaria y domiciliaria.
092/2006	Consulta 99/2006 del proyecto de Decreto sobre el régimen de tasa láctea.
098/2006	Consulta 103/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto sobre implantación, modificación y ampliación de grandes establecimientos comerciales.
110/2006	Consulta 121/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regulan las relaciones de puestos de trabajo de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus Organismos Autónomos.
111/2006	Consulta 118/2006 del proyecto de Decreto por el que se regulan las entidades que presten servicios de asesoramiento a las explotaciones agrarias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
116/2006	Consulta 114/2006 del proyecto de Decreto de regulación de la Comisión Interinstitucional para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
117/2006	Consulta 125/2006 del proyecto de Decreto de regulación de la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres.
118/2006	Consulta 113/2006 del proyecto de Decreto sobre el uso de desfilibradores externos automáticos por personal no sanitario.
120/2006	Consulta 117/2006 del proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio de determinadas actividades de las Entidades de Previsión Social Voluntaria.
121/2006	Consulta 119/2006 del proyecto de Decreto de trazabilidad y de seguridad alimentaria de la leche cruda de vaca.

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (67)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
01/2006	Consulta 106/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. B.U.I. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en una acera del sector ZV 35 del barrio de Areta de Llodio.
02/2006	Consulta 104/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. E.B.J. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la calle Lanbarketa.
03/2006	Consulta 103/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don O.M.S., en representación de Don J.A.L.T., por los daños sufridos como consecuencia de diversas caídas en la vía pública.
04/2006	Consulta 105/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. M.J.H.C. por los daños físicos y psíquicos producidos como consecuencia de una actuación de agentes de la Ertzaintza.
08/2006	Consulta 110/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don J.R.A.A. por los daños sufridos en su vehículo al ser retirado de la vía pública por la grúa.
10/2006	Consulta 114/2005 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don J.J.C.T., en representación de Don J.A.M.C., por las lesiones sufridas por éste como consecuencia de una accidente ocurrido en el embarcadero situado junto al Real Club Náutico de San Sebastián, en el puerto de Donostia-San Sebastián.
13/2006	Consulta 4/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Don I.S.R. por los daños y perjuicios producidos por la inactividad de la administración municipal en las actuaciones relativas a la contaminación acústica de un bar.
18/2006	Consulta 3/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. O.K.L. por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una caída en la calle Morgan.
19/2006	Consulta 15/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña B.S.C. por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una caída en la calle Askao.
20/2006	Consulta 10/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña A.T.G., en nombre y representación de don I.M.S., por los daños y perjuicios sufridos por este como consecuencia de una caída en las escaleras de Solokoetxe.
21/2006	Consulta 11/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don F.L.D., en nombre y representación de doña I.B.B. por las lesiones sufridas por esta como consecuencia de una caída en la pista de patinaje de Arrigunaga.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
23/2006	Consulta 13/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.M.C.M. por las lesiones sufridas en el transcurso de unos incidentes de orden público en los que intervino la Ertzaintza.
25/2006	Consulta 12/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña I.G.L. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en las escaleras del Juzgado de Guardia del Palacio de Justicia de Bilbao.
26/2006	Consulta 7/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña Mª.A.B.B. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública.
29/2006	Consulta 17/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por don F.A.P. como consecuencia del accidente de circulación que sufrió en la calle Zabalbide debido al mal estado de la calzada.
33/2006	Consulta 18/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Dña. E.M.R. por las lesiones sufridas durante las fiestas de Bilbao, como consecuencia de una caída sufrida con ocasión del tumulto generado por la caída de un artefacto pirocténico.
35/2006	Consulta 22/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por Doña M.E.G.A. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la calle Basagoiti.
36/2006	Consulta 24/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.A.C.C. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública.
38/2006	Consulta 30/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.P.F., por los daños sufridos por su hijo como consecuencia de un accidente ocurrido en el patio del IES ... BHI.
41/2006	Consulta 34/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña C.S:Y. por los daños y lesiones sufridas como consecuencia de un accidente laboral.
43/2006	Consulta 33/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña C.S.M. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída sufrida en la vía Askatasun Etorbidea de Durango.
47/2006	Consulta 43/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña B.T.U. por los daños ocasionados con ocasión de la gestión de la lista de candidatos a sustituciones en centros públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
48/2006	Consulta 36/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña I.M.R. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la calle Sendeja de Bilbao.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
49/2006	Consulta 40/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.L.I.G. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en una vía pública del barrio de Ortxakoaga de Bilbao.
50/2006	Consulta 38/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.P.P.G. de C. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la calle Urkijo de Getxo.
51/2006	Consulta 45/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don M.A.R.R. por las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente sufrido durante la Aste Nagusia 2004.
52/2006	Consulta 49/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.M.G.M. por las lesiones sufridas como consecuencia de una intervención antidisturbios de la Ertzaintza en Bilbao.
54/2006	Consulta 23/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de F.B.V. en el interior del túnel de Jaizkibel.
57/2006	Consulta 55/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña B.M.G. y de don J.R.L.M. como consecuencia del fallecimiento de un familiar.
60/2006	Consulta 48/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don O.M.S. en representación de doña M.B.S.G. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública de Getxo.
61/2006	Consulta 59/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.I.P.P. por los daños sufridos como consecuencia de accidente de circulación en el Paseo de Lugaritz de Donostia-San Sebastián.
64/2006	Consulta 61/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.M.B. por los daños sufridos como consecuencia de una caída al tropezar con una alcantarilla perteneciente a la UPV.
65/2006	Consulta 62/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.M.E.A. por los daños sufrido como consecuencia de una caída en la calle Bidezabal de Algorta.
66/2006	Consulta 58/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.L.E. por las lesiones sufridas como consecuencia de la caída de las losas de un muro sito en la avenida de Zumalakarregi de Laudio/Llodio.
72/2006	Consulta 68/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada en relación con los daños sufridos por E.C.A. en el IES Urbi BHI de Basauri.
74/2006	Consulta 72/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.J.C.G. por los daños y perjuicios causado como consecuencia del incumplimiento del mandato judicial de suspensión de los expedientes de ejecución y embargo tramitados por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián contra su persona.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
77/2006	Consulta 76/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.C.C.D. por las lesiones sufridas como consecuencia del accidente que sufrió en el transcurso de unas prácticas en el laboratorio del IES Julio Caro Baroja BHI de Getxo.
78/2006	Consulta 77/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña A.I.P.V. por las lesiones sufrida como consecuencia de una caída en una vía pública.
79/2006	Consulta 82/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña I.C.M.G. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la sede de la Lehendakaritza.
80/2006	Consulta 75/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña I.G.H. por los perjuicios sufridos como consecuencia de un error en el proceso de selección de un contrato de profesor colaborador.
81/2006	Consulta 79/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña V.G.P. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la calle Arbolantxa de Bilbao.
82/2006	Consulta 78/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña A.U.F. por los daños físicos y materiales sufridos en la calle Urko de Durango.
83/2006	Consulta 81/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por una parte por don L. y don R.C.S. y, por otra, por don J.A.L. y otros familiares, por la disminución patrimonial provocada en sus derechos como consecuencia de la modificación puntual de las Normas Subsidiarias para el Área de Intervención Urbanística (A.I.U.) 22 «San Juan» de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Ordizia.
88/2006	Consulta 80/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña M.J.S.M. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la calle Txotena de Bilbao.
89/2006	Consulta 87/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.L.M.T. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública.
91/2006	Consulta 84/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con los daños sufridos por doña A.G.A. como consecuencia de una caída en el Puerto de Ea.
93/2006	Consulta 92/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña M.L.G.L. como consecuencia de una caída en la vía pública.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
94/2006	Consulta 98/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.J.L.D. como consecuencia de la publicación en el Boletín Oficial del País Vasco de un anuncio de notificación de un acuerdo de adopción de medidas cautelares.
95/2006	Consulta 95/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.A.C. como consecuencia de una caída en el Palacio de Justicia de Bilbao.
96/2006	Consulta 97/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don J.A.R.V. como consecuencia de una caída en la vía pública.
97/2006	Consulta 94/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña L.Z.A. como consecuencia de una caída en la vía pública.
99/2006	Consulta 102/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don A.S.R. como consecuencia de una accidente en el taller del centro docente ... de Eibar.
100/2006	Consulta 106/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por el niño U.G.H. como consecuencia de un accidente ocurrido en el CEP ... de Santurtzi.
101/2006	Consulta 100/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don J.M.D.S.R. como consecuencia de una caída en la vía pública.
102/2006	Consulta 104/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña M.M.M.A como consecuencia de una caída en la vía pública.
103/2006	Consulta 107/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por la niña I.G.P. como consecuencia de un accidente ocurrido en el CEP X LHI de Vitoria-Gasteiz.
105/2006	Consulta 93/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don I.L.V. como consecuencia de una caída en la vía pública.
106/2006	Consulta 101/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña B.A.I. como consecuencia de una caída en la vía pública.
107/2006	Consulta 110/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña P.U.H. como consecuencia de una caída en la vía pública.
108/2006	Consulta 115/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña M.T.A.M. como consecuencia de una caída en la vía pública.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
109/2006	Consulta 109/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.I.L.L. como consecuencia de una caída en la vía pública.
112/2006	Consulta 111/2006 sobre la reclamación de responsabilidad por las lesiones sufridas por doña A.M.ªB.Z. como consecuencia de una caída en el un colegio electoral.
113/2006	Consulta 122/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.L.G. en su vehículo como consecuencia de un golpe con un bolardo automático.
114/2006	Consulta 116/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.J.M. como consecuencia de una caída en la vía pública.
119/2006	Consulta 120/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don D.M.G., como consecuencia de una caída en las instalaciones del Polideportivo Municipal de ...
122/2006	Consulta 124/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.F.C. por un accidente sufrido en el Palacio de Justicia de ...
123/2006	Consulta 123/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don A.A.M., como consecuencia de una caída en la vía pública.

Revisión de oficio (12)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
005/2006	Consulta 111/2005 sobre la revisión de oficio de la Convocatoria de concurso-oposición para la cobertura de 16 plazas de Oficial Electromecánico y 18 plazas de Operador, aprobada mediante Acuerdo del Comité Directivo del Consorcio, de 30 de noviembre de 2004.
015/2006	Consulta 2/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del Decreto de Alcaldía n.º 1405/2005 de 3 de marzo por el que se concedió a la Comunidad de Propietarios B n.º ... la licencia de obras de instalación de una puerta de garaje.
016/2006	Consulta 5/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de los estudios de detalle tramitados respecto a la U.E.08 del Área de Reparto «B/Kalero-Basozelai» del suelo urbano residencial del Plan General de Ordenación Urbana.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
027/2006	Consulta 21/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del acto de nombramiento de don E.M.G. como funcionario de carrera de la Ertzaintza, con la categoría de agente de la escala básica.
028/2006	Consulta 8/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de los actos recaídos en el expediente de Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución 08 del Área de Reparto «B/Kalero-Basozelai» del suelo urbano residencial del Plan General de Ordenación Urbana.
030/2006	Consulta 16/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de los actos administrativos que concluyeron con la adquisición por la Sra. E., la Sra. A., el Sr. P. y el Sr. C. la condición de personal estatutario fijo de la categoría de facultativo especialista de área de documentación clínica en desarrollo de la convocatoria de pruebas selectivas aprobada mediante Resolución de 10 de noviembre de 1989, del Director General del Servicio Vasco de Salud / Osakidetza.
032/2006	Consulta 20/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución 19 del Área de Reparto «E/Kanda Landaburu» del suelo urbano residencial del Plan General de Ordenación Urbana.
070/2006	Consulta 66/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de la delimitación de la Actuación Asistemática B-5 del Área de Reparto «B/Kalero-Basozelai» del Plan General de Ordenación Urbana.
073/2006	Consulta 67/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del Estudio de detalle tramitado respecto de la Actuación Asistemática B-5 del Área de Reparto «B/Kalero-Basozelai» del Plan General de Ordenación Urbana.
084/2006	Consulta 86/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del Decreto de la Presidencia, de 9 de junio de 1999, por el que se aprobaron las bases de funcionarización del personal de la Mancomunidad de Lea Artibai.
104/2006	Consulta 96/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de las adjudicaciones provisionales de la gestión del Mercado de Abando efectuada por los Decretos de 16 de julio de 1999 y de 19 de enero de 2001.
115/2006	Consulta 108/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de las bases de la convocatoria para la provisión en propiedad de plazas de plantilla de personal del Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana, aprobadas por el Pleno de la Corporación en sesión celebrada el día 31 de octubre de 2002.

Contratos administrativos (7)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
11/2006	Consulta 112/2005 sobre la resolución del contrato de «adquisición y puesta en marcha de módulos de recaudación, gestión tributaria, contabilidad y registro de entradas y salidas» suscrito con «I.E.C.I, S.A.».
12/2006	Consulta 108/2005 sobre la resolución del contrato para la construcción de la nueva Casa de Cultura
39/2006	Consulta 32/2006 sobre la resolución del contrato de obras «de construcción de un local social, sala de Concejo multiusos».
55/2006	Consulta 53/2006 sobre la resolución del contrato de explotación del Albergue municipal de Abaltzisketa
56/2006	Consulta 54/2006 sobre la resolución del contrato suscrito con la empresa «M.L. S.L.» para el desarrollo del proyecto «Protección de Datos personales» de Departamento de Calidad, Informática y Organización del Ayuntamiento de Bermeo.
59/2006	Consulta 35/2006 sobre la resolución del contrato para la explotación del bar sito en el complejo deportivo de «La Benedicta» de Sestao.
62/2006	Consulta 50/2006 sobre la resolución del contrato de obras para el adecentamiento de las fachadas del Ayuntamiento de Moreda de Álava.

Acuerdos de devolución (4)

N.º ACUERDO	TÍTULO
1/2006	Acuerdo por el que se procede a la devolución de la Consulta 1/2006 sobre el expediente relativo a los daños y perjuicios ocasionados a diversos ciudadanos como consecuencia de las obras de urbanización de la calles La Horca.
3/2006	Acuerdo de devolución de la Consulta 26/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de las adjudicaciones provisionales de la gestión del Mercado de Abando efectuada por los Decretos de 16 de julio de 1999 y de 19 de enero de 2001.
6/2006	Acuerdo de devolución de la Consulta 42/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de los actos relativos a la demolición de una borda construida en el edificio Aulki, en Belauntza.
8/2006	Acuerdo de devolución de la Consulta 105/2006 del proyecto de Decreto de fomento de la adquisición de animales en certámenes ganaderos de interés supracomunitario a celebrar en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

SEGUNDA PARTE

EXTRACTO DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

CAPÍTULO I

FUNCIÓN CONSULTIVA

1. ÁMBITO OBJETIVO

La Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE) regula su composición, competencias y funcionamiento y, en sus artículos 2 y 3, delimita los ámbitos de actuación subjetiva y objetiva que corresponden al órgano consultivo.

De tales preceptos se concluye que los **supuestos de intervención están legalmente tasados**, por lo que no son posibles las consultas (ni, en consecuencia, la intervención) potestativas.

ACJA 6/2006 pár. 5 y 6

Como ha tenido ocasión de señalar esta Comisión (entre otros, DCJA 77/2002) en principio **las normas reglamentarias cuyo objeto es la creación de órganos están excluidas** del ámbito objetivo de la función consultiva superior que establece el artículo 3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre. Sin embargo, una de las **excepciones** a dicha regla son los proyectos de reglamento organizativos dictados para desarrollar y completar una norma de rango de Ley que incluye la configuración de una determinada estructura organizativa como parte relevante de su contenido. En este caso, el reglamento que desarrolle y completa esa estructura organizativa se integra con naturalidad en la categoría de reglamento ejecutivo.

DCJA 31/2006 pár. 52

2. PARÁMETROS

A) Disposiciones Generales

Como ha señalado esta Comisión integra su examen el de la **correcta inserción de las iniciativas normativas en el ordenamiento autonómico** en tanto es una de las formas de garantizar la aplicación del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE).

DCJA 121/2006 pár. 76

Anteproyectos de Ley

[...] la Comisión ha advertido que al ejercer su función consultiva en relación a los anteproyectos de Ley debe tener presente que **«el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho en libertad dentro del marco que ésta ofrece**, en tanto que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera "de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 97 CE)"» (entre otras, STC 209/1987, de 22 de diciembre).

La precedente especificidad de la función consultiva en relación a los anteproyectos de Ley no ha impedido, sin embargo, que con un ánimo de estricta colaboración con el órgano consultante la Comisión formule observaciones sobre el procedimiento de elaboración del anteproyecto y de la memoria que lo acompaña en aras a su mejora.

Tales observaciones se formulan siempre sin olvidar que la valoración del procedimiento de elaboración por el órgano consultivo no se adentra en el terreno de la validación jurídica del texto y no permite fundar objeciones a la constitucionalidad del producto normativo final.

DCJA 69/2006 pár. 21 a 23

[...] la Comisión viene apuntando sobre los contornos de su función en el caso de dictaminar anteproyectos de Ley, esto es, que el correcto cumplimiento de la misma obliga a formular consideraciones no sólo sobre aquellas partes del texto que pudieran conllevar infracciones jurídicas, invalidantes o no, sino también sobre aquellas otras omisiones o defectos que, sin determinar la nulidad de la futura norma, deben ser corregidos para obtener un producto normativo más acabado que facilite la **integración en el ordenamiento jurídico autonómico con las máximas seguridad jurídica** y, en general, calidad normativa.

DCJA 86/2006 pár. 76

Proyectos de normas reglamentarias

Como ha reiterado esta Comisión los parámetros que debe utilizar en su análisis de la conformidad a derecho de los proyectos de norma reglamentarios que se someten a su consideración son, en síntesis, los atinentes a la comprobación del **cumplimiento de los límites formales y materiales que para el ejercicio lícito de la potestad reglamentaria derivan de nuestro vigente ordenamiento jurídico.**

En cuanto a los primeros, integra el examen de su cumplimiento la constatación de la titularidad de la potestad reglamentaria por quien pretende ejercerla.

En igual sentido, cabe afirmar la observancia del principio de jerarquía (artículos 9.3 y 103 CE y artículo 63 de la Ley de Gobierno), sin perjuicio de determinadas consideraciones que se realizan en el examen del articulado.

[...] En orden a los límites materiales, como es sabido, son exigencias que afectan al contenido de la norma proyectada y que cabe sintetizar en el obligado respeto por éste de la reserva de Ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho, en tanto éste no se reduce a la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento (entre otras muchas, STS de 16 de junio de 2003).

DCJA 63/2006 pár. 52 a 56

Véase también DCJA 71/2006 pár. 32 a 36

B) Actos administrativos

Responsabilidad patrimonial

[...] a efectos aclaratorios, diremos que el dictamen de la Comisión **no constituye una autorización previa para que el Ayuntamiento pueda seguidamente tramitar el procedimiento correspondiente.** Por el contrario, nuestra intervención se inserta dentro del procedimiento y, dado el carácter final de nuestros dictámenes (artículo 27.1 de la Ley 9/2004) debe tener lugar una vez concluida la tramitación y previamente a la adopción de la resolución final que proceda. Corolario de lo anterior será que la cuantía objeto del procedimiento será determinada (en virtud de lo reclamado, o apreciado de oficio) y no meramente estimada, como es el estado en que nos encontramos.

ACJA 1/2006 pár. 7

Revisión de oficio

Por lo que, atendidas las circunstancias del caso y siendo claro que la consulta versa sobre un acto desfavorable, la Comisión estima que no procede su intervención.

En efecto, según ha sido razonado, mientras la LRJPAC condiciona estrictamente el procedimiento de revocación por la Administración de los actos favorables o declarativos de derechos, tales limitaciones no afectan a los de gravamen que resultan revisables en los términos que establece el artículo 105.1 LRJPAC.

Este precepto contempla la revocación de los actos de gravamen o desfavorables sin sujeción a un procedimiento específico (siendo de aplicación las normas generales de la LRJPAC) y en cuanto a los motivos de legalidad que pueden fundar la decisión, no quedan constreñidos a las causas de nulidad –artículo 62 LRJPAC– sino que aquélla puede adoptarse, también, de concurrir cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder –artículo 63 LRJPAC–.

Por todo lo cual, dado que la Comisión Jurídica Asesora, según la LCJAE, no puede emitir dictámenes potestativos y que **la revisión de oficio de los actos administrativos de gravamen que establece el artículo 105.1 LRJPAC no ha sido sometida por el legislador a la intervención previa y favorable de los órganos consultivos,** no procede emitir Dictamen.

ACJA 6/2006 pár. 32 a 35

En primer lugar, es necesario indicar que la técnica de la revisión de oficio constituye una potestad excepcional de la Administración que quiebra la cosa juzgada y con ella la seguridad jurídica y por tanto es de utilización limitada. Esta Comisión debe **garantizar que el procedimiento se desarrolle ofreciendo la máxima protección de los posibles derechos o intereses afectados por la sanción de ineficacia del acto objeto de la misma,** y por muy legítimo que sea el fin que se persigue, ha de velar porque no pueda hacerse con desconocimiento de las reglas previstas en la Ley precisamente para llevar a cabo esa tarea.

DCJA 15/2006 pár. 18

A tenor de lo expresado en la Propuesta de Resolución, se hace preciso puntualizar que nuestro **Dictamen** no es vinculante en el sentido de que, aún siendo favorable a la revisión, ello no obliga a la Administración activa a acordarla. La resolución expresa puede no ser concordante con este Dictamen previo y preceptivo si disiente razonadamente del mismo.

Únicamente cuando es **desfavorable, tiene una auténtica naturaleza obstativa,** porque para proceder a la revisión, como hemos señalado, el Dictamen ha de ser favorable.

DCJA 5/2006 pár. 8 y 9

Contratación

El presente dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 3.1.i) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en relación con el artículo 59.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, LCAP), al tratarse del ejercicio de la prerrogativa de la Administración, Ayuntamiento de la Comunidad Autónoma, de resolución contractual y constar la oposición de la contratista.

[...] En particular, **no procede dictaminar** *sobre* las pretensiones de nulidad, y subsidiaria resolución por incumplimiento municipal, planteadas por la interesada ni sobre **aspectos económicos que no se derivan de la resolución contractual planteada.**

DCJA 59/2006 pár. 3 a 5

[...] En virtud de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 59 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y en la Ley 9/2004, citada, **la Comisión no ha de ser consultada más que en casos determinados de ejercicio de prerrogativas: interpretación, nulidad, resolución.** Además, en nuestra regulación no existe la posibilidad de efectuar consultas facultativas a la Comisión.

ACJA 1/2006 pár. 5

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO

1. CLÁUSULAS INTERPRETATIVAS DEL SISTEMA DE FUENTES

[...] interesa abordar aquí el examen de la citada Disposición Adicional Segunda para lo que es bueno reproducir su tenor literal que es el siguiente: «Los artículos de la presente Ley que reproducen o adaptan total o parcialmente preceptos de rango orgánico o básico de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, deben atenerse, en cuanto a su contenido, a la norma estatal que en cada momento rija la materia».

[...] Al margen de la concreta enunciación de la disposición adicional que analizaremos, ha de tenerse en cuenta que su finalidad es formular un mensaje normativo dirigido al aplicador de la norma con el que viene, así, a conformar una suerte de regla interpretativa del sistema de fuentes que, en opinión de la Comisión, no es conforme con el ordenamiento jurídico.

Cuando el legislador autonómico regula una materia no supone que sea competente para establecer si siguen o no vigentes (y en qué modo) las normas estatales, ni más genéricamente para determinar los efectos que sobre los preceptos de la Ley autonómica aprobada producirá la modificación futura de las normas estatales. La vigencia y aplicabilidad de éstas será la que resulte de las normas constitucionales que regulan la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el artículo 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico.

Dicho esto y reconociendo la complejidad del sistema que el citado ordenamiento consagra, entiende la Comisión que nuestro ordenamiento hoy no admite una solución apriorística que permita sustraer al legislador autonómico la adaptación formal de las leyes autonómicas frente a los cambios que puedan sufrir las normas dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias. De sucederse éstos —como otros ava-

tares que pueden incidir en la vida de las normas— deberán los operadores jurídicos resolver el problema o problemas que se susciten con arreglo a los instrumentos jurídicos que resulten más adecuados al caso planteado.

Pero, **con carácter general, no está al alcance del legislador ordinario (estatal o autonómico) establecer reglas interpretativas sobre el sistema de fuentes** ni, más concretamente, fijar una regla que consagre una suerte de alternatividad aplicativa que autorice al intérprete y/ o aplicador a seleccionar los preceptos de las leyes —autonómica y/o estatal— que considere aplicables, ya que eso, a la postre, resulta una atribución encubierta al operador jurídico para inaplicar leyes en vigor a partir de su propio juicio de constitucionalidad.

La eventual inadecuación entre la Ley autonómica y las leyes estatales posteriores habrá de ser abordada, por tanto, atendiendo a lo que determine el Parlamento Vasco al que compete decidir si modifica o no aquélla y en qué términos.

Al margen de lo que resuelva dicha Cámara y de cuándo y cómo lo haga, **sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inaplicación y la expulsión del ordenamiento de las leyes que no respeten el orden constitucional de competencias.** Un monopolio de rechazo que ha de ejercer necesariamente a través de los procesos de control de constitucionalidad que prevé la CE y regula la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

DCJA 17/2006 pár. 156 y 162 a167

2. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

En el ordenamiento autonómico rige también el principio de jerarquía normativa —artículo 9.3 CE—, de suerte que los reglamentos están subordinados a la Ley, incluso a reglamentos de rango superior —artículo 63 de la Ley de Gobierno—.

La capacidad innovadora de la Ley le permite modificar o derogar válidamente todas las normas iguales —del mismo rango— **o inferiores** —en rango jerárquico—.

La fuerza activa de la Ley se impone sobre el reglamento por su mayor fuerza de obligar, trasunto de la jerarquización existente entre los diferentes poderes públicos creadores de normas jurídicas.

[...] La discrepancia sobrevenida en la configuración del Consejo entre el Decreto 314/1998 y la LSUV ha provocado, pues, la expulsión del mundo jurídico de aquellas previsiones reglamentarias que contradecían los dictados de la Ley.

Esa consecuencia en modo alguno depende de una reforma del Decreto 314/1998, como si el normador reglamentario retuviera la posibilidad de condicionar la aplicabilidad de la Ley hasta ese momento.

En suma, **no hay necesidad alguna de adecuar el reglamento a la LSUV, al quedar automáticamente modificado con la entrada en vigor de aquella, por lo que la iniciativa carece de objeto en este punto.**

DCJA 37/2006 pár. 28 a 34

3. LEY

A) En general

[...] Y en cuanto a los anteproyectos de Ley, su especificidad se observa en que el legislador, aunque sometido a las normas superiores del ordenamiento, como la CE y el EAPV, no es un mero ejecutor de las previsiones en ellas contenidas sino que goza de lo que se ha denominado **libertad de configuración** cuyo ejercicio se orienta en función de valoraciones políticas («el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho en libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que en el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera "de acuerdo con la Constitución y las Leyes (art. 97 CE)"» (entre otras, STC 209/1987, de 22 de diciembre).

DCJA 17/2006 pár. 11

B) Ley orgánica

Así, hemos señalado que la **reserva a la Ley Orgánica del artículo 81.1. CE reclama una interpretación restrictiva** al constituir una excepción dentro del sistema constitucional de las fuentes del derecho que «convierte a las Cortes Generales en "constituyente permanente"» (entre otras, STC 6/1982, 160/1987 y 127/1994) y que al ser «... complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente se sustrae al sistema habitual de mayorías parlamentarias» (STC 173/1998).

Dicha interpretación restrictiva se impone tanto para la propia categoría normativa como respecto de las «materias» sobre las que se proyecta.

Y, en concreto para el caso de la **reserva sobre el «desarrollo del contenido esencial de un derecho fundamental»** —como el derecho de asociación—, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se infieren los siguientes criterios para precisar qué debe entenderse por «desarrollo directo» de un derecho fundamental: «... desde la STC 5/1981, este tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término "desarrollar" como a la "materia" objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de pre-

servar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas» (por todas, STC 173/1998, FJ 7).

Más concretamente, se ha afirmado que **requiere Ley Orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental,** ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y, no por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho (STC 127/1994, FJ 3). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar (STC 129/1999).

Fuera de ese ámbito propio y específico de la Ley Orgánica es el legislador ordinario el competente para regular el ejercicio de los derechos fundamentales («... la reserva de Ley Orgánica del art. 81 sólo cuando "desarrolle" la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, si no entramos en la reserva de Ley ordinaria del art.53.1 CE» —STC 191/91—).

Ahora bien, a renglón seguido, es también obligado recordar que **no cabe hablar de una solución unívoca para resolver la cuestión de cómo se concreta en cada supuesto el «desarrollo de los derechos fundamentales».** El Tribunal Constitucional viene realizando un análisis caso por caso, lo que parece adecuado pues los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional son de naturaleza distinta, como distinta es la forma y grado de concreción de sus elementos y garantías.

En el caso del **derecho de asociación,** el Tribunal Constitucional, tras dejar expresa constancia de la dificultad que entraña trazar un límite claro entre el desarrollo del derecho que compete al legislador orgánico (ex art. 81.1 CE) y la regulación de la materia, competencia del legislador ordinario, ha señalado que «debe considerarse reservado a la Ley Orgánica ex art. 81.1 CE la regulación de los "elementos esenciales de la definición" del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de los "aspectos esenciales del contenido del derecho" en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991, fundamento jurídico 2.º), al alcance del mismo en las relaciones *inter privatos*, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas —es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar—, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas —militares, jueces, etc.— o en relación a la libertad de no asociarse» (STC 173/1988, FJ 8).

En orden a establecer los términos de la **relación entre Ley Orgánica y Ley Ordinaria** —especialmente, con la dictada por el legislador autonómico en el ámbito de sus competencias—, a pesar de ser una distinción no perfilada con nitidez en la jurispru-

dencia constitucional (así se desprende de la lectura de las SSTC 5/1981, 137/1986 y 173/1998), de aquélla puede inferirse lo siguiente:

a) El Tribunal Constitucional aceptó tempranamente que las leyes orgánicas de desarrollo directo de un derecho fundamental pudieran contener previsiones sobre materias «conexas» con dicho desarrollo (STC 5/1981).

b) Pero, lo hizo a condición de que la propia Ley Orgánica identificara tales materias conexas para, de ese modo, evitar la congelación de rango establecido en el artículo 81.2 CE y preservar la seguridad jurídica que podría quedar afectada por la inexistencia o imperfección de las normas de articulación entre los preceptos «estrictos» (orgánicos) y «conexos» (ordinarios).

c) Por tanto, la lógica que preside la relación entre la Ley Orgánica y la ordinaria no es la característica del reparto de la regulación de una materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas que preside el artículo 149.1 CE, sino la inherente a la distinta función constitucional que tienen encomendada cada una de esas leyes, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 76/1983, 160/1987, 101/1991 y 173/1998), la Ley orgánica es una prolongación o continuación del poder constituyente que se mueve en un plano diverso al de la Ley ordinaria y que se impone a ésta (sea estatal o autonómica) en su calidad de complemento indispensable de la CE como una garantía del derecho fundamental que desarrolla (STC 140/1986).

En suma, conforme a la doctrina constitucional, **la «materia conexa» —por oposición a la «materia estricta» por ser orgánica— es, en síntesis, aquélla que, aún incluida en una Ley Orgánica, se identifica en ésta como susceptible de alteración por el legislador ordinario (estatal o autonómico, de acuerdo con el resultado que, en cada caso, arroje la aplicación del principio de competencia).**

Tal disección por el legislador orgánico de las materias conexas y estrictas ha de ser ajustada a Derecho sin que pueda desnaturalizarla (por exceso o por defecto), siendo tal delimitación susceptible de examen por el Tribunal Constitucional a través de los mecanismos creados para enjuiciar normas con fuerza de Ley (artículo 161.1,a] y 163 CE).

El concepto de la «materia conexa», adquiere especial importancia para nuestro posterior examen, ya que éste toma en consideración que, cuando de examinar una norma que aborda la regulación del ejercicio del derecho fundamental —como aquí sucede—, lo esencial es que dicha regulación esté orientada a dar la mayor eficacia posible al derecho fundamental, sin detrimento material del mismo (en los términos concretados por el legislador orgánico) y con cumplimiento de las exigencias formales. Todo ello, sin perjuicio de lo que resulte del reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma, del que nos ocupamos más adelante.

Y, por eso, **no toda divergencia entre la Ley Orgánica y la Ley autonómica será causa de vicio de inconstitucionalidad sino que habrá que estar al objeto sobre el**

que aquélla divergencia recaiga y al alcance de ésta (STC 137/1986) porque, fuera del ámbito material de la Ley Orgánica (legislación extraordinaria o «excepcional», entre otras, SSTC 76/1983 y 160/1987), corresponderá al legislador ordinario —competente de acuerdo con el orden de distribución aplicable a la materia— la regulación de las condiciones de ejercicio (artículo 53.1 CE).

Ya en su STC 67/1985, de 24 de mayo, examinando precisamente el derecho de asociación, el Tribunal advirtió que «la reserva de la Ley Orgánica en el artículo 81,1, de la Constitución en orden a las leyes relativas "al desarrollo de los derechos fundamentales" se refiere en este caso a la Ley que desarrolle el derecho fundamental de asociación en cuanto tal, pero no excluye la posibilidad de que las leyes ordinarias incidan en la regulación de tipos específicos de asociaciones, siempre que respeten el desarrollo efectuado en la Ley Orgánica» (FJ 3 C).

DCJA 17/2006 pár. 64 a 76

C) Reserva de ley

En materia sancionadora

Como viene reiterando esta Comisión (por todos, DCJA 39/1999), la potestad punitiva (penal y administrativa) es, dentro de las potestades de las que disponen los poderes públicos, una de las que más gravemente afectan a la situación básica de libertad de la persona, y, por ello, el Derecho pone límites especiales a su ejercicio. En concreto, **el artículo 25.1 CE consagra el principio de legalidad en materia sancionadora incorporando así a nuestro ordenamiento jurídico la doble garantía que aquél comporta: la garantía material (predeterminación normativa de las conductas ilícitas y sus sanciones) y la garantía formal (sólo la Ley puede normar dicho contenido).**

[...] integra el derecho fundamental de los ciudadanos, configurado por el artículo 25.1 CE, que sea la Ley la que establezca, con carácter previo al ejercicio de dicha potestad punitiva, un régimen jurídico que delimite en forma clara las conductas prohibidas y la sanción que puedan llevar aparejada.

Esta exigencia de claridad y certeza se concreta en la necesidad de que el destinatario de la norma pueda conocer anticipadamente cuáles son los ilícitos por los que puede merecer una sanción y cuál la entidad de ésta.

Asimismo, cabe recordar que, si bien es cierto que la doctrina constitucional admite la tipificación mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados, lo hace siempre con el límite de cumplir la finalidad material indicada (el destinatario debe poder obtener de la concreta descripción del tipo legal la previsión de las conductas perseguibles).

En idéntico sentido, dicha **doctrina constitucional admite la colaboración reglamentaria en el ámbito del derecho sancionador, pero para que la misma sea constitucionalmente admisible reclama, en síntesis, que sea la Ley la que contenga el núcleo de la conducta prohibida con la certeza exigida por el citado artículo 25.1 CE. El reglamento tiene prohibida la creación de tipos o sanciones no previstas en la Ley.**

[...] De acuerdo con la doctrina constitucional, como se dice en la STC 132/2001, de 8 de junio, es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las Leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales **relaciones de «especial sujeción»** o de «poder especial» o simplemente «especiales», siendo precisamente el derecho a la legalidad sancionadora uno de los que pueden modularse en una relación administrativa especial, ya que la determinación de contravenciones en el seno de tales relaciones no es, en puridad, manifestación del *ius puniendi* sino, más precisamente manifestación de la capacidad de autoorganización, perdiendo en este caso, la reserva de Ley del artículo 25.1 CE parte de su fundamentación material (ATC 59/2004).

DCJA 86/2006 pár. 126 a134

Autonomía universitaria

Por su parte, la LSUV cumple esa función configuradora, aunque ya hemos dicho que **esa reserva de Ley no es absoluta,** pues no impide, como sucede en nuestro caso, que una norma reglamentaria dictada por el Gobierno también incida y condicione esa potestad autonormadora universitaria.

Pero se han de cumplir dos **condiciones;** que exista una habilitación explícita al Gobierno para llevar a cabo esta tarea de desarrollo reglamentario y se ha de tratar de cuestiones consideradas, por su detallismo y su carácter técnico, impropias de una Ley. Esto es, cuando la Ley formal no resulta instrumento idóneo para regular los aspectos del régimen del personal docente e investigador de las Universidades que corresponde determinar a las Comunidades Autónomas, debido al «carácter marcadamente técnico o a la naturaleza coyuntural y cambiante» de los mismos (SSTC 76/1983, 87/1985, 86/1989, 147/1991 y 149/1992, entre otras).

DCJA 87/2006 pár. 25 y 26

D) Lex repetitae

Conoce la Comisión la doctrina constitucional que alerta sobre el riesgo potencial (y la valoración negativa, desde la perspectiva de la técnica jurídica) que conlleva la reproducción en Ley ordinaria de preceptos constitucionales (vgr. STC 76/1983, FJ 23) o de preceptos orgánicos por ser técnicas inadecuadas al sistema de fuentes que establece la Constitución.

Ahora bien, también de acuerdo con dicha doctrina, **el examen de la inserción de preceptos orgánicos en las leyes ordinarias ha de hacerse pegado al caso y teniendo en cuenta que las referidas prácticas resultan «potencialmente inconstitucionales»** en tanto pueden conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma que reproduce, si la reproducida pierde su vigencia o es modificada.

Como señaló esta Comisión en su DCJA 114/2004 (si bien para el supuesto diferente de reproducción en la Ley autonómica de normativa básica —por todas, STC 1/2003—), la cuestión no tiene hoy por hoy una solución fácil ni definitiva y ha de ser el supuesto concreto planteado el que permita trazar con mayor certeza los límites que de dicha doctrina derivan para la Ley autonómica en cada caso.

En el anteproyecto son varios los artículos que reproducen preceptos de la LODA declarados orgánicos. Ahora bien, considera la Comisión que tales contenidos, a la luz del objeto de la futura Ley, **son necesarios para dotar de sentido al texto normativo que se pretende aprobar porque lo que se persigue es establecer una regulación general, completa e integral para las asociaciones de competencia autonómica** que son, sin duda, ejercicio del derecho fundamental de asociación y, por ello, se presenta como una opción normativa adecuada incorporar aquellos contenidos de la LODA sin los cuales la regulación no resultaría inteligible, desdibujando a su vez los legítimos objetivos que, de acuerdo con su libertad de configuración, puede perseguir el legislador autonómico con el dictado de la norma.

Asimismo, no puede desconocerse que los destinatarios del texto (y, en muchas ocasiones, también sus aplicadores) van a ser los ciudadanos y ciudadanas titulares del derecho de asociación por lo que incluir en el articulado los preceptos que expresan el contenido del derecho, los principios (y límites) que rigen su ejercicio deviene, a juicio de la Comisión, una elección razonable y justificada.

Por otra parte y, en relación a la «potencialidad de inconstitucionalidad» que guía la elaboración de la doctrina constitucional sobre la *lex repetita* en estos supuestos (aplicable a todo legislador ordinario —estatal y autonómico—), es de ver que ya *ab initio* en el caso suscitado tiene una intensidad relativa: no es irrazonable sostener que el desarrollo orgánico del derecho fundamental de asociación será estable. O, dicho de otra forma, no resulta irrazonable afirmar que, a medio plazo, no es previsible que el desarrollo orgánico del artículo 22 CE realizado por la LODA vaya a ser modificado (siempre, a salvo —claro está— el pronunciamiento que adopte el Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad n.º 3974-2002).

DCJA 17/2006 pár. 123 a 128

[...] interesa abordar aquí el examen de la Disposición Adicional Segunda para lo que es bueno reproducir su tenor literal, que es el siguiente: «Los artículos de la presente Ley que reproducen o adaptan total o parcialmente preceptos de rango orgánico o básico de la

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de asociación, deben atenerse, en cuanto a su contenido, a la norma estatal que en cada momento rija la materia».

En primer término, deben distinguirse los dos supuestos sobre los que se proyecta la regla: la materia orgánica, por un lado y la materia básica, por otro.

En cuanto al primero, de acuerdo con la doctrina reseñada sobre la cautela que debe regir la introducción de «materia orgánica» en la Ley ordinaria, debe valorarse negativamente ya que si, en síntesis, **la reproducción de preceptos orgánicos por la Ley ordinaria es admitida de forma excepcional y siempre garantizando la fidelidad con el mensaje original,** la expresión «reproducen, o adaptan total o parcialmente» formulada en términos abiertos no puede ser validada.

DCJA 17/2006 pár. 156 a 158

Para el examen que ahora nos proponemos, conviene recordar otra de las consecuencias que cabe extraer de ese entendimiento material del artículo 149.1.1.ª CE: la reproducción en el anteproyecto de contenidos de la LODA dictados al amparo de dicho artículo no será motivo en sí mismo y por sí sólo para formular un reproche de inconstitucionalidad.

Tal consecuencia encuentra adecuado respaldo en la **doctrina constitucional** (por todas, la ya citada STC 34/2005, de 21 de diciembre, F.J. 8) **sobre las leges repetitae para los casos de reproducción por el legislador autonómico de normas estatales ordinarias.** Dicha doctrina diferencia con nitidez dos *supuestos*.

El primero se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una **materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma,** caso en el que el Tribunal Constitucional flexibiliza su doctrina, sobre todo si —como sucede en el caso del anteproyecto examinado— la **reproducción** se refiere a la reiteración de la **norma estatal** que incorpora una condición **básica** por el legislador autonómico.

En este caso, **no puede considerarse que concurra un vicio de invalidez** en el precepto de la Ley autonómica «...toda vez que esa condición básica es indisponible para los legisladores autonómicos y que su reproducción viene a dotar de inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico y no genera, en sí misma, ningún efecto indeseado» (STC 34/2005, de 21 de diciembre, FJ 8).

El segundo supuesto, en cambio, concurre **cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencia.** El riesgo que pretende conjurar en este caso la doctrina de la *lex repetita* adquiere, en palabras del Tribunal Constitucional, «una especial intensidad», porque si la reproducción de normas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstituciona-

lidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia. En este caso, **se produce la inconstitucionalidad por invasión competencial** (entre otras, SSTC 35/1983, 62/1991 y 147/1993).

Esta línea doctrinal tiene asimismo sus **modulaciones** –de obligada interpretación estricta, por su carácter de excepción–. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que «esa proscripción de la reiteración o reproducción de normas...por el legislador autonómico *(leges repetitae*) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en **incorporar** a la normativa autonómica, ejercida ésta 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»** (de nuevo, STC 47/2004, de 29 de marzo, FJ 8).

DCJA 17/2006 pár. 325 a 330

4. REGLAMENTOS

A) Titularidad de la potestad reglamentaria

Es **el Gobierno el que ostenta la potestad reglamentaria genérica,** sin ámbitos exentos, [...]

Como hemos dicho en numerosas ocasiones **cabe realizar una remisión al titular de la potestad reglamentaria de segundo grado,** por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la norma, pero siempre que venga orientada por aquella y la llamada a su complemento no sea incondicionada o carente de límites ciertos y estrictos.

DCJA 75/2006 pár. 108 y 109

La Comisión viene pronunciándose sobre el carácter de la **potestad reglamentaria de los consejeros y consejeras,** reconocida en el artículo 26.3 y 4 de la Ley de Gobierno, hasta el punto de considerar innecesaria la habilitación, en reglamentos, para el desarrollo, aplicación o ejecución de los mismos. Pero en ningún caso tal habilitación puede exceder, salvo lo previsto en disposición con rango de ley, tales posibilidades, meramente complementarias del reglamento aprobado por Decreto.

Efectivamente, la potestad reglamentaria originaria está atribuida al órgano colegiado Consejo de Gobierno (artículos 29 EAPV y 16 de la Ley de Gobierno), por lo que, salvo ley específica, a disposición de los consejeros y consejeras sólo están **cuestiones organizativas o domésticas.**

En consecuencia, los consejeros y consejeras pueden complementar los reglamentos aprobados por Decreto sin límites temporales, o de orientación, en tanto ello no ven-

ga acotado, limitado o impedido, por disposición expresa al respecto. Pero lo que no pueden hacer, en ningún caso, es sustituir al propio reglamento, señalando o alterando su contenido esencial, hasta suspenderlo o derogarlo.

DCJA 14/2006 pár. 36 a 38

Véanse también DCJA 34/2006 pár. 78 a 80 y DCJA 76/2006 pár. 64 a 67

El artículo 4.d), primer guión, señala que la suficiencia del contenido y duración de la formación necesaria será estimada «por la Dirección competente en...», sin señalar criterio alguno para tales elementos de la formación, requisito que, de no reunirse, excluye a una entidad del reconocimiento regulado en el proyecto que nos ocupa. Tal falta de criterios delimitadores no puede satisfacerse con carácter general por la propia Dirección, por cuanto **la potestad reglamentaria dentro del Departamento,** cuando cabe y con los límites que la Comisión viene señalando (DCJA 14/2006, pár. 36 y siguientes), **corresponde al Consejero,** en virtud del artículo 26 de la Ley de Gobierno (DCJA 80/2005, pár. 53).

DCJA 111/2006 pár. 33

B) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Con carácter general, hay que partir de la idea de que la **íntima vinculación de la potestad reglamentaria a la función político-constitucional de dirección política del Gobierno** reconocida en el artículo 97 de la Norma Fundamental (STS 6 noviembre 1984-Arz. 5758), **excluye, con carácter general,** salvo alguna excepción que luego veremos y en los términos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha precisado, **que el Gobierno pueda ser compelido por mandato derivado de una sentencia al ejercicio de su potestad reglamentaria en un determinado sentido,** o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento con un contenido concreto, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción (STS 26 febrero 1993-Arz. 1431).

[...] Con todo ello queremos decir que muy difícilmente puede admitirse que estemos estrictamente ante una norma dictada en ejecución de Sentencia. De un lado, porque no es admisible que una Sentencia imponga una obligación de ese tipo al Gobierno, y de otro lado, porque la ejecución ordinaria de las Sentencias una vez firmes se produce de la forma que hemos visto.

Ello no obstante, habría que incluir alguna matización con respecto a la nulidad del artículo 16.2 del reglamento de provisión. En este caso, la controversia versó sobre una supuesta ilegalidad por omisión, habiendo admitido la doctrina jurisprudencial la posibilidad de enjuiciar determinados preceptos por haber omitido determinadas reglas o prescripciones que hubieran debido incluir en su texto, SSTS de 16 de enero y 14 de di-

ciembre de 1998 (Arz. 566 y 159/1999), 15 de junio de 2000 (arz. 6742) y 21 de junio de 2004 (Arz. 4900).

En este tipo de supuestos, la STS de 14 de diciembre de 1998 –ya citada– y en el ejercicio de la potestad de **control judicial de la inactividad u omisión reglamentaria,** ha declarado que «son diferenciables aspectos reglados y discrecionales (cfr. SSTS 8 de mayo de 1985, 21 y 25 de febrero y 10 de mayo de 1994), y no es rechazable *ad limine*, sin desnaturalizar la función jurisdiccional, una pretensión de condena a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria, porque el pronunciamiento judicial, en todo caso de fondo, dependerá de la efectiva existencia de una obligación o deber legal de dictar una norma de dicho carácter».

Ahora bien, precisa cuáles son los límites cuando añade «pues constatado el deber legal de dictar una regulación por la Administración y el incumplimiento de aquél resulta ciertamente más difícil admitir la posibilidad de una sustitución judicial de la inactividad administrativa reglamentaria hasta el punto de que el Tribunal dé un determinado contenido al reglamento omitido, siendo significativo a este respecto el artículo 71.2 de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, que, abandonando la previsión establecida para el limitado supuesto de las Ordenanzas Fiscales en el artículo 85 de la Ley Jurisdiccional de 1956, dispone que "los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados". Y ello es así porque el poder de sustitución no puede llegar allí donde la Ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión que responde a su específica posición político constitucional. O, dicho en otros términos, tal poder sólo alcanza hasta donde la Ley regla la actividad administrativa que en el ámbito de la potestad reglamentaria no suele alcanzar hasta la imposición de la forma o contenido con que ha de quedar redactada la norma reglamentaria, aunque exista la obligación legal de dictarla.»

Es en este reducido aspecto en el que cabe entender que el fallo puede exigir una actividad ejecutiva, en tanto que la ausencia de actividad normativa supondría indirectamente la inefectividad del pronunciamiento judicial, actividad encaminada a elaborar y dictar el reglamento omitido sin que implique, sin embargo, la imposición de un determinado contenido de la norma a aprobar.

DCJA 44/2006 pár. 52 y 60 a 64

Ahora bien, como se reconoce por la doctrina actual, **la existencia de un proceso «jurisdiccional» no desapodera a la administración impugnada del pleno ejercicio de sus potestades,** debiendo considerarse, por ello, plenamente legítima la vía iniciada paralelamente en su día para la presente reforma reglamentaria.

DCJA 53/2006 pár. 22

C) Clases

Reglamentos ejecutivos

Cumple a esta Comisión recordar que la razón de ser y **finalidad de los reglamentos ejecutivos es completar la ley** para hacerla eficaz, finalidad que sirve, en cada caso, para la delimitación primaria de su contenido: el reglamento ejecutivo debe contener lo necesario para que los objetivos que la ley busca puedan alcanzarse y para ello debe completar, aclarar y concretar cumpliendo así su carácter de complemento indispensable para la aplicación eficaz de la ley de la que trae causa.

DCJA 31/2006 pár. 56

Por su parte, se debe señalar que el desarrollo de la LEPSV como reglamento ejecutivo **exige, en aquellos extremos sujetos a reserva material de ley** –como es el que afecta, con arreglo a la distinción anterior, a los aspectos operativos o de la actividad de las mutualidades–, **la existencia de suficientes determinaciones materiales en norma de aquel rango.**

DCJA 120/2006 pár. 97

D) Ámbito

La **función de establecer normas básicas corresponde en principio al legislador estatal, pero, en determinados supuestos, también a la potestad reglamentaria.** El Reglamento estatal puede completar a la Ley e imponerse como límite a la intervención normativa de las Comunidades con competencias, **siempre y cuando no vaya más allá de lo previsto en la Ley previa.** Definido lo básico en una Ley formal, la misma efectuaba una habilitación y permitía un complemento reglamentario por el Estado en la medida indispensable para preservar un tratamiento uniforme. La intervención complementaria del Reglamento en desarrollo de la Ley en esta tarea se justifica en el carácter marcadamente técnico de la actividad aseguradora, en general, y del mutualismo, en particular.

DCJA 120/2006 pár. 51

Por lo que respecta al apartado 3 del artículo 15 del Anteproyecto, en donde la remisión para establecer un régimen de infracciones y sanciones se realiza al Reglamento de Régimen Interno del Consejo, cabe señalar que la doctrina constitucional admite así mismo **la colaboración reglamentaria en la tipificación de las infracciones y atribución de las sanciones,** máxime en relaciones de las denominadas de sujeción

especial en donde cabe una modulación más acusada del alcance de la reserva de ley –ya señalada como relativa en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas–, bien que con ciertos límites infranqueables (STC 26/2005).

DCJA 9/2006 pár. 94

CAPÍTULO III

EFICACIA DE LAS NORMAS

1. RETROACTIVIDAD

La norma introduce por tanto una diferencia que debe ser examinada a la luz de los parámetros que ha establecido la doctrina constitucional al analizar los límites que para el normador (en este caso, reglamentario) derivan del artículo 14 CE.

A tal fin, atendida la motivación, finalidad y contenido de la norma proyectada, se comprueba que el factor sobre el que se construye la diferencia es la preservación de los derechos de los usuarios de los apartamentos tutelados —autorizados conforme a la regulación anterior— que se verían afectados si la nueva norma se aplicara en su integridad.

Es, por ello, necesario tomar en consideración la **doctrina constitucional** sobre la retroactividad (artículo 9.3 CE), recientemente sintetizada en la STC 112/2006, de 5 de abril: [...]

La íntegra aplicación de la nueva norma (que impide la propiedad individual y separada de cada apartamento por los usuarios y, por tanto, la realización propia de los actos típicos del propietario) supondría una limitación de los derechos de los que son titulares.

Si tal limitación, de nuevo conforme a la doctrina constitucional, **resulta condicionada para la Ley** por aplicación del artículo 53.1 CE en relación con el artículo 33 CE, resulta **prohibida para el reglamento** («...corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como recognoscibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practibilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable, Incumbe, pues, al legislador, con los límites señalados, la competencia para delimitar el contenido de los

derechos dominicales, lo que no supone, claro está, una absoluta libertad en dicha delimitación que le permita "anular la utilidad meramente individual del derecho" o, lo que es lo mismo, el límite lo encontrará, a afectos de la aplicación del artículo 33.3 CE en el contenido esencial, esto es, no sobrepasar "las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte recognoscible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho"» —STC 170/1989, de 19 de octubre—).

Por tanto, el futuro reglamento tendría vedado proyectar aquellos contenidos de la modificación que conllevan la afectación de las facultades dominicales de los usuarios-propietarios de apartamentos tutelados autorizados conforme a la regulación anterior, por lo que el factor que se ha tomado en cuenta para establecer el distinto grado de aplicación del nuevo reglamento resulta conforme a derecho.

DCJA 71/2006 pár. 48 a 54

En el expediente se plantea en algún momento la incidencia que la futura regulación puede tener en los derechos de los socios cooperativos a quienes la regulación vigente garantiza el derecho incondicionado de reembolso.

La objeción que frente al anteproyecto pueda plantear la **prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales,** prevista en el artículo 9.3 CE, ha sido tratada repetidas veces por la doctrina constitucional [...].

Siguiendo el criterio contenido en dicha «doctrina» puede señalarse que la posible retroactividad que pudiera producir el anteproyecto en los derechos anteriormente nacidos no pertenece al **campo estricto de la retroactividad prohibida, por no operar en este caso respecto de derechos consagrados o agotados,** sino del más liviano de la conveniente protección de los derechos, predicable de los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, cuya licitud o no dependerá de la debida ponderación de los bienes presentes en la regulación: de una parte, la seguridad jurídica y de otra, la de los diversos imperativos que guían la modificación del ordenamiento jurídico.

DCJA 58/2006 pár. 36 a 38

Conviene indicar, con carácter previo, que la **retroactividad admisible** en una disposición como la analizada de mera ejecución o aplicación de un reglamento comunitario, **sería en principio aquella que conllevara o implicara como resultado de una modificación de la disposición comunitaria algún elemento no desfavorable para** los agricultores **afectados** destinatarios de las ayudas, lo que posibilitaría retrotraer los efectos de la norma a una fecha anterior a la de su publicación.

DCJA 22/2006 pár. 47

2. DEROGACIÓN

Mientras que la derogación, cuya forma básica sigue estando en el artículo 2.2 del CC., **consiste en un acto libre e incondicionado** –la acción y efecto de la cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que elimina, en todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso–, la anulación procede cuando la norma carece de validez, por no ser conforme a Derecho. Mientras que **la derogación la decide el propio órgano autor de la norma u otro órgano que puede dictar normas de rango superior,** la anulación normalmente corresponde a una decisión del órgano jurisdiccional. Por último, mientras que la derogación **produce efectos** desde que lo decide el titular de la potestad reglamentaria, y se extingue la norma previa **ex nunc**, esto es, a partir de la fecha en que la derogación tiene lugar, la anulación de los reglamentos tradicionalmente ha sido conceptuada como una nulidad *ex tunc* o retroactiva, esto es, los preceptos anulados fueron nulos *ab initio*.

DCJA 44/2006 pár. 70

3. NULIDAD

Quiere con esto decirse que **la eficacia declarativa de la nulidad de pleno derecho se produce por el propio fallo de la sentencia, con efectos erga omnes,** como advierte la STS de 29 de octubre de 2002 (arz. 454) «sin necesidad del adimento de un pronunciamiento administrativo que reitere la ineficacia de la disposición impugnada que acuerda el órgano jurisdiccional. O, dicho en otros términos, la resolución administrativa de ejecución de fallo a que se refería el artículo 105.1.a) LJCA no condicionaba, en puridad de principios, la ineficacia de la disposición impugnada que resultaba directamente de la declaración de nulidad contenida en el fallo.»

Por su parte, el artículo 72.2 de la Ley de la jurisdicción Contencioso-administrativa prevé que las Sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada, mientras que el artículo 107.2 de la citada Ley señala que si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general el órgano judicial ordenará su publicación en diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

DCJA 44/2006 pár. 57 y 58

CAPÍTULO IV

TÉCNICA NORMATIVA

1. REMISIONES

Desde la perspectiva de la técnica normativa, a la Comisión le parece oportuno recordar la **conveniencia de realizar las remisiones normativas de forma genérica y dinámica a la legislación correspondiente**, en vez de la cita de preceptos concretos, como forma de garantizar su adaptación a los cambios y de enervar los riesgos de una posible inadecuada selección de los preceptos aplicables.

DCJA 53/2006 pár. 30

Véase también DCJA 31/2006 pár. 126

En todo el proyecto, se contienen varias referencias al Real Decreto. Sin embargo, es **preferible, en los mandatos normativos, no ceñir las obligaciones de los particulares a una concreta disposición estatal**, la cual puede sufrir distintos avatares en su vigencia, alterándose o no la de la obligación correspondiente. Sugerimos sustituir tal alusión directa por otra genérica a la obligación o a la regulación vigentes, según los casos [...].

DCJA 92/2006 pár. 47

2. REPRODUCCIÓN DE PRECEPTOS

Con independencia de que a resultas de las observaciones que se han hecho al cuerpo del proyecto resulten reformulados algunos preceptos, o que si se modifica el texto puedan tener sentido algunas previsiones, queremos recordar, que **con carácter ge-**

neral no es aconsejable la repetición de los preceptos legales en normas reglamentarias, excepto en aquellos casos en que se estime necesario para un más correcto entendimiento del texto que se propone.

DCJA 31/2006 pár. 141

Conviene advertir el criterio general expresado por esta Comisión en su DCJA 60/2003:

> [...] En principio, criterios de técnica legislativa llevan a **evitar la reiteración en todo caso, en aras de la máxima seguridad jurídica sobre el origen normativo de cada precepto.** Además, esa reiteración planteará problemas jurídicos cuando existen limitaciones de rango o de competencia.
>
> Si bien podemos *aceptar* la técnica de la repetición **cuando con ello se obtenga un texto completo,** la reiteración deberá **respetar escrupulosamente la redacción de los preceptos** sobre los que el proyecto no puede disponer, y resulta aconsejable la expresión, en aras siempre de la seguridad jurídica, de la fuente original del precepto. [...]

DCJA 85/2006 pár. 44

3. ESTRUCTURA

Sugerimos que la estructura del Decreto, es decir la división en artículos y su orden, siga **criterios objetivos según el contenido, diferenciando lo procedimental de lo sustantivo, lo general de su exclusión,** etc. [...]

DCJA 14/2006 pár. 45

Las más avanzadas propuestas en técnica normativa recomiendan atender en la redacción de los artículos al siguiente esquema general: **cada artículo, un tema, cada párrafo, un enunciado y cada enunciado, una idea** [...]

DCJA 24/2006 pár. 57

4. ÍNDICE

El anteproyecto dictaminado incluye, dentro del propio texto legal, un índice. La Comisión ha tenido ocasión de elogiar la incorporación de tal contenido en los expedientes de elaboración de disposiciones, pero en tanto auxilio en el conocimiento de

los mismos, como un **documento diferenciado del propiamente normativo.** Cuando se incorpora un índice dentro del propio texto puede ser motivo de inseguridad jurídica, al poder divergir las rúbricas y términos utilizados en una y otra ubicación, sobre todo si el texto normativo es modificado, por ejemplo en sede parlamentaria, olvidando el ajuste en el índice. De mantenerse, debe reubicarse como documento separado, o, como mucho, en la exposición de motivos, asumiéndose en tal caso el riesgo de divergencias que señalamos.

DCJA 86/2006 pár. 153

5. TÍTULO

El título de una norma **debe permitir a sus destinatarios identificar su contenido esencial.** El escogido en este caso no da completa noticia de dicho contenido. Siendo cierto que la norma establece el currículo para los estudios superiores de Diseño, en la especialidad de Interiores, también contempla la prueba de acceso (siendo éste un contenido relevante). Asimismo, **no** resulta **necesario incluir** en el título la mención al **ámbito territorial de competencia** de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

DCJA 24/2006 pár. 57

6. LENGUAJE

No debe utilizarse el signo «/» adherido al sustantivo por cuanto que dificulta la lectura, por ello se recomienda la **utilización de términos colectivos o de género,** o la utilización conjunta del femenino y el masculino.

DCJA 90/2006 pár. 62

También como perfeccionamiento del lenguaje utilizado, sugerimos una redacción que atienda al momento aplicativo, tal como se va extendiendo en la práctica normativa, utilizando el **tiempo verbal presente** [...] diciendo «pueden nombrar» y no «podrán nombrar». Se trata de distinguir con plena claridad los casos de vigencia *ex lege* por un lado y, por otro, los preceptos de aquéllos en que se precisa una actuación o hecho, casos en que sí procede el uso del tiempo verbal futuro.

DCJA 67/2006 pár. 50

Véase también DCJA 69/2006 pár. 91

A este respecto la regulación continúa acogiendo términos y conceptos de ayudas consagradas con anterioridad, de origen más intraestatal que comunitario: ayudas directas, ayudas a la producción y transformación de determinados productos y de las intervenciones destinadas a la regularización de los mercados agrarios –teniendo reflejo en las restantes normas y actos autonómicos que completan la regulación de la materia (transferencias a Territorios Históricos, convenios para delegación de funciones)–, **términos que debieran garantizar en lo posible, por la intemporalidad del proyecto, su adaptación a la naturaleza de las ayudas que se prevean en la normativa comunitaria, eludiendo así la necesidad de recurrir a constantes modificaciones,** como sucedió con la norma anterior.

DCJA 76/2006 pár. 48

7. HABILITACIONES

En la Disposición Final Primera, se autoriza al Consejero competente «para dictar las disposiciones que sean precisas para la aplicación de lo establecido en el presente Decreto».

Esta Comisión ha considerado, en general, que este tipo de cláusulas habilitantes son desaconsejables, por superfluas, y ha estimado que las formulas remisorias **se han de reducir a casos de habilitaciones específicas en las que el Gobierno, acota, dirige, orienta o determina el contenido de la norma o normas de desarrollo,** casos en los que si está justificada su inserción. Tal y como hace el propio proyecto, vgr. en los artículos 15.1 y 16.1.

DCJA 24/2006 pár. 63 y 64

Como viene sosteniendo esta Comisión, la Disposición Final Primera, apartado 2, puede ser suprimida ya que, con su actual tenor literal, sólo puede ser interpretada como **mero recordatorio de la facultad de completar los reglamentos del Gobierno** que con carácter general atribuye la Ley de Gobierno (art. 26.4) a los Consejeros y Consejeras.

DCJA 46/2006 pár. 37

8. REFERENCIAS ORGÁNICAS

Los artículos 2 y 8, y en parte los artículos 5.2, in fine, y 10, se dirigen a atribuir competencias a órganos del Departamento competente, y al Organismo Pagador. Entiende la Comisión que debe hacerse un **esfuerzo por trasladar este tipo de atribu-**

ciones —de naturaleza estrictamente orgánica— a los instrumentos que les son propios (el Decreto de estructura orgánica del Departamento y el que regula el Organismo Pagador, cuya modificación puede perfectamente efectuarse en disposiciones finales del proyecto examinado) reservando el proyecto para la regulación sustantiva de la tasa láctea.

DCJA 92/2006 pár. 45

[...] Según el uso, cada vez más extendido en la regulación que dictaminamos, las referencias a órganos **es preferible realizarla por alusión al área correspondiente, y no por su concreta denominación actual.**

DCJA 14/2006 pár. 46

9. NORMAS MODIFICATIVAS

Observa así la Comisión que, aunque la redacción nueva del precepto, párrafo o apartado que se modifica, contiene en muchos casos una reproducción exacta de gran parte de los originales, la **técnica de operar por medio de una modificación atomizada** de solo las partes estrictamente innovadoras, **podría crear dificultades añadidas de comprensión y de integración en su correspondiente contexto;** por lo que entiende la Comisión que se recurra a la forma de redacción íntegra o completa de los textos.

Ahora bien, considera así mismo conveniente que la modificación guarde la debida coherencia con el criterio que adopta, y no se explica bien en este sentido que en ciertos artículos afectados por una alteración reducida se recurra a la redacción íntegra (vgr. artículos 62 y 63 de la LCE) y no se haga lo propio en otros casos afectados por similar o mayor grado de alteración (artículos 57, 60, 94 y 103).

DCJA 58/2006 pár. 43 y 44

Como hemos analizado, la eficacia general de la nulidad del inciso del artículo 15.b) y del entero artículo 58.3 del reglamento de provisión no depende de una actuación normativa, ésta deriva directamente del fallo, por lo que una reforma que se limita a plasmarla en el texto articulado del reglamento, resulta innecesaria.

En este caso, además, en vez de conseguir la seguridad jurídica, entendida como certeza en el derecho aplicable, puede llevar a la confusión del operador jurídico ya que acaban mezcladas dos formas bien distintas de cesación de vigencia de las normas: la derogación y la anulación.

Es obvio que **no es preciso efectuar tales modificaciones** en el Decreto 190/2004 **para que resulten inaplicables los preceptos ya anulados,** y el hecho de que se realicen puede llevar a la errónea impresión de que estamos ante un supuesto de derogación.

DCJA 44/2006 pár. 67 a 69

10. ESTILO DE REGULACIÓN

Por lo que respecta a la necesidad de dictar por quinto año consecutivo una norma como la que nos ocupa —aunque ya limitada en su contenido a las gratificaciones de carácter extraordinario, así como a las indemnizaciones a que hemos hecho referencia—, debemos reiterar de nuevo que, como consecuencia de la utilización de esta **técnica de normación temporal,** se produce, al inicio de cada año, una **situación de inseguridad jurídica,** pues se desconoce cuál será la respuesta normativa que el Gobierno dará a los supuestos contemplados por el proyecto, a los que *a posteriori* —y no siempre con la misma extensión— se les dota de efectos retroactivos.

DCJA 45/2006 pár. 26

CAPÍTULO V

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1. GENERALIDADES

A) Traslación de la normativa comunitaria

Conviene indicar en este punto en relación con la finalidad de desarrollar y ejecutar disposiciones comunitarias, plasmada en la norma, que «es de recordar la doctrina constitucional sobre la competencia de traslación de la normativa comunitaria derivada al Derecho interno, en la que se deben **seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas** (SSTC 252/1988 y 79/1992, y más recientemente SSTC 148/1998 y 21/1999» (DCJA 4/200 párrafo 11 y 76/2006, párrafo 29).

DCJA 92/2006 pár. 12

En esta **interrelación de normativa comunitaria-estatal** que se ve reproducida en el proyecto cabe señalarse, con carácter general, que la Política Agrícola Común condiciona, restringe y acota los márgenes de disponibilidad interna de tal forma que se **produce una considerable restricción de la función asignada internamente a las bases estatales,** que se ve sustituida por dicha normación comunitaria [...] por lo que no se justifica una mayor densidad normativa por parte del Estado en esta materia de competencia exclusiva de la CAPV.

DCJA 34/2006 pár. 63

En efecto, como ha reiterado esta Comisión siguiendo la doctrina constitucional, la integración del Estado en la Unión Europea no altera las normas de distribución in-

terna de competencias entre el Estado y las CCAA, por lo que el desarrollo y ejecución del Derecho Comunitario, originario o derivado, corresponderá al ente que, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, tenga competencia para ello.

[...] Por ello, es asimismo necesario tener en cuenta que, como ha dicho el Tribunal Constitucional, **si bien el derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro para enjuiciar las reglas constitucionales y estatutarias** «la propia interpretación del sistema de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas tampoco se produce en el vacío (STC 102/1995), por lo que prestar atención a la normativa comunitaria aplicable **puede ser no sólo útil, sino incluso obligado para aplicar correctamente el esquema interno de distribución de competencias»** (STC 128/1999).

DCJA 121/2006 pár. 24 a 26

B) Potestad sancionadora

Conforme a la doctrina constitucional, **las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostentan competencias** y, en su caso, pueden regular las infracciones y sanciones ateniéndose a los principios básicos del ordenamiento estatal, pero sin introducir divergencias irrazonables o desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, por exigencia derivada del art. 149.1.1.ª CE.

También tienen competencia en tales casos **para establecer** el régimen adjetivo, esto es **el procedimiento para ejercer su potestad sancionadora en la materia,** con la peculiaridad de que la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas Vascas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (LPSPV), ha establecido un procedimiento con unas reglas generales y un *iter* formal igualmente hábiles para el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de cualquier materia.

DCJA 75/2006 pár. 78 y 79

2. LENGUA (art. 6.1 EAPV)

Una lectura atenta de la doctrina constitucional sobre la materia «lingüística», permite afirmar que si bien en un principio ésta fue reacia a aceptar la existencia de una atribución competencial específica sobre la base del **artículo 3.2 CE y artículo 6 EAPV,** finalmente (por todas, STC 87/1997) el Tribunal señaló que de tales preceptos (aunque allí analizaba el artículo 3 del Estatuto Catalán) surge un mandato, **una habilitación competencial que habilita a las CCAA con lengua propia a desarrollar**

actividades de fomento de la lengua cooficial, así como a regular los aspectos esenciales de la cooficialidad de las mismas.

El proyecto de creación del Instituto Vasco Etxepare Euskal Institutua en tanto pretende no sólo la creación de centros que impartan enseñanza del euskera fuera de la CAPV sino que tales enseñanzas sean reconocidas por la Administración de la CAPV se inscribe pacíficamente como una medida para asegurar el desarrollo y normalización del euskera que la Constitución y el EAPV encomiendan a los poderes públicos de la CAPV.

DCJA 69/2006 pár. 11 y 12

Dada la proyección exterior que tendrá el Instituto parece conveniente recordar que **la cultura y la lengua son por definición ámbitos naturales de la acción exterior posible de la Comunidades Autónomas.** Tal y como el propio Tribunal Constitucional señaló (STC 17/1991), «las funciones de difusión internacional de los valores culturales de estos bienes en cuanto integrantes del Patrimonio cultural español podrán ser ejercitadas tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias respecto al patrimonio histórico y cultural, siempre que, como se ha dicho, no se trate de actos generadores de responsabilidades del Estado con tesoreros, sean políticas o económicos».

DCJA 69/2006 pár. 14

3. ORGANIZACIÓN, RÉGIMEN Y FUNCIONAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO (art. 10.2 EAPV)

En ese sentido, el artículo 10.2 EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno. Como indicó la STC 50/1999 (FJ 3), la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica es algo inherente a la autonomía, que en tanto que competencia exclusiva tiene como único contenido «la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas administraciones autonómicas o dependen de ellas».

En este caso además el **alcance del artículo 149.1.18 CE,** que delimita la competencia autonómica, **es menor porque el proyecto se refiere** «primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las administraciones públicas», **sin que incida directamente en su actividad externa, ni afecte a la esfera de derechos e intereses de los administrados.**

Por continuar con la cita de la STC 50/1999 (FJ 3) no «debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18 CE, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en

esta materia es el de garantizar "a los administrados un tratamiento común ante ellas" y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa [...], más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias.»

DCJA 117/2006 pár. 17 a 19

Véase también DCJA 40/2006 pár. 15

En cuanto la iniciativa conlleva la **creación de una nueva persona jurídico pública de la Administración Institucional de la CAPV,** la iniciativa supone también el ejercicio de la competencia que reconoce el artículo 10.2 EAPV y que es expresión de las facultades de autoorganización que ostenta la Comunidad Autónoma para el adecuado ejercicio de sus competencias.

Dicho ejercicio **ha de tener en cuenta las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y legislación básica sobre contratos administrativos** (artículo 149.1.18.ª CE), contenidas, fundamentalmente, en parte de la Ley 30/1992 y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante LCAP).

DCJA 69/2006 pár. 16 y 17

Ahora bien, existe otra perspectiva que no debe ser olvidada y es la que tiene que ver con la decisión de optar por una **corporación de derecho público** como fórmula organizativa para llevar a la práctica lo establecido por la reglamentación europea.

Es obvia la competencia de la CAPV para ordenar sus servicios y para elegir a tal fin las fórmulas organizativas que tenga por conveniente, en cuanto instrumentos que el poder público diseña para el desarrollo de determinadas funciones en un sector de la actividad, en este caso, en una materia asumida por la Comunidad Autónoma como lo es la agricultura, pero ha de hacerlo entre las distintas opciones que brinda el ordenamiento jurídico.

Tal consideración es especialmente oportuna, porque **cuando se trata de entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el derecho privado como instrumentos para la acción pública, han de tener debido encuadramiento en las fórmulas que haya establecido el Estado,** en atención a la competencia exclusiva —en cuanto al establecimiento de las bases— que le atribuye el artículo 149.1.18 CE, en materia de régimen jurídico de las Administraciones públicas, «sin duda con la finalidad de posibilitar el mantenimiento de un tratamiento uniforme de las instituciones esenciales atinentes a las públicas administraciones y de que el régimen jurídico de

las autonómicas no discrepe del referente al Estado, y sin que, finalmente, surjan dudas en cuanto a que nos hallamos ante un supuesto al que conviene la precitada normativa constitucional, porque si existe alguna institución cuyo encuadramiento pueda realizarse del modo más absoluto dentro de la amplia rúbrica régimen jurídico de las Administraciones Públicas, ésta es precisamente la personificación de tales Administraciones para su constitución, funcionamiento y actuación en cualquiera de sus posibilidades legales, una de ellas la que aquí se contempla.» (STC 14/1986, FJ 9).

Más precisamente, el carácter básico de la regulación relativa a las Corporaciones de Derecho Publico, que contiene el artículo 15 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, fue declarada conforme a la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la STC 76/1983, de 5 de agosto.

DCJA 9/2006 pár. 48 a 51

4. ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (art. 10.4 EAPV)

La Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta con carácter exclusivo la competencia (art. 10.4 EAPV), en materia de «Estatuto de los Funcionarios del País Vasco..., sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18.ª de la Constitución», precepto éste último que reserva al Estado, entre otras cuestiones, el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas.

Sobre el alcance que la Constitución reconoce al título competencial relativo al régimen estatutario de sus funcionarios, decíamos que la STC 1/2003, de 16 de enero, FJ 8), señala que en «el régimen estatutario de los funcionarios públicos» corresponde al Estado, en virtud del artículo 149.1.18.ª CE, «fijar el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1998, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario [...], a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto».

Más recientemente y en relación al concepto de «bases», el Tribunal Constitucional ha recordado (STC 98/2004, F.J. 6) que por tales «han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias auto-

nómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma».

Por tanto, respetando dicho marco básico, a **la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponderá su desarrollo legislativo y ejecución, tanto en su vertiente estatutaria como respecto a su potestad organizatoria para ordenar el personal a su servicio.**

En cuanto al **alcance de la expresión «régimen estatutario de los funcionarios públicos», empleada en los artículos 149.1.18.ª y 103.3 CE,** así como en el artículo 10.4 EAPV, el Tribunal Constitucional señaló en su STC 99/1987 (FJ 3.c.): «Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas».

Por último, es preciso tener presente que estamos en un ámbito en que la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas implica una amplia capacidad de determinación sobre la función pública propia, extremo que tempranamente reconoció el Tribunal Constitucional.

La citada STC 1/2003 (FJ 8) recuerda, igualmente, la necesidad de interpretar en un sentido lo más favorable posible a la capacidad autonómica de autoorganización el contenido de las bases en esta materia, pues «la intensidad y extensión que pueden tener las bases no es la misma en todos los ámbitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones públicas que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de los derechos e intereses de los administrados».

DCJA 44/2006 pár. 19 a 24

[...] el proyecto se centra en el **personal eventual,** sin que se regule, estrictamente, ningún aspecto de la relación de servicio funcionarial, en sentido lato.

Baste ahora recordar tres ideas que, al hilo de distintas Sentencias del Tribunal Constitucional, merecen ser destacadas:

a) La Comunidad Autónoma ostenta de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar, o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio (por todas STC 156/1998).

b) El sistema de puestos de trabajo por el que optó el legislador en la Ley 30/1984, constituye una de las decisiones fundamentales concernientes al propio modelo de función pública, siendo encuadrable entre los «aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de una determinada institución (STC 76/1986, FJ 4) en que las bases, materialmente, consisten» (STC 103/1997).

c) Resulta constitucionalmente admisible que, al servicio de la organización administrativa, la Ley, que tampoco puede agotar la materia, recurra a un instrumento técnico como la relación de puestos de trabajo a través del cual se realice la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, con precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo (STC 48/1998).

A su vez, el ATC 420/2003 reconoce implícitamente que el artículo 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública (en adelante LMRFP), tiene carácter básico, aunque niega que pueda inferirse directamente de la Constitución, ni de la normativa básica estatal, que deba incluirse en las relaciones de puestos de trabajo un exhaustivo listado de funciones referido a cada uno de ellos.

DCJA 110/2006 pár. 13 a 15

5. NORMAS PROCESALES Y DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO Y ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO QUE SE DERIVEN DE LAS ESPECIALIDADES DEL DERECHO SUSTANTIVO Y DE LA ORGANIZACIÓN PROPIA DEL PAÍS VASCO (art. 10.6 EAPV)

El anteproyecto otorga, [...] **legitimación procesal al Protectorado para ejercitar acciones** e, incluso, introduce un requerimiento previo en vía administrativa que ha de cumplir antes de que pueda acudir a la vía judicial.

Supone, por tanto, **introducir un nuevo supuesto de legitimación a favor del Protectorado, en defensa de derechos o intereses de terceros, que no está previsto en la LODA y que, por tanto, vulnera la competencia estatal en materia de legislación procesal.** Como dijo tempranamente la STC 71/1982, tal competencia «responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales».

Es cierto que el artículo 149.1 6.ª CE añade que la atribución de las competencias en cuestión se hace «sin perjuicio de las necesarias **especialidades que** en este orden **se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».**

Pero la doctrina del Tribunal Constitucional es muy restrictiva a la hora de aceptarlas puesto que «las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982,

83/1986, 121/1992 y 121/1999), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» (STC 127/1999)» (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4).

En este caso resulta difícil encontrar particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que permitan contemplar esa norma, ya que no reviste ninguna singularidad destacada la relación que se entabla entre la Administración autonómica y las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública de la que pudiera derivarse esta singularidad procesal.

Como dijo la STC 83/1986 «es evidente que, al igual que en cualquier otra materia, los poderes públicos, y entre ellos las Comunidades Autónomas, pueden actuar en juicio en defensa de sus derechos, facultades, prerrogativas y competencias o para la tutela de los intereses que les están encomendados, pero corresponde en exclusiva al Estado definir los correlativos derechos con carácter general y las características y modalidades de la situación procesal de dichos entes públicos».

En el proceso civil, a salvo el logro que supone la «legitimación por categorías» que reconoce el art. 7.3.º de la LOPJ, que supone una ampliación de la tutela a los intereses difusos o colectivos, la legitimación impone la alegación de la titularidad de un interés legítimo que se considere lesionado y cuya tutela se impetra.

La legitimación activa *ad causam* puede venir, no obstante, no sólo en función de la relación jurídico-material o de fondo con el tema controvertido, también por atribución legal, es decir automática, como es el caso de los asociados.

En este caso, la LODA no ha atribuido esa legitimación a las Administraciones Públicas, ni estatales ni autonómicas, y en cuanto tales previsiones constituyen legislación procesal, dictada al amparo del artículo 149.1.6.º CE, no es posible que el anteproyecto se inmiscuya por ser un campo reservado en exclusiva al legislador estatal.

DCJA17/2006 pár. 311 a 319

6. AGRICULTURA Y GANADERÍA (art. 10.9 EAPV)

[...] hay que recordar que, como hemos dicho en repetidas ocasiones, consiste en una **competencia que pese a calificarse de exclusiva en el Estatuto pueda estar condicionada por el Estado** que puede incidir mediante otros títulos, en particular el enunciado en el artículo 149.1.13 CE: aunque ha de emplearlo con cautela para no vaciar de contenido las competencias estatutarias de las Comunidades Autónomas (STC 213/1994).

DCJA 9/2006 pár. 44

Ahora bien, la posibilidad de dictarse por el Estado normativa al amparo del artículo 149.1.13.ª CE sobre ordenación general de la economía, título que viene a limitar aquellas competencias exclusivas de la CAPV, obliga a hacer algunas consideraciones añadidas en relación precisamente al caso del **desarrollo de normativa comunitaria de carácter derivado.**

[...] **La función garantista del Estado,** cuya finalidad es poner los medios necesarios para hacer llegar los beneficios de la política común a los productores, **no dota al Estado de un margen ilimitado de maniobra que le permita suplantar la competencia para la ejecución de la norma comunitaria en detrimento de la Administración que la ostenta, conforme al esquema de reparto competencial en vigor.** En este sentido se ha expresado de forma tajante la citada STC 45/2001 (F.J. 6).

Sobre el riesgo de una **utilización inadecuada del título (art. 149.1.13.ª CE)** por una eventual norma estatal, se hace obligado recordar de dicha STC 45/2001 lo siguiente: (FJ 8) [...]

Recurriendo a criterios de racionalidad en la interpretación del esquema competencial en vigor, conforme a los aspectos y criterios expuestos, cabe concluir lo siguiente:

a) Es admisible que la norma estatal regule aquellos aspectos generales necesarios para permitir la correcta tramitación de las ayudas, con la finalidad de posibilitar el objetivo de la política común, lo que justificaría el recurso al artículo 149.1.13 CE, como título que legitime su intervención.

b) No es admisible, sin embargo, que la norma estatal regule sin la debida justificación, al amparo del artículo 149.1.13 CE, invocando criterios de ordenación general de la economía, medidas de ejecución de la norma comunitaria en detrimento de las competencias autonómicas.

DCJA 34/2006 pár. 36 a 41

En cuanto al **orden competencial intraautonómico, Instituciones Comunes-Territorios Históricos,** al incardinarse en materia de agricultura, tendría que seguirse inicialmente el esquema que se infiere de lo dispuesto en el artículo 7.b) 1 y 2 de la LTH, que atribuyen a los Territorios Históricos la competencia de desarrollo y ejecución de las normas emanadas por las Instituciones Comunes en materia de reforma y desarrollo agrario y producción animal.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que específicamente se ordena es el sistema de control del cumplimiento de las condiciones de producción y comercialización de **productos agrarios y alimenticios obtenidos de forma ecológica,** por exigencias de la calidad y de lucha contra el fraude.

Como señala el Reglamento n.º 2092/1991 de la UE, tras destacar la importancia de la producción agrícola ecológica, que tiene repercusiones profundas sobre el mercado, contribuyendo a la consecución de un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda de productos agrarios, la protección del medio ambiente y el mantenimiento del espacio rural, el conjunto de normas comunitarias de producción, etiquetado y control lo que persiguen es «proteger la agricultura ecológica al garantizar unas condiciones de competencia leal entre los productores de productos que lleven las indicaciones mencionadas y evitará el anonimato en el mercado de los productos ecológicos, asegurando la transparencia en todas las fases de producción y comercialización, lo que aumentará la credibilidad de estos productos ante los consumidores».

Si esto es así, es una regulación que entra singularmente dentro del haz de facultades que en **materia de mercado interior (artículo 10.27 EAPV) y defensa del consumidor y usuario (artículo 10.28 EAPV)** ostentan las Instituciones Comunes, pues como advierte la STC 71/1982, de 30 de noviembre, «una profusa legislación administrativa muestra que éstas son acciones específicas que pueden subsumirse en lo que desde distintos aspectos se incluyen en el marco de la policía administrativa, con objetivos protectores del consumidor, o de la disciplina del mercado» (FJ 16).

Desde esta perspectiva, estando implicado el mercado autonómico de productos agrarios y un interés general agrícola de control de la calidad en beneficio del consumidor que trasciende el interés propio de cada Territorio Histórico, no plantea problemas la aprobación por el Parlamento del régimen de intervención pública en esta materia.

DCJA 9/2006 pár. 57 a 61

Atendido el concreto contenido del proyecto sometido a Dictamen, la aplicación del criterio del título competencial específico o preferente para cuya selección debe estarse tanto al carácter de las disposiciones como a su objetivo predominante (por todas STC 252/1988, FJ 3), permite estimar que son tanto la materia «agricultura y ganadería», como la «sanidad» las materias que deben ser tenidas en cuenta, cuando se trata de establecer para la **leche cruda de vaca los requisitos derivados de la denominada trazabilidad.**

En efecto, para el análisis del soporte competencial de la iniciativa no puede perderse de vista que ésta se ciñe a concretar las obligaciones que deben cumplir los agentes que en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi producen, comercializan o distribuyen leche cruda de vaca a fin de permitir seguir su rastro desde el animal que la produce hasta el consumidor final.

Este espectro amplio de destinatarios (que incluye también a las empresas de transformación y distribución) permite encontrar un **doble anclaje competencial** para el dictado de la futura norma, tanto en la competencia autonómica en materia de **«agricultura y ganadería»** (artículo 10.9 EAPV) como en la materia **«sanidad»** (artículo 18

EAPV) porque forma parte de la información cuya rápida obtención y conocimiento por las autoridades competentes persigue la trazabilidad, la atinente a las condiciones higiénico-sanitarias de la leche cruda de vaca.

DCJA 121/2006 pár. 30 a 32

[...] fundado el proyecto en la competencia autonómica que resulta de los artículos 10.9 y 18 EAPV y versando éste sobre la leche cruda de vaca, el mismo tiene incidencia en la competencia de desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes en la submateria «producción y sanidad animal», que el artículo 7 b), 2 de la 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 (LTH) atribuye a los Territorios Históricos.

[...] Si ninguna duda cabe albergar sobre la competencia de las Instituciones Comunes para dictar una norma como la propuesta dirigida a asegurar la trazabilidad en dicho sector, en abstracto, tampoco se suscita sobre la necesidad de examinar la posible **intervención de los órganos forales.**

[...] **La Comisión no encuentra una justificación fáctica** (que tampoco aporta el procedimiento de elaboración) **ni jurídica para que las funciones ejecutivas sean atraídas in totum al ámbito de las Instituciones Comunes.**

DCJA 121/2006 pár. 44 a 48

7. ASISTENCIA SOCIAL (art. 10.12 EAPV)

En todo lo que se refiere al ejercicio de la actividad de mediación, es claro que las **competencias de los Órganos Forales** no alcanzan al proyecto (artículo 6.1 de la Ley 27/1983, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, en adelante LTH).

Sin embargo, los Órganos Forales tienen atribuidas las competencias ejecutivas en las materias de asistencia social y desarrollo comunitario, condición femenina, política infantil, juvenil y de la tercera edad, siempre a salvo la acción directa de las Instituciones Comunes (artículo 7.c.1 y 2 LTH). Atendiendo a ese reparto competencial se aprobó la Ley 5/1996, de Servicios Sociales, la cual, además, define los supuestos en que el Gobierno Vasco puede ejercer la acción directa en la materia, estableciendo los requisitos materiales y formales para su ejercicio.

En el caso que nos ocupa, se contempla, de forma no muy clara, la existencia de servicios públicos de mediación familiar gestionados por las Instituciones Comunes [ar-

tículo 3.1.a), e), h) e i)] que no se justifica estrictamente en la necesidad de su carácter unitario, pues también se contempla el impulso de la existencia de servicios de ámbito foral y local (artículo 3.2.b proyectado), pero sí puede encontrar justificación en la necesidad de una decidida intervención de las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma para la eficacia y la consecución de los objetivos que se plantea la Ley.

Es cierto que el concepto de asistencia social, como el posteriormente establecido de servicios sociales, o los demás utilizados por la LTH al definir los títulos competenciales, no alcanzan con claridad a los servicios de mediación familiar y que hay que tener en cuenta que tales títulos son homónimos, en parte, de los autonómicos que hemos considerado, más arriba, para considerar conforme el reparto competencial entre Estado y Comunidad Autónoma.

No obstante, habida cuenta que se trata de poder constituir servicios públicos de nuevo cuño en el ámbito de los servicios sociales, que no han surgido de forma natural desde los servicios sociales de base para instalarse en los servicios sociales especializados —donde parece que podrían situarse—, no se aprecia inconveniente alguno para que, en este concreto caso, las Instituciones Comunes puedan ejercer la acción directa.

A nuestro criterio, este anteproyecto completa, en este caso y circunstancia, el entendimiento que del **concepto de acción directa** realizó con criterio general y con respecto a los servicios integrados en el sistema de servicios sociales la Ley 5/1996. En todo caso, tal y como se ha realizado en la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres y en la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, **en aras del principio de seguridad jurídica debe declararse mediante una disposición expresa concretando las funciones ejecutivas que se reserva la Comunidad Autónoma.**

DCJA 86/2006 pár. 59 a 64

8. ASOCIACIONES (art. 10.13 EAPV)

La Comunidad Autónoma del País Vasco puede afrontar la regulación propuesta porque supone ejercicio de la competencia de la que es titular en virtud del artículo 10.13 de su Estatuto de Autonomía que determina el carácter exclusivo de la competencia en materia de «Fundaciones y Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares, en tanto desarrollen principalmente sus funciones en el País Vasco».

Tal atribución significa que corresponde a la CAPV «...ejercer tanto la función legislativa como la ejecutiva, regulando su régimen jurídico y llevando a cabo la correspondiente acción administrativa» (STC 173/1988, de 23 de julio, FJ 5).

Asimismo, debe recordarse que también, como afirmó el Tribunal Constitucional (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 3), al anterior ámbito competencial autonómico se añade el que conforma la competencia de la CAPV sobre aquellas asociaciones cuyos fines y actividades coinciden con materias de competencia autonómica, tales como la defensa del consumidor y del usuario (artículo 10.28 EAPV); deporte (artículo 10.36 EAPV); educación (artículo 16 EAPV); desarrollo comunitario, condición femenina, política infantil, juvenil y de la tercera edad (artículo 10.39. EAPV).

[...] En cuanto al examen de la competencia autonómica en la perspectiva interna, la materia que aprehende el anteproyecto como objeto de regulación no se encuentra afectada por el reparto intracomunitario (artículos 37 y 41 EAPV y LTH). En concreto, los contenidos del anteproyecto que se conectan con competencias forales (vgr. beneficios fiscales en el reconocimiento de las asociaciones de utilidad pública) se formulan de forma respetuosa con las competencias en materia tributaria de los citados territorios (artículo 41 EAPV).

No obstante el carácter exclusivo con que se atribuye la competencia en el EAPV, al ejercerla, **la CAPV debe tener presentes, en esencia, dos límites:** el primero, común a todo legislador ordinario —también el estatal—, es el definido por el **desarrollo directo del derecho de asociación reservado a la Ley orgánica** (cuyo alcance y sentido ya ha sido analizado) y el segundo es el derivado de los **títulos competenciales que corresponden al Estado en virtud del artículo 149.1 CE,** cuya incidencia se examina a continuación.

El artículo 149.1.1.ª de la Constitución

La competencia estatal *ex* art. 149.1.1.ª CE comprende la fijación de las condiciones básicas que resulten necesarias para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho fundamental de asociación; tal operación, de acuerdo con lo antes razonado, tiene un carácter bien distinto al desarrollo directo del derecho de asociación.

En ejercicio de la competencia estatal residenciada en el art. 149.1.1.ª CE, el Estado podrá normar sobre aquello que sea imprescindible para que el derecho de asociación sea ejercido en condiciones de igualdad por todos los ciudadanos, una vez fijado el contenido esencial del derecho por el legislador orgánico.

En orden a fijar en abstracto el alcance del art. 149.1.1.º CE, fue la STC 61/1997, la que estableció la doctrina respecto de dicho precepto constitucional con vocación de trascender el caso concreto, tal y como luego confirmó la STC 173/1998, de 23 de julio —de constante cita—, donde se analiza en detalle dicho precepto constitucional.

Dicha doctrina ha sido sintetizada por la Comisión (por todos DCJA 24/2003) señalando que el precepto ha requerido una larga y laboriosa evolución de la jurispruden-

cia constitucional para quedar definitivamente caracterizado como un título competencial autónomo, diferenciado con respecto a los artículos 14 y 139.1 CE y cuyo contenido propio, a partir de las citadas SSTC 61/1997 y 173/1998, ha quedado delimitado, en síntesis, en la siguiente forma:

a) Es un **título competencial con contenido propio y no residual,** consistente en la regulación del contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales que sean condiciones básicas imprescindibles y necesarias para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho.

b) **Esas condiciones básicas «hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales».** No son cualquier condición «material», son las condiciones imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad que no puede consistir en «una igualdad formal absoluta» y cabe, por tanto, incluir en esas condiciones básicas aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades, los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho, los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilita el ejercicio mismo del derecho.

c) **La materia sobre la que recae ese título competencial es el derecho o deber constitucional en sentido estricto,** en sí mismo considerado, y sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata con él. Esto es, la «materia» del art. 149.1.1.ª CE no es un concreto sector de la realidad sino los mismos derechos y deberes constitucionales. Constituye un título autónomo que habilita al Estado a regular esas condiciones básicas que garanticen la igualdad, si bien el carácter básico de éstas impide un diseño acabado y completo del régimen jurídico.

d) El artículo 149.1.1.ª CE contiene una **habilitación para que el Estado condicione,** mediante el establecimiento de esas condiciones básicas uniformes, el ejercicio de las **competencias autonómicas** con objeto de garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho.

e) Ahora bien, **dicho título es distinto de los que atribuyen al Estado la fijación de las bases o la legislación básica de ciertas materias,** no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo, ni es un título horizontal capaz de introducirse en cualquier sector o materia. La titularidad de la competencia sobre los sectores materiales en los que se insertan los derechos o deberes no permite establecer condiciones básicas.

Ya en el examen de su juego en la materia «asociaciones», en la STC 173/1998, de 23 de julio, el Tribunal Constitucional señaló que «por su conexión con el derecho de asociación y por su carácter de "requisitos mínimos indispensables" que posibilitan su ejercicio, el legislador estatal podrá considerar "condiciones básicas" ex ar-

tículo 149.1.1 CE, tanto lo que podríamos llamar la definición del concepto legal de asociación, como aquellos aspectos concretos de lo que hemos llamado régimen jurídico externo de las asociaciones (nacimiento de la personalidad, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad y causas y efectos de la disolución), que resulten imprescindibles o necesarios en orden a asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho de asociación y, en cuanto tales, requieren un tratamiento uniforme» (FJ 9).

En el mismo pronunciamiento, al hilo del análisis de los preceptos impugnados de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones, dijo que se ubicarán en el ámbito competencial propio del artículo 149.1 1.ª CE por ser condiciones básicas «aquellos aspectos relativos al nacimiento de la personalidad jurídica que resultan imprescindibles para garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de asociación. Entre estos aspectos figura, sin duda, el de los efectos que puedan atribuirse a la inscripción registral en relación con la adquisición o no de esa personalidad» (FJ 14.f). Y concretará, en orden a las condiciones básicas sobre la capacidad que el legislador estatal podrá definir «los aspectos de la capacidad de las personas jurídicas necesarios para garantizar el ejercicio en condiciones de igualdad del derecho de asociación» (FJ 14.g).

[...] Baste ahora señalar que, atendida la competencia autonómica en materia de «asociaciones» así como el alcance constitucional del artículo 149.1.1.ª CE, el legislador autonómico tiene, respetando el contenido orgánico de la LODA —*prius* del que necesariamente debe partir el legislador ordinario— un amplio margen o libertad de configuración para diseñar el régimen jurídico de todas las asociaciones de su competencia.

El límite que deriva para esa libertad de configuración del título competencial que atribuye al Estado el artículo 149.1.1.ª CE tiene un carácter bien distinto al que define el artículo 81.1 CE.

Para definir en qué medida el citado artículo 149.1.1.ª CE puede condicionar el ejercicio de la competencia autonómica para establecer el régimen jurídico de las asociaciones de su competencia, ha de tenerse en cuenta que en el Título VIII de la Constitución no se atribuye al Estado la materia sobre la que versa el anteproyecto. La intervención de éste encuentra fundamento en la garantía de una posición jurídica igual de los ciudadanos. De ahí que **la CAPV deba respetar los preceptos de la LODA dictados por el Estado con amparo en dicho título estatal, pero sin soslayar que la exigencia de igualdad que da sentido a su utilización es exigencia finalista de igualdad material, en las condiciones básicas o requisitos sustanciales de ejercicio.**

Como advirtió la STC 173/1998, de 23 de julio, cuando «un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones, no sólo le habilita para regular los aspectos administrativos

de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, sino también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico —constitución, adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución—, como en su vertiente interna —organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados—».

La coexistencia de distintos regimenes jurídicos de las asociaciones es una consecuencia querida por el ordenamiento jurídico al ser efecto directo de la inclusión de la materia asociaciones como objeto del reparto competencial. Un entendimiento distinto conllevaría a la postre el indebido vaciamiento de la competencia autonómica (interpretación proscrita por el ordenamiento constitucional). Las diferencias, por tanto, son admisibles al formar parte de la propia configuración del sistema constitucional, de tal suerte que, preservado el desarrollo directo del derecho de asociación, la divergencia es el resultado natural del sistema, el límite para ésta es la afectación al ejercicio de dicho derecho en forma tal que modifique la posición jurídica esencial de los ciudadanos en relación al mismo.

El límite para la creación del «régimen de las asociaciones de competencia autonómica» que deriva del título estatal ex artículo 149.1.1.ª CE se dibuja, así, a juicio de la Comisión, en torno a la necesidad de preservar lo que ha de permanecer igual, para evitar, no lo distinto, sino lo inicuo, la desigualdad sustantiva que provoque un distinto contenido de aquél derecho en función de en qué lugar del territorio se ejercite.

Así acotado el ámbito de la competencia autonómica, entiende esta Comisión que su análisis conlleva examinar, en primer término y con carácter esencial, si el régimen que para las asociaciones de competencia autonómica establece el anteproyecto desconoce o desvirtúa algún elemento del contenido esencial del derecho para, en segundo lugar, preservado dicho contenido, analizar la regulación propuesta a la luz del núcleo de condiciones de ejercicio que debe permanecer idéntico en relación a cualquier asociación, en tanto, si desapareciera, se estaría afectando, en forma no tolerada por el vigente ordenamiento jurídico, a una condición básica o requisito esencial de ejercicio del derecho.

En suma, **el ámbito competencial autonómico se perfila equidistante tanto de una interpretación de la competencia estatal que sobre la base de un incorrecto entendimiento de la igualdad como homogeneidad («igualdad formal absoluta») permita un diseño acabado del régimen jurídico de las asociaciones —vaciando «de facto» la competencia autonómica—, como de una inteligencia de la competencia autonómica que prescinda del sustrato común, entendido como conjunto de reglas jurídicas (no necesariamente plasmadas con idéntica formulación) que garantice que, cualquiera que sea el lugar donde se ejercite el derecho de asociación, lo sea en unas condiciones de ejercicio que admitan la indubitada recognoscibilidad del derecho ejercitado.**

Otros títulos competenciales estatales

Como indicó el Tribunal Constitucional, también ha de tenerse en cuenta que en las asociaciones objeto de la competencia autonómica existen elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los que el Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma.

Con directa incidencia en la regulación del régimen jurídico de las asociaciones se encuentra la competencia que el artículo 149.1 6.ª CE atribuye al Estado, en cuanto título que le faculta para establecer la legislación procesal y que, en síntesis, residencia en el ámbito de la competencia estatal la potestad para regular aquellos aspectos jurisdiccionales relativos a la defensa y tutela del derecho de asociación.

[...] Por su parte, la citada Disposición Final 1.º, apartado 4, señala que «los artículos 32 a 36, la disposición adicional primera y la disposición transitoria segunda se dictan al amparo del artículo 149.1.14.ª de la Constitución, sin perjuicio de los regímenes forales vigentes en los Territorios Históricos del País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra».

Los citados preceptos establecen el régimen de las asociaciones de utilidad pública (requisitos, artículo 32; derechos, artículo 33; obligaciones, artículo 34; procedimiento, artículo 35; otros beneficios, artículo 36).

La propia fundamentación constitucional de los citados preceptos permite afirmar la necesidad de matizar su condición de límite para que la CAPV pueda establecer un régimen propio de declaración de utilidad pública para las asociaciones de su competencia.

El título competencial invocado (artículo 149.1.1.ª CE) no resulta nítido. A juicio de esta Comisión, el fin prevalente de la declaración de utilidad pública es fomentar el fenómeno asociativo e impulsar el desarrollo por las asociaciones de determinadas actividades conectadas con la consecución del «interés general» o del «bien común», por lo que la competencia que se ejerce es la referida a las asociaciones, sin que la dimensión económica que, en cada momento, tenga el reconocimiento de utilidad pública, permita una distinta ubicación competencial de la medida.

DCJA 17/2006 pár. 90 a 120

9. EJERCICIO DE LAS PROFESIONES TITULADAS (art. 10.22 EAPV)

En efecto, teniendo en cuenta cómo se articula la regulación de la actividad de mediación familiar, hace falta examinar el artículo 10.22 EAPV que reconoce la competencia exclusiva en el ámbito «ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución».

Para ello, ha de tenerse presente la atribución al Estado por el *artículo 149.1 30 CE* de la competencia para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los *títulos profesionales* que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, enlaza con la determinación de las profesiones tituladas (en el sentido antes descrito).

En virtud de dicha atribución, al Estado le corresponde 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 (STC 82/1986).

Atribución competencial que, también de acuerdo con la doctrina constitucional, no integra la sujeción a determinadas condiciones o al cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional, por no constituir tal actuación la configuración de una profesión titulada ya que, como señaló el Tribunal Constitucional (STC 122/1989), una cosa es la sujeción a determinadas condiciones o al cumplimiento de ciertos requisitos para el ejercicio de una determinada actividad laboral o profesional y otra bien distinta y alejada de tal actuación es la creación de una profesión titulada.

La regulación de una actividad profesional puede afrontarse (en su nivel de restricción más intenso) como regulación de una profesión titulada, pero la regulación de una actividad no es, forzosamente, regular una profesión. Las diversas actividades que pueden integrar el contenido de una profesión pueden tener una regulación específica. Si la regulación se limita a este aspecto no cabrá hablar de regulación de una profesión titulada pues no se dirige aquélla a la regulación de la actividad de la profesión en su conjunto.

Ahora bien, la «Ley de la actividad», de acuerdo con esa delimitación, no necesitará contener las normas que característicamente regulan una profesión, como son la titulación requerida, el campo en el que se desarrolla la profesión, las obligaciones y derechos de los profesionales, las normas deontológicas que han de seguir y, en suma, su organización corporativa.

DCJA 86/2006 pár. 39 a 44

10. COOPERATIVAS (art. 10.23 EAPV)

[...] a modo de resumen cabe señalar que el título que habilita a la CAPV para intervenir en esta materia es el relativo a cooperativas que le atribuye el artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía (EAPV) con carácter exclusivo, conforme a la legislación general en materia mercantil (artículo 149.1.6.ª de la Constitución, CE).

Las implicaciones de la competencia de la CAPV en materia de cooperativas fue objeto de expreso análisis por el Tribunal Constitucional, en la STC 72/83, con motivo del

examen de constitucionalidad de la Ley vasca 1/1982, de 11 de febrero, sobre Cooperativas, antecedente de la actual.

En lo fundamental se señaló que las competencias de grado exclusivo previstas en el artículo 10 del EAPV comprenden normalmente competencias legislativas y de ejecución, por lo que el artículo 10.23 EAPV atribuye a la CAPV la competencia para regular por Ley las cooperativas, debiéndose prescindir de posiciones doctrinales acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles. Consecuentemente, la expresión «conforme a la legislación general en materia mercantil» se ha de interpretar en el sentido de que habrá que respetar tal legislación en cuanto sea aplicable a las cooperativas, como sucede cuando la legislación general de cooperativas remite a la legislación mercantil, o cuando contiene preceptos mercantiles (STC 72/83, FJ 3).

Se señaló además en dicha sentencia, por lo que tiene de interés para el alcance de la presente reforma, que **la competencia de la CAPV en la materia se atendrá fundamentalmente a las funciones típicas de las cooperativas, constituidas por las relaciones de las cooperativas con sus socios, también llamadas relaciones societarias internas, por contraste con las relaciones jurídicas con terceros, que tienen un valor instrumental, aunque también necesario (STC 72/83, FJ 4).**

[...] En consecuencia, la CAPV posee desde una perspectiva competencial habilitación genérica para dictar la iniciativa que se dictamina.

DCJA 58/2006 pár. 20 a 25

Para ello merece la pena indicar que en la doctrina constitucional dictada más recientemente en materia de cooperativas (STC 291/05, F 3), aparte de recapitularse la doctrina general sobre los títulos competenciales que en la materia afectan respectivamente a las Comunidades Autónomas (CCAA) y al Estado (delimitada, además de en la señalada STC 72/83, en las SSTC 44/84, 165/85), se significa —si bien en relación con cierta clase específica de cooperativas, las cooperativas de crédito, recordando a su vez pasajes de las SSTC 134/92, F2 y 155/93, F3— que las CCAA —que, por cierto, ostentan ya todas en estos momentos competencias del mismo grado en materia de cooperativas— **deberán adecuar sus disposiciones relativas a las cooperativas a las normas estatales en materia de ordenación del crédito, de coordinación de la planificación económica, legislación mercantil y de relaciones y condiciones laborales.**

No resulta difícil inferir del último inciso referido al deber de respeto por la legislación autonómica de las normas estatales del orden de las relaciones y condiciones laborales, su extensión natural, por proximidad lógica, a la citada materia de la Seguridad Social, sectores normativos éstos respecto de los que sus títulos atributivos se concretan, para la CAPV, en los artículos 12.2 y 18.2 del EAPV y para el Estado, en los artículos 149.1.7.ª y 17.ª de la Constitución, CE.

DCJA 53/2006 pár. 18 y 19

11. MUTUALIDADES NO INTEGRADAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL (art. 10.23 EAPV)

Declarándose el proyecto tributario del artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), que reconoce la competencia exclusiva de la CAPV sobre Mutualidades no integradas en la Seguridad Social, conforme a la legislación general en materia mercantil, convendrá referirse al alcance reconocido a dicho título en la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya manifestación más reciente la constituye la Sentencia (STC) 173/2005, de recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en cuyo fundamento jurídico séptimo (FJ 7) se señala: «Como prólogo a nuestro enjuiciamiento hemos de reiterar, una vez más, la necesidad de enmarcar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre mutualismo no integrado en el sistema de Seguridad Social (art. 9.21 de su Estatuto de Autonomía) en el contexto definido por la STC 86/1989, de 11 de mayo (FJ 7), y reiterado en la STC 220/1992, de 11 de diciembre (FJ 3). Conforme indicábamos en estas resoluciones, esa exclusividad conoce su máxima proyección en los aspectos estructurales y funcionales, en tanto que debe matizarse en los operativos, sobre los que inciden las bases establecidas por el Estado para la ordenación de la actividad aseguradora en virtud de la competencia que le atribuye el art. 149.1.11 CE».

Cabe resaltar, antes que nada, el carácter de **competencia exclusiva stricto sensu** que reconoce la doctrina constitucional ostenta la materia prevista en el artículo 10.23 EAPV, por no venir incluida en la enumeración del artículo 149.1 CE de materias reservadas al Estado (STC 89/1989, FJ 7); con las consecuencias de comprender la potestad legislativa (STC 69/1982, FJ 1) y abarcar toda la materia, no simplemente el desarrollo de las bases estatales, aunque existan limitaciones procedentes de su inserción en el marco constitucional.

Conviene también señalar que constituye así mismo título competencial concernido con la materia del proyecto, como previsión competencial independiente de la anterior aunque venga a relacionarse con la misma en virtud del título estatal que limitará primordialmente la competencia del artículo 10.23 EAPV, la **competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica referido a la ordenación del crédito, banca y seguros, prevista en el artículo 11.2.a) del EAPV.**

[...] La competencia exclusiva sobre mutualismo de las CCAA debe tener en cuenta los **límites** de la competencia estatal *ex* **art. 149.1.11 CE** para la **ordenación de seguros.**

El título estatal para la ordenación de los seguros concurre con otros títulos competenciales que igualmente limitan la competencia autonómica (STC 35/1992, FJ 3.º): así, la **legislación mercantil (art. 149.1.6.º** de la Constitución) en la medida «en que sea aplicable al mutualismo de previsión social»; y la competencia estatal para dictar **bases y coordinar la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13** de la Constitución).

Las CCAA que ostenten competencia exclusiva sobre mutualidades no integradas en la Seguridad Social deberán respetar las bases de ordenación de la actividad aseguradora.

Las normas básicas estatales sobre actividad aseguradora deben de respetar las peculiaridades del mutualismo de previsión social y además no pueden afectar al «régimen jurídico estructural y funcional de tales mutualidades que queda (en virtud de la asunción de competencia exclusiva) dentro del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas».

Por su parte, de la STC 220/1992 se pueden extraer las siguientes conclusiones:

El Estado puede dictar bases para la ordenación de los seguros privados que incidan en las mutualidades de previsión social en la medida en que las mutualidades lleven a cabo una actividad aseguradora.

De un análisis de la STC 220/1992 se puede concluir que las bases tiene como objetivos: dotar de una regulación homogénea a la actividad aseguradora de las mutualidades de previsión social y regular de manera homogénea la solvencia y la garantía financiera de las mutualidades de previsión social.

El alcance de la normativa básica no puede llegar a regular el aspecto organizativo o estructural de las mutualidades ni a «otras funciones, aspectos que caen dentro de la órbita de las competencias exclusivas autonómicas».

DCJA 120/2006 pár. 37 a 50

12. MEDIOAMBIENTE (art. 11.1 EAPV)

El carácter de **ordenación mediante mínimos** que la doctrina constitucional viene reconociendo de forma constante a las normas sobre protección del medio ambiente (entre otras, SSTC 102/1995, 156/1995, 13/1998, 90/2000 y 306/2000) junto al limitado contenido del proyecto de norma sometida a consulta permite afirmar, sin perjuicio de las consideraciones que al analizar el articulado se realizan, su correcto encaje en el ámbito competencial de la CAPV.

Como se señaló en el DCJA 114/2003, la protección del medio ambiente es una competencia que, con carácter general y sin perjuicio de concretas especificaciones que no ha lugar examinar por no tener incidencia en el supuesto que se analiza, pertenece a las Instituciones Comunes de la CAPV, de acuerdo con el 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.

Los municipios, de acuerdo con el artículo 25. 2 f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (en adelante, LBRL), tienen competencias en materia de protección del medio ambiente.

La Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, en su Capítulo V (Suelos contaminados), artículo 84.2, atribuye a los Ayuntamientos una serie de competencias que la LPCS confirma en su artículo 4.2.

DCJA 63/2006 pár. 33 a 36

13. ENSEÑANZA (art. 16 EAPV)

En efecto el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV) atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia de enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades.

Cuestión distinta es que, al ejercer dicha competencia, deba tenerse en cuenta los **límites que derivan del artículo 27 de la CE y las Leyes Orgánicas que lo desarrollen** que, en lo que aquí interesa, son la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante, LOCE) y la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), así como de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30.ª CE, a cuyo tenor corresponde al Estado la regulación de los aspectos básicos del currículo de las diferentes enseñanzas, en relación con sus objetivos, contenidos y criterios de evaluación.

DCJA 24/2006 pár. 37 y 38

Véase también DCJA 90/2006 pár. 17

El título competencial que sustenta el proyecto sometido a consulta es el artículo 16 del EAPV que, en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la CE, atribuye una amplia competencia a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de enseñanza, en la que se incluye la universitaria, sin perjuicio del artículo 27 de la CE y leyes orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30 de la misma y de la alta inspección necesaria para su cumplimiento y garantía.

En materia de **enseñanza universitaria** el reparto en general entre el Estado y la Comunidad Autónoma sigue el esquema bases estatales y desarrollo legislativo y ejecución autonómico, pero hay que tener en cuenta también, como un elemento específico y relevante, la autonomía de las Universidades, reconocida por el artículo 27.10 CE, que hace que tenga una estructura peculiar respecto de otros sectores, consistente en que a las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas hay que aña-

dir las derivadas de la autonomía de las Universidades que limitan necesariamente las de aquél y las de estas (SSTC 26/1987 y 1461/1989).

Además, la configuración de la autonomía universitaria se defiere a la Ley, según anuncia el art. 27.10 de la Constitución. Corresponde, pues, al legislador delimitar y desarrollar esa autonomía, determinando y reconociendo a las Universidades las potestades necesarias para garantizar la libertad académica, ese espacio de la libertad intelectual sin el cual no sería posible la plena efectividad de la función esencial y consustancial a la institución (SSTC 26/1987, 106/1990, 187/1991 y 75/1997).

La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante LOU) precisa el conjunto de facultades que dotan de contenido a la autonomía universitaria (artículo 2.2) y delimita las competencias de las CCAA, y en lo que ahora nos interesa reconoce de forma expresa la capacidad normadora autonómica sobre el régimen retributivo, tanto del personal docente e investigador contratado (artículo 55), como del personal docente e investigador funcionario (artículo 69), en lo que se refiere a las retribuciones adicionales ligadas a méritos individuales docentes, investigadores y de gestión.

[...] Como advertimos en el DCJA 95/2004, hay que tener en cuenta que la **autonomía universitaria** tiene que desarrollarse «en el marco de las efectivas disponibilidades personales y materiales con que pueda contar cada Universidad» (STC 106/1990), marco este que, en última instancia, viene determinado por las pertinentes decisiones que, en ejercicio de las competencias en materia de enseñanza universitaria, corresponde adoptar, en este caso, a las Comunidades Autónomas. Tienen atribuida la decisión sobre las retribuciones de este personal y de forma tutelar han de autorizar incluso de forma específica los gastos de personal. Tales facultades se entienden porque tienen el deber de contribuir a la financiación de la universidad, a través de la subvención global fijada anualmente, y es preciso que el régimen retributivo tenga reflejo presupuestario, necesariamente en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

DCJA 87/2006 pár. 21 a 28

Las **retribuciones adicionales** se configuran, en el caso **del profesorado universitario funcionario,** como una excepción al régimen general retributivo del mismo, cuya determinación corresponde, con carácter uniforme, al Gobierno del Estado (artículo 69 LOU), previsión cuyo antecedente normativo —artículo 46.1 de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LORU)— fue considerado conforme al reparto constitucional por el Tribunal Constitucional (STC 266/1987, FJ 12.9 y 235/1999, FJ 4 D).

Es, además, la única vía que permite a la Comunidad Autónoma introducir las peculiaridades que considere precisas, respetando, eso sí, los requisitos establecidos en el

artículo 69.3 LOU, tanto procedimentales, referentes a la facultad de iniciativa del Consejo de Gobierno de la Universidad, a la previa valoración de la Agencia de Evaluación y a su asignación por el Consejo Social, como sustantivos, el carácter individual de estos complementos y al tipo de razones que pueden justificarlos, esto es, exigencias docentes, investigadoras y de gestión.

En el caso del **profesorado contratado** el reparto es completamente distinto pues corresponde a las Comunidades Autónomas regular su régimen retributivo con plenitud (artículo 55.1 LOU). Ello no obstante, la LOU contempla que las Comunidades Autónomas pueden establecer, también, para este tipo de personal retribuciones adicionales con los mismos requisitos dispuestos para el profesorado universitario funcionario. De alguna manera, la LOU refleja una suerte de dicotomía retributiva para el personal contratado, de forma semejante a lo que sucede con el profesorado funcionario, en el que las retribuciones adicionales constituyen una excepción al régimen general. La LSUV sigue también ese esquema en su artículo 33.2 y artículo 34.2.

Dentro de ese diseño no existe obstáculo para que la regulación de las retribuciones adicionales se aborde de forma unitaria y el ámbito subjetivo del proyecto abarque tanto al profesorado funcionario como al contratado. Ello es posible por esa unicidad sustancial prevista por la Ley.

DCJA 87/2006 pár. 44 a 47

14. POLICÍA (art. 17 EAPV)

Como ya dijimos en los DDCJA 40/2002, 45/2002, 25/2003, 33/2004 y 30/2005, para la delimitación competencial en materia de régimen de la policía autónoma, los títulos fundamentales son los contenidos en los artículos 149.1.29.ª CE y 17 EAPV, completándose el bloque de la constitucionalidad con la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad —de la que está excluida la policía vasca, salvo por lo que respecta a las reglas generales y básicas sobre actuación y estatuto.

De esta delimitación, se deriva la competencia plena de la CAPV para fijar el **régimen retributivo** de la Ertzaintza, en tanto que parte integrante de su régimen estatutario.

Por lo demás, el artículo 74 LP contempla la regulación legal en materia de régimen retributivo de los funcionarios de la Ertzaintza, cumpliendo la reserva proyectada por el artículo 103.3 CE y, permitiendo, a su vez, la intervención auxiliar o complementaria del reglamento.

DCJA 45/2006 pár. 14 a 16

La Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva en materia de Estatuto de los Funcionarios del País Vasco, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18.ª CE **(artículo 10.4 EAPV)**, en relación con la competencia que el artículo 17 EAPV le atribuye en cuanto al **«régimen de la Policía Autónoma»** en actualización del régimen foral previsto en la Disposición Adicional Primera CE.

Teniendo en cuenta el referido carácter de actualización foral, las particularidades de la **función pública policial, en especial en el ámbito de la representación y participación del personal**, y el limitado ejercicio de competencias legislativas por parte del Estado en este ámbito, no cabe duda respecto a la existencia de título competencial para la regulación de las secciones sindicales en el ámbito que nos ocupa.

Tal conclusión es del todo compatible con el anteproyecto sometido a dictamen, pues viene a reconocer tal ejercicio, como por cierto hace el régimen actualmente vigente, y se refuerza al proclamar el legislador autonómico, en la exposición de motivos de la LP, el principio de equiparación del régimen no ya con el personal policial del Estado, sino con el régimen general de la función pública. Es más, en el sistema dual de libertad sindical (representación unitaria del personal por un lado y acción sindical por afiliación por otro) el contenido esencial de la libertad sindical que tiene reconocido (STC 173/1992) en su aspecto organizativo, debe ser respetado por la Ley autonómica, pero cabe, por encima del mismo, señalar derechos o facultades adicionales (STC 175/2004), incluso diferenciando a unas organizaciones sindicales de otras (STC 183/1992), sin que por ello se esté vaciando el núcleo de la libertad que nos ocupa.

DCJA 67/2006 pár. 9, 10 y 17

15. SANIDAD INTERIOR (art. 18 EAPV)

Desde el punto de vista de la protección a la salud, el artículo 43.2 de la Constitución (CE) prevé la responsabilidad de todos los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, difiriendo a la ley el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto.

Dicha responsabilidad pública se establece competencialmente en la Comunidad Autónoma del País Vasco en torno al artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía (EAPV), sobre competencias de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior, debiendo tener presente, por tanto, la competencia estatal de establecimiento de bases y coordinación general de la sanidad del artículo 149.1.16.ª CE (DDCJA 28/1999 y 106/2002).

Según ese reparto, sobre el que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 32/1983, 80/1984 y 109/2003, entre otras, la Comunidad Autónoma ostenta la competencia para el dictado del Decreto aquí proyectado.

Concretamente, el Alto Tribunal ha declarado que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer las características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia (STC 32/1983) se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados» (SSTC 80/1984 y 109/2003).

[...] Por último, el proyecto encuentra igualmente su marco en las disposiciones de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL), la cual atribuye a los Municipios diversas funciones en materia de protección de la salubridad pública y del medio ambiente, así como defensa de usuarios y consumidores (art. 25.2.h), f) y g). En consonancia con tales previsiones, el artículo 33.2 LOS, excepciona de la regla general —que atribuye a las Corporaciones Locales la función inspectora en relación con cualquier actividad, servicio o instalación, de acuerdo con las citadas competencias de protección de la salud— el supuesto de que se trate de **actuaciones necesarias para resolver las autorizaciones o registros sanitarios**, en cuyo caso, tal función corresponde al Departamento competente en materia de sanidad de la Administración General de la Comunidad Autónoma.

DCJA 7/2006 pár. 21a 24 y 33

16. MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL (art. 19 EAPV)

La competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer [...] el régimen de las **concesiones del servicio de televisión local** por ondas terrestres es indubitada, en virtud de la competencia recogida en el artículo 19 EAPV.

En efecto, sin perjuicio de que, al igual que al tratar el artículo 20 CE, no sea este el lugar para realizar el examen acabado del complejo artículo 19 EAPV, sí debe recordarse que el citado precepto tras consagrar en su apartado 1, la competencia de «desarrollo legislativo de las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social, respetando en todo caso lo que dispone el artículo 20 de la Constitución» y, en su apartado 2, la competencia de ejecución en dichas materias que «...se coordinará con la del Estado, con respecto a la reglamentación específica aplicable a los medios de titularidad estatal», contempla en su apartado 3 con una redacción singular —en compara-

ción con el resto de Estatutos de Autonomía aprobados tras la entrada en vigor de la CE– la competencia para «de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, regular, crear y mantener su propia televisión, radio y prensa y, en general todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines».

La potencialidad que para la competencia autonómica abre este último apartado ha sido motivo de diversas interpretaciones doctrinales sobre la configuración de límites específicos para las normas básicas del Estado en materia de medios de comunicación social, pero, en cualquier caso, en orden a la iniciativa proyectada ninguna duda suscita la suficiencia del ámbito competencial atribuido por el citado artículo 19 EAPV para su dictado.

Al ejercer dicha competencia ha de tenerse presente la normativa básica dictada por el Estado en virtud del artículo 149.1.27.ª CE que le atribuye la competencia en materia de «Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas», pero siempre tomando en consideración que, como ha reiterado esta Comisión, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, dicha **norma autonómica** (sea Ley o reglamento) **de desarrollo de la norma básica no se encuentra vinculada a ésta por una relación de jerarquía sino por el principio de competencia,** permitiendo a la Comunidad Autónoma la introducción de opciones políticas propias, operando la norma básica como límite (respecto a su contenido mínimo común) y procediendo la norma autonómica a complementar el ordenamiento jurídico a cuya formación concurren los Entes territoriales con poder normativo en la materia, por aplicación del bloque de constitucionalidad.

La norma autonómica, por tanto, no completa, pormenoriza, detalla o precisa la regulación de la norma estatal al modo obligado para el reglamento ejecutivo, sino que a su través se ejercita la competencia autonómica y los límites que para tal ejercicio deriven de la normativa básica deben siempre permitir, conforme a la doctrina constitucional sobre las bases, la introducción de alternativas propias, acomodadas a sus intereses y características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales.

Asimismo, el proyecto debe tomar en consideración los límites que para su contenido puedan derivar de la competencia estatal ex artículo 149.1.21 CE en los términos recogidos por la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC168/1993, de 27 de mayo, 244/1993, de 15 de julio, y 278/1993, de 23 de septiembre) esto es, teniendo presente que los aspectos de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 de la Constitución encuentran su natural acomodo en el artículo 149.1.27.ª de la Constitución, tratándose, por tanto, de una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas; mientras que aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la televisión se sirve quedarán dentro de la competencia exclusiva del Estado ex artículo 149.1.21.ª CE.

Por tanto, atendidos los términos que derivan del bloque de constitucionalidad para el deslinde de los ámbitos competenciales del Estado y la CAPV en materia de medios de comunicación social, cabe concluir que la CAPV ostenta competencia para dictar una norma como la proyectada, cuyo contenido discurre por los ámbitos que la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, STC 168/1993, de 27 de mayo y 248/1988, de 20 de diciembre) ha residenciado en el campo autonómico.

Otros títulos competenciales relevantes

Sin perjuicio de que, tal y como hemos señalado y de acuerdo con la doctrina constitucional de la preferencia de los títulos específicos frente a los genéricos para operar el deslinde competencial, son los artículos 149.1.27 CE y 19 EAPV los títulos competenciales que permiten realizar la correcta disección de los campos de actuación normativa que corresponden al Estado y a la CAPV al establecer el régimen de las concesiones de las televisiones locales por ondas terrestres, junto a ello no cabe desconocer —y así lo confirma el contenido del proyecto— que, tratándose de medios de comunicación social, concurre con especial intensidad la **materia cultura,** pues dichos medios en general y la televisión, en particular, resultan hoy instrumentos indispensables en la **defensa y promoción de la cultura propia** y cuentan con una potencialidad singular como medio de expresión de la lengua propia —lo que tiene expreso reconocimiento, en el artículo 20.3 CE—.

Por ello, también el proyecto encuentra adecuado soporte competencial en la competencia, de carácter exclusivo, que en materia de cultura ostenta la CAPV de acuerdo con el artículo 10.17 EAPV (Cultura, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución); ámbito competencial en el que la lengua propia cooficial (artículo 6 EAPV) tiene un lugar preferente por ser elemento clave del patrimonio cultural.

DCJA 75/2006 pár. 30 a 38

CAPÍTULO VI

ÁREAS

1. SEDES

[...] el artículo 4 EAPV, el cual requiere Ley para la designación de sede de las instituciones comunes.

La Comisión interpreta que la previsión estatutaria no se encuentra agotada por la Ley 1/1980, de 23 de mayo, de Sede de las Instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco, habiendo lugar a sedes diferentes a la de Vitoria-Gasteiz que allí se establece, pero el texto estatutario es claro al exigir para ello precisamente Ley del Parlamento Vasco.

La determinación de sedes (tradicionalmente, capitales) **presenta una importancia política reconocida por el ordenamiento;** así, el artículo 147.2.c) de la Constitución literalmente ubica tal señalamiento en el propio Estatuto de Autonomía, y para el Estado la señala expresamente en su artículo 5) que **impide deslegalizarla no ya a favor de un departamento, sino ni siquiera del Gobierno.**

> [...] sólo una Ley puede excepcionar, siempre y cuando exista una justificación suficiente para ello, lo establecido en la Ley de Sedes (párrafo 44). Por lo tanto, no puede d[e]ferirse a órgano ejecutivo alguno la determinación de la sede, y, a su vez, el silencio de la Ley supondría la imposibilidad de fijar luego una sede distinta.

[...] obviamente, esto no impide [...] que para atender debidamente las necesidades reales que se encomiendan, [...] disponga de cuantos órganos o servicios técnicos desconcentrados [...] demande el interés general y que se les dé la dimensión que sea precisa en cada Territorio Histórico.

DCJA 69/2006 pár. 49 a 52

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Órganos colegiados

La presencia de la LRJPAC entre el grupo normativo del proyecto –de cuya aplicación se hace eco expreso (Disposición final primera)–, recomienda recordar el criterio que mantiene la Comisión al respecto de su interrelación con las normas autonómicas de naturaleza organizativa, recogido en el DCJA 60/2003 (p. 22 a 25):

> [...] llamada a la Ley 30/1992 que queremos aclarar con ánimo colaborador con los tramitadores del proyecto que dictaminamos y de otros futuros. Recordamos que dicha Ley presenta, respecto a los órganos colegiados (capítulo II del título II a que se hace referencia en el proyecto), contenidos de dos naturalezas distintas, distinguidas por la STC 50/1999: no básica (artículos 23; 24; 25.2 y 3 y 27.2, 3 y 5) y básica (lo restante).
>
> Pues bien, respecto a los **preceptos de carácter básico** no cabe señalar su aplicación subordinada incluso a reglamentos internos, sino que su fuerza de obligar, aunque con carácter básico, surge por sí misma.
>
> En cuanto al **contenido no básico,** el normador autonómico puede adoptar, de principio, tres posiciones: *(i)* regular la cuestión con normas propias y más o menos distintas de aquél, *(ii)* asumir su contenido activa y directamente (con la subordinación a otras normas autonómicas, o acuerdos del propio órgano, que se desee), mediante la técnica de la remisión normativa, o *(iii)* prescindir de aquél contenido.
>
> Esta última postura, omitir toda referencia al contenido no básico, no supondría una laguna normativa típica, pues nos encontramos en un ámbito orgánico y funcional en el que los mecanismos de integración por parte de los propios órganos, a través de actos y disposiciones internos, en ejercicio de su autonomía y sin necesidad de ejercer potestad legislativa o reglamentaria, pueden agotar la variedad de situaciones que se puedan plantear.

DCJA 85/2006 pár. 46

B) Función inspectora

Cumple a la Comisión recordar que **las personas que pueden llevar a cabo la función inspectora** (en el sentido amplio de funciones de inspección, vigilancia y control) de la actividad de unas empresas –como prevé el precepto– **deben tener carácter de autoridad pública.** Y, como señaló en su DCJA 84/2002, «... los inspectores de la Administración pública pueden tener el carácter de autoridad pública por su calidad de funcionarios (art. 137.3 de la Ley 30/1992 LRJPAC en relación con el art. 19.2.c] de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca)».

DCJA 63/2006 pár. 74

C) Autorizaciones y acreditaciones

Ha de tenerse presente que el principio de proporcionalidad que rige el ordenamiento comunitario [v.g.: considerando 16 y artículo 7 Reglamento 178/2002 (CE)] resulta también aplicable en nuestro ordenamiento interno, regido asimismo por el principio de libertad lo que, a lo que aquí interesa, conlleva que **el establecimiento de una autorización como la propuesta cuente con una previsión legal que lo respalde** y que su otorgamiento o denegación, como corresponde a un acto reglado, descanse en la previa fijación normativa de los requisitos que aquél debe aplicar, sin perjuicio de que en dicha determinación quepa dejar un margen de discrecionalidad al órgano competente pero siempre como facultad de concretar en el caso la concurrencia de alguno de tales requisitos.

DCJA 121/2006 pár. 115

[...] Efectivamente, es usual que cuando se somete a licencia cualquier actividad —siendo paradigmática la licencia de obras municipal—, por eficacia administrativa, se excluyan de la necesidad de la misma algunas que por su escasa entidad no tienen incidencia significativa en el bien jurídico que se pretende proteger al establecer ese requisito.

Ha sido usual cambiar para estos casos el régimen del silencio administrativo, regulando su carácter positivo o estimatorio. Más modernamente se esta implantando, como fórmula más adecuada por ser más ágil, que esas actuaciones se sometan a la **obligación de previa comunicación a la administración competente**, que así puede ejercer un control sobre las mismas, en concreto, en el caso que analizamos el departamento competente podrá comprobar si la ampliación o traslado que se pretende se sujeta a las condiciones de exclusión y si existe superficie libre en la comarca, además de poder incorporar esos cambios en la información de que dispone.

Sin embargo, se observa que el Decreto 58/2001 contiene un procedimiento para la tramitación de las licencias y no hay en el Decreto ni en la Ley regulación alguna sobre la tramitación y consecuencias de esas comunicaciones. Por tanto, si se mantiene esa opción, será necesario definir el régimen jurídico de esa obligación de comunicación, estableciendo un procedimiento y sus consecuencias, con detalle del momento en que se ha de realizar, documentación que se debe acompañar, plazos y demás precisiones que se considere preciso incorporar para otorgar suficiente seguridad jurídica a los particulares interesados.

DCJA 98/2006 pár. 47 a 49

Dado que la iniciativa [Decreto por el que establece el **sistema de acreditación de entidades de investigación y recuperación de la calidad del suelo** y se determina el contenido y el alcance de las investigaciones de la calidad del suelo a realizar por dichas entidades] —según lo dicho— afecta al desarrollo de una actividad empresarial,

la regulación no sólo ha de ser igual para todas las entidades (evitando la discriminación por origen) sino que su contenido debe asimismo tener en cuenta las exigencias que derivan del principio de libre circulación de servicios.

En esta perspectiva parece necesario contemplar, en los términos que el órgano redactor de la iniciativa estime más adecuados, la situación de aquellas entidades que puedan tener reconocida la capacidad para desarrollar todas o algunas de las actuaciones previstas en el artículo 3.1 de la norma proyectada de acuerdo con otras normativas (entidades reconocidas en otros países de la UE).

DCJA 63/2006 pár. 60 y 61

D) Entidades vinculadas o dependientes

[...] conforme a la regla general de la Ley de Patrimonio de Euskadi, aplicable a los entes públicos de derecho privado, a éstos **se les reconocen facultades de administración y gestión, pero todos sus bienes forman parte del Patrimonio de Euskadi** (artículo 2 de la Ley 14/1983), con la excepción de los señalados en el artículo 44.2 de dicha Ley.

En consecuencia, si la previsión que pretende la norma es la de contar con un patrimonio propio y, por lo tanto, apartarse del régimen general, se debería hacer una mención expresa en la norma que aleje cualquier tipo de duda al respecto.

En cuanto a la adscripción de bienes y medios materiales, que conferirá las facultades de gestión y administración de bienes no reservadas a otros órganos, señalar que no sólo la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (artículos 1.2.a] y 2.2) ha establecido un modelo con cierta regulación en el nivel de las leyes, sino que cualquiera que sea el instrumento que se dedique a ello habrá de respetar las normas generales establecidas en otras disposiciones con rango de Ley autonómica, mientras otra Ley (el anteproyecto podría ser lugar para ello, pero no lo hace) no las excepcione expresa y fundadamente y, por supuesto, la normativa básica del Estado, con especial relevancia en este caso la de contratación de las Administraciones Públicas.

DCJA 69/2006 pár. 57 a 59

Véase también DCJA 31/2006 pár. 101 a 107

[...] **debe ser,** en su caso, **la Ley la que establezca las líneas maestras del régimen del ente,** ha de ser ésta **la que contenga las especificidades necesarias** para que dicho régimen contenga las previsiones necesarias para garantizar el cumplimiento de los objetivos que motivan su creación, en términos de eficacia razonable.

DCJA 69/2006 pár. 38

E) Administración Corporativa

La previsión de una corporación de derecho público como la que se pretende crear con el Anteproyecto, en la que además se integrarán todos los operadores que produzcan, elaboren, almacenen, comercialicen e importen los productos previstos en el Reglamento (CEE) 2092/199, debe superar las exigencias de orden constitucional establecidas en torno al citado artículo 52 CE.

Conviene recordar, con arreglo a doctrina constitucional (por todas STC 132/1989, referido a **Cámaras Agrarias),** que las exigencias de libertad que se derivan de los artículos 1.1 y 22 CE no excluyen la intervención del poder público, que puede producirse en formas diversas, entre las que además de acudir a asociaciones privadas libremente constituidas para encomendarles el ejercicio de funciones públicas, puede crear específicamente agrupaciones de base privada para ejercer esas mismas funciones, como son el caso de los Colegios Profesionales, las Cámaras Agrarias u organizaciones de otro tipo (STC 132/1989, FJ 6).

En estas últimas fórmulas cobra importancia la decisión de los poderes públicos sin que exista en rigor un pacto asociativo original, ni tampoco una opción a favor de fines o intereses libremente determinados, ya que el objeto de esas agrupaciones vendría definido por los intereses públicos para cuya defensa fueron creadas. La STC 67/1985 recuerda en ese sentido la inexistencia de un derecho a constituir asociaciones para el ejercicio de funciones públicas.

Los límites derivados del principio de libertad del artículo 22.1 CE para el legislador tanto externos –indebida concurrencia con las asociaciones fundadas en la autonomía de la voluntad– como internos –derecho de no asociarse– a fin de justificar el recurso a la integración forzosa en una agrupación de base asociativa vendrá determinada por disposiciones constitucionales o, a falta de ellas, por la relevancia de los fines públicos que persigan y cuya consecución la CE encomiende a los poderes públicos, que se hará admisible cuando venga determinada por la relevancia del fin público que se persigue o por la imposibilidad o dificultad de obtenerlo sin recurrir a la adscripción forzada a un ente corporativo (STC 132/1989, FJ 7).

Cobrarán trascendencia en la apreciación de estos requisitos los fines y las funciones para cuyo logro se pretende crear el ente corporativo.

Es esta caracterización la que ha suscitado una importante controversia sobre las corporaciones de derecho público, con motivo de la obligación de afiliarse o de contribuir a su sostenimiento con las que con frecuencia la Ley las ha caracterizado, controversia que ha girado en torno a su compatibilidad o no con la vertiente negativa del derecho fundamental de libertad de asociación reconocido por el artículo 22 CE, y que ha dado lugar a una copiosa **doctrina constitucional** (SSTC 67/1985, 132/1989, 139/1989, 113/1994, 179/1996, 107/1996 y 11/2002) que puede resumirse en tres ideas:

a) **El recurso a la fórmula corporativa debe ser excepcional,** siempre que se justifique en cada caso, sin que pueda convertirse en regla general lo que sería incompatible con los presupuestos de un Estado social y democrático de Derecho.

b) **Debe garantizarse el respeto a la libertad positiva de crear asociaciones privadas en ese ámbito,** sin que puedan suponer obstáculos o dificultades a su libre creación y funcionamiento.

c) **La adscripción obligatoria a estas Corporaciones debe encontrar suficiente justificación,** ya sea en disposiciones constitucionales, ya sea en las características de los fines de interés público que persigan, de las que resulte, cuando menos la dificultad de obtener tales fines sin recurrir a la adscripción forzosa a un ente corporativo.

DCJA 9/2006 pár. 72 a 77

En efecto, mientras este último [art. 29.4 de la Ley 18/1997 de ejercicio de profesiones tituladas y de **colegios y consejos profesionales**] establece que la **personalidad jurídica** de los colegios se adquiere desde la entrada en vigor de su Ley de creación y pospone la adquisición de **capacidad de obrar** a la constitución de los respectivos órganos de gobierno, el artículo 1.2 del anteproyecto de ley de creación del Colegio de Logopedas del País Vasco localiza en tal constitución tanto el nacimiento de la personalidad jurídica como la adquisición de la capacidad de obrar.

A criterio de la Comisión, la regulación del anteproyecto es la más lógica y así lo expuso en sus DDCJA 30/2000, 107/2000 y 55/2003.

Ahora bien, ello no es óbice para advertir que si bien en el plano estrictamente jurídico nada impide que una Ley puntual de creación de un colegio profesional modifique la Ley cabecera que regula los colegios profesionales en general y el ejercicio de profesiones tituladas, razones de seguridad jurídica, entre las que se incluyen la ordenada y clara configuración normativa de los distintos sectores de la realidad como elemento de certeza del Derecho, hacen conveniente que tratándose de una regulación que afecta al colegio profesional como institución ésta fuera abordada en la Ley cabecera general.

En definitiva, la Comisión considera oportuno insistir, en aras de la seguridad jurídica, en la conveniencia de que por parte del órgano impulsor de la iniciativa y previos los estudios y trámites necesarios se proponga la modificación del artículo 29.4 de la Ley 18/1997 en la línea prevista en el precepto analizado, otorgando así un alcance general a la regulación de que se trata.

DCJA 6/2006 pár. 27 a 30

3. ASOCIACIONES

A) Derecho de asociación (artículo 22 CE)

Al describir los contornos del derecho de asociación que reconoce el artículo 22 CE, tomamos en consideración las opiniones de la doctrina científica pero sobre todo —como es obligado en los Dictámenes de esta Comisión—, la doctrina constitucional elaborada al hilo del citado precepto constitucional, siendo la nuestra una finalidad limitada porque la descripción (y consecuente delimitación) no persigue —por exceder el objeto de este Dictamen— la realización de un estudio doctrinal acabado sobre el derecho de asociación, sino únicamente apuntar el bagaje teórico que nos servirá para examinar el concreto texto que se somete a consulta y proporcionar adecuado fundamento a las reflexiones y consideraciones que su análisis ha merecido a esta Comisión.

Hecha esta inicial precisión, ya en el examen del artículo 22 CE, como es sabido, la Constitución garantiza el derecho de asociación y con ello los principios de libertad de creación y funcionamiento, sin otros límites que los establecidos en los apartados 2 y 5 del precepto constitucional.

El **reconocimiento constitucional del derecho de asociación** supone así la confirmación —y subsiguiente garantía— de la libertad que tienen los ciudadanos para fundar y participar en asociaciones; derecho que se traduce en la libre elección de los fines asociativos, así como en la disponibilidad de organizarse libremente, sin otro tipo de condicionamientos que los dimanantes de los límites mismos que al efecto prevea el ordenamiento jurídico.

Como ha venido a reconocer la doctrina científica, la plasmación constitucional del derecho fundamental se realiza por el constituyente de una manera muy amplia, con una evidente preocupación por establecer los casos y circunstancias que habilitan a los poderes públicos para intervenir en el ejercicio del derecho fundamental, tal y como resulta del apartado 3 (la inscripción lo es a los solos efectos de la publicidad) y del apartado 4 que reserva en exclusiva al poder judicial la intervención (incluso temporal de las asociaciones) y su disolución, constitucionalizando de esta manera «una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales» (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 3).

En efecto, en clara reacción a las amplias facultades que la Administración tenía en la normativa preconstitucional (la Ley de Asociaciones de 1964), el artículo 22 en su apartado 4 priva a las administraciones públicas de cualquier potestad en relación a la intervención o suspensión en las actividades de la asociación o a su disolución y atribuye en exclusiva a los Tribunales tales facultades.

El derecho de asociación, por tanto, está configurado como una de las libertades públicas capitales de la persona, teniendo su fundamento en el principio de libertad.

Resulta, así, un componente esencial de las democracias pluralistas, pues sin dicha libertad en nuestros días no parece viable dicho sistema, del que constituye, en definitiva, uno de sus elementos estructurales como ingrediente del Estado Social de Derecho, que configura nuestra Constitución y, por su propia naturaleza, repele cualquier interferencia de los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional de forma reiterada (entre otras, STC 5/1981, de 13 de febrero; STC 67/1985, de 24 de mayo o STC 179/1994, de 16 de junio) viene señalando que el **contenido fundamental de ese derecho se manifiesta en tres dimensiones o facetas complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas.** Junto a este triple contenido, el derecho de asociación tiene también —STC 56/1995—, **una cuarta dimensión, esta vez «inter privatos»,** que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan o, en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse.

Sin separarnos del ánimo sintético que preside estas consideraciones, en la descripción de cada una de las vertientes señaladas, cabe recordar brevemente que **la libertad positiva** se traduce en «el derecho a fundar y participar en la asociación desarrollando la actividad necesaria y conveniente al logro de los fines lícitos en atención a los cuales se constituye» (entre otras muchas; STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 6).

Dicha libertad alude, por tanto, a la posibilidad de crear asociaciones (sin necesidad de autorización previa) y a la incorporación a las existentes, de acuerdo con las normas estatutarias.

Por su parte, en cuanto a la **libertad negativa o derecho a no asociarse,** aunque el artículo 22 CE no se refiere expresamente a esa dimensión o manifestación negativa de la libertad de asociación, la jurisprudencia constitucional bien temprano (STC 5/1981 FJ 19) advirtió que la no obligatoriedad de asociarse es correlativa al derecho mismo de asociación ya que dicho derecho se asienta en el presupuesto de la libertad y viene a garantizar un ámbito de autonomía personal, que se vería desconocido si se limitara sólo a su aspecto positivo.

La doctrina constitucional sobre la faceta negativa del derecho (entre otras, SSTC 45/1982, 67/1985, 89/1989, 131/1989, 132/1989 y 183/1989) se ha construido básicamente al hilo del examen de la posibilidad de crear por el Estado entes de estructura asociativa para conseguir determinados fines. Y, en esta perspectiva, la libertad de no asociarse aparece como una garantía adicional frente al peligro del dominio por el Estado de las fuerzas sociales a través de la creación de corporaciones o asociaciones coactivas. La dimensión negativa hace que la adscripción obligatoria haya de ser considerada como un mecanismo excepcional que exige una justificación suficiente (bien en disposiciones constitucionales, bien en las características de los fines públicos que se persigan).

En cuanto a la dimensión referida a la **libertad organizativa y de funcionamiento,** resulta asimismo irradiación del principio de libertad que rige el reconocimiento constitucional del derecho y excluye cualquier tipo de tutela administrativa, erigiendo como fuente primaria de regulación de la vida asociativa las normas que hayan acordado los socios, siempre que no contradigan normas imperativas o de derecho necesario («...el primer límite intrínseco de este derecho lo marca el principio de legalidad en cuya virtud los Estatutos sociales, como ejercicio de la potestad de autonomía han de acomodarse no sólo a la Constitución, sino también a las Leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho lo desarrollen o lo regulen», STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2).

La prohibición de injerencia de los poderes públicos —o, en otra formulación, la obligada neutralidad de éstos— respecto de las asociaciones creadas para la consecución de fines lícitos, se proyecta sobre todos los poderes públicos e incluso tiene efectos respecto del control que puede realizar el poder judicial.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 218/1988, de 22 de noviembre —auténtico «leading case», en opinión de la doctrina)— también el grado de intensidad de la revisión judicial de una medida acordada por la asociación se encuentra limitada, en tanto el juez no puede prescindir de la valoración realizada por los órganos de la asociación. El juez se ceñirá a «verificar si se han dado las circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios... dejando el juicio sobre dichas circunstancias a los órganos directivos de la asociación» (FJ 1.º). Esta línea se confirma en los AATC 213/1991, de 4 de julio y 2/1993, de 11 de enero y en la STC 56/1995, de 6 de marzo, en la que el Tribunal vuelve a insistir en las limitaciones que de la autonomía asociativa derivan para el control jurisdiccional que resulta «...menos intenso en los aspectos sustantivos que en los procedimentales...» debiendo ceñirse a «...determinar si la decisión carece de toda razonabilidad a la luz de las disposiciones legales y estatutarias aplicables» (FJ 4).

Debe asimismo recordarse que, si bien **la libertad positiva y la negativa tienen una dimensión individual, la autonomía o la potestad autárquica para organizarse como asociación** —en palabras del Tribunal Constitucional, STC 104/1999, de 14 de junio— **tiene una dimensión colectiva** y es por ello la asociación la que ostenta la titularidad del derecho.

En efecto, como resalta la doctrina científica, la libertad de asociación del artículo 22 CE tiene un carácter bifronte: por un lado, se encuentra la dimensión colectiva o institucional (la asociación es titular del derecho) y la dimensión individual (el socio es también titular del derecho), por otro. Ambas dimensiones son inescindibles y, en ocasiones, pueden generar conflictos de intereses, en cuanto la tutela de los derechos del grupo incide en la que corresponde a la protección de los derechos del socio (tal y como evidencian, entre otras la ya citada STC 218/1998, de 22 de noviembre, o las SSTC 56/1995, de 6 de marzo, y 104/1999, de 14 de junio).

En este examen del contenido constitucional, conviene asimismo retener que **el límite atinente a la prohibición de las «injerencias indebidas de los poderes públicos**

en el ámbito de derecho de asociación», se articula tradicionalmente **como derecho de defensa** y se traduce en la exigencia de que los poderes públicos no interfieran ilícitamente en la esfera de libertad que encierra el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación.

Para delimitar la esfera de libertad protegida por el derecho de asociación, hemos de atender —como siempre que se trata de los derechos fundamentales— a la jurisprudencia emanada del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales —cuyo artículo 11.1 consagra la libertad de asociación— y que, en virtud del artículo 10.2 CE, «se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo II del Título I de nuestra Constitución» (STC 36/1991 F J 5). Dicho límite se traduce, así, en un deber de no injerencia, pero no integra el desarrollo por el Estado de una actuación positiva dirigida a posibilitar que las asociaciones cumplan sus fines. En suma, el derecho a conseguir dichos objetivos no integra el derecho del citado artículo 11 (ATC 162/1995, de 6 de junio).

Se trata, por tanto, de un **límite negativo que no comprende el desarrollo por el Estado de acciones positivas a fin de proveer a las asociaciones privadas de medios especiales para perseguir sus objetivos.** Esta actividad queda en manos del legislador ordinario que podrá libremente acordar su establecimiento así como su supresión y establecer a las potenciales asociaciones beneficiarias determinados condicionantes de cuyo cumplimiento dependa el disfrute de la actividad promocional asumida por el Estado, siempre claro está con respeto al contenido mismo del derecho fundamental.

En cuanto a la **cuarta dimensión (la faceta inter privatos del derecho), la doctrina constitucional viene reiterando que garantiza un haz de facultades a los asociados, considerados individualmente**, frente a las asociaciones a las que pertenecen o en su caso, a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse.

Esta última vertiente es el denominado «Drittwirkung de derechos fundamentales» —noción acuñada por la jurisprudencia y doctrinas constitucional y civil alemanas— que alude a la vigencia de derechos fundamentales entre ciudadanos en el tráfico jurídico privado. Y, atendidos los contornos del derecho de asociación, no es difícil incluir a este derecho fundamental entre los que pueden tener efectos entre los sujetos privados, esencialmente —como adveran algunas de las sentencias citadas— cuando de la admisión o rechazo de socios se trata o cuando se produce la separación de los socios con ocasión de la aplicación de las normas estatutarias por los órganos de la asociación.

En este acercamiento a las pautas constitucionales de reconocimiento del derecho de asociación, descrito el contenido del derecho, la siguiente cuestión que debe centrar nuestra atención es la atinente al deslinde del tipo o tipos asociativos a que se refiere o sobre los que se proyecta el meritado precepto constitucional.

[...] En efecto, como ya hemos apuntado, esencialmente al hilo del examen de la denominada faceta negativa del derecho, el Tribunal Constitucional ha dicho **que el derecho del artículo 22 CE no incluye a aquellas estructuras organizativas que aunque responden a una unión estable y permanente de personas para la prosecución de fines lícitos, no son el resultado de un pacto asociativo sino de una decisión de los poderes públicos.** Como consecuencia de ello, estas agrupaciones de tipo corporativo y de creación legal no pueden incardinarse (pese a contar con una «base asociativa» en el sentido señalado), sin profundas modulaciones, en el ámbito del artículo 22 CE.

Tal disección es asimismo realizada por la doctrina atendiendo al elemento teleológico, señalando que el derecho fundamental del artículo 22 CE no comprende al derecho a crear asociaciones con fines públicos.

Y es que el examen del componente teleológico del fenómeno asociativo se revela esencial en el examen del derecho del artículo 22 CE. En primer término, porque el mismo sirve al constituyente para establecer un límite claro: son ilegales las asociaciones «que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito» (artículo 22.2 CE) y están prohibidas las «asociaciones secretas y las de carácter militar» (artículo 22.5 CE), pero también, porque el examen de los fines de las asociaciones permite profundizar en la disección del contenido del derecho.

Así, al margen de los fines ilícitos, la asociación del artículo 22 CE se refiere a la unión de personas (*universitas personarum*) de carácter estable, realizada de forma libre y voluntaria, sin injerencia de poder alguno que se constituye para alcanzar unos fines determinados (STC 104/1999, de 14 de junio) que no son lucrativos, o como prefiere enunciar el límite cierta doctrina, **aquél derecho no comprende con plenitud a las entidades de base asociativa cuyo objeto es principalmente económico,** por no integrar el ámbito natural del derecho de asociación del artículo 22 CE.

[...] Ahora bien, la exclusión que analizamos no evita que el artículo 22 CE pueda tener proyección sobre tales entidades, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, «...el derecho de asociación "sólo podrá invocarse en aquellos casos en que realmente apareciese vulnerado el contenido de ese derecho", ya que en el caso de las sociedades mercantiles y, en particular, en el de las sociedades de capitales, predominan, frente a las relaciones derivadas de la unión de personas, las nacidas de la unión de capitales; por lo que, sin excluir la posibilidad de que en ciertos casos pueda producirse una lesión del derecho de asociación respecto a este tipo de sociedades "es necesario plantear en cada supuesto si el derecho de que se trata y que se entiende lesionado es efectivamente de naturaleza asociativa (STC 23/1987, FJ 6)" —STC 96/1994, de 21 de marzo (FJ 2)— o, por el contrario, tiene otra dimensión, vgr. el "carácter preferentemente económico", a que se refieren otros pronunciamientos del Alto Tribunal».

Acotado el ámbito del fenómeno asociativo sobre el que se proyecta con plenitud el **artículo 22 CE,** debe asimismo retenerse que, como hemos señalado, éste **«...contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación**

que regula el artículo mencionado se refiere a un género —la asociación— dentro del que caben modalidades específicas» (STC 67/1985, de 24 de mayo, FJ 3).

Tales modalidades son en algunos casos objeto de tratamiento específico en el propio Texto Constitucional, así, las denominadas asociaciones de relevancia constitucional:

a) Los partidos políticos «...son, sin duda, asociaciones que poseen unas características e incluso una naturaleza propias y específicas». Sin embargo, esta indudable especificidad, no es incompatible con la constatación reiterada por este Tribunal desde la STC 3/1981 en el sentido de que «un partido político es una forma particular de asociación y el citado art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». «Los partidos políticos se incluyen bajo la protección de este art. 22 cuyo contenido conforma también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos (STC 85/1986)» (STC 56/1995, de 6 de marzo). Ahora bien, «...en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta la especificidad de esas funciones» (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 6).

b) Los sindicatos (artículos 7 y 28 CE), si bien en este caso, de acuerdo con la doctrina constitucional, el derecho de asociación (art. 22 CE) que se concreta en el denominado asociacionismo sindical se encuentra subsumido, al quedar por ella protegido, en la libertad sindical (por todas, STC 116/2001, de 21 de mayo, reproducida en ATC 241/2004, de 6 de julio).

c) Las asociaciones empresariales (artículo 7 CE), «...la Constitución impone que su creación y funcionamiento sean libres (art. 7) y ello lo garantiza al máximo nivel, si no en virtud del art. 28.1, sí en aplicación de la más genérica libertad de asociación protegida en el art. 22. En aplicación de los arts. 7 y 22 CE, es preciso concluir que la Constitución garantiza a las organizaciones empresariales un ámbito de inmunidad frente a la actuación de los poderes públicos» (entre otras, STC 75/1992, de 14 de mayo).

d) Las confesiones religiosas (artículo 16 CE), encuentran cobertura constitucional en el derecho de asociación y en el derecho de libertad religiosa y de culto lo que da sentido y razón a su régimen jurídico específico.

En otros casos, ha sido la práctica legislativa postconstitucional la que ha ido conformando una normativa específica para determinados tipos asociativos, sin perjuicio de su reconducción al ámbito del artículo 22 CE (sin ánimo exhaustivo, las asociaciones de consumidores y usuarios, las asociaciones de vecinos, las asociaciones deportivas, etc.).

Recapitulando lo hasta aquí señalado el derecho de asociación del artículo 22 CE es un derecho que se proyecta sobre la unión de personas, estable y con vocación de permanencia que, libre y voluntariamente, formalizan el acuerdo asociativo, sin intervención

de los poderes públicos, eligiendo unos fines lícitos (no lucrativos) a cuya consecución se endereza su actividad y dotándose para ello de la organización y las reglas de funcionamiento necesarias. Se trata de un derecho de libertad que incluye el derecho a constituir asociaciones —ámbito de libertad individual— aunque de ejercicio colectivo, que se extiende asimismo al derecho a ingresar y a participar en asociaciones constituidas, también de carácter individual, como el de no asociarse o el de separarse voluntariamente de la asociación a la que se pertenecía. Junto a ello, y de forma inescindible, aquél integra el derecho —de titularidad y ejercicio colectivo— de los socios a autoorganizarse y funcionar desenvolviendo la actividad asociativa para el logro de los fines libremente escogidos, sin sometimiento a autorización previa y sin injerencias de los poderes públicos, reservándose constitucionalmente su disolución y suspensión a los tribunales.

DCJA 17/2006 pár. 29 a 62

B) Régimen jurídico de las inscripciones

La denegación «cuando no se reúnan los requisitos sustanciales» reclama un examen detenido.

Ya hemos señalado que el artículo 22.4 CE priva a las administraciones públicas de cualquier potestad en relación a la intervención o suspensión en las actividades de la asociación o a su disolución y atribuye en exclusiva a los Tribunales tales facultades (precepto que la doctrina interpreta como una clara reacción a las amplias facultades que la Administración tenía en la normativa preconstitucional —Ley de Asociaciones de 1964—).

Esa prevención respecto de los poderes públicos y, en concreto, sobre la Administración se advierte asimismo en la concepción de la inscripción con una dimensión puramente declarativa, al adquirir la asociación su personalidad jurídica mediante el pacto fundacional que expresa la libre voluntad de los asociados.

La LODA, según lo expuesto, ha confirmado dicha concepción, tal y como se deduce sin duda de los artículos 5.2 y 10.1 LODA en cuya virtud «El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10» que, tras reiterar la previsión del artículo 22.3 CE, determina que las asociaciones deberán inscribirse en un registro «a los solos efectos de publicidad», añadiendo que la inscripción hace pública la constitución y los Estatutos de las asociaciones y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros.

La doctrina constitucional es clara al resaltar la importancia de la función registral desde la perspectiva del propio derecho fundamental, ya que la STC 219/2001 declara

que «la inscripción no es sólo una carga de la asociación ya creada, sino también una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Se trata, de una prestación administrativa cuya realización defectuosa o denegación infundada o arbitraria, puede lesionar el derecho de asociación» (por todas; STC 291/1993).

Por ello, para encontrar la formulación del régimen de inscripción deben estudiarse detenidamente los límites a los que debe ajustarse la función de la Administración, o más exactamente, del encargado del registro.

La temprana doctrina del Tribunal Constitucional (STC 3/1981, de 2 de febrero), precisamente al examinar el ámbito de la función registral en relación con la denegación de inscripción de un partido político, ya advirtió que el encargado del Registro «...no tiene más funciones que las de verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si reúne los requisitos formales necesarios. La verificación ha de hacerse al presentarse la documentación, que es cuando se inicia el expediente. Si se encontrasen defectos formales, éstos deben comunicarse a los solicitantes señalando en forma concreta cuáles son y en qué plazo han de subsanarse, sin que pueda la Administración señalar tales defectos pasado el plazo de veinte días en que ha de proceder a la inscripción, plazo que es preclusivo, pues a su expiración el partido adquiere la personalidad jurídica *ex lege*». (FJ 5).

En la STC 85/1986 se reiteró que la operación de registro es el presupuesto para el eventual control del partido, pero no la ocasión para el mismo. Sólo es constitucionalmente admisible con el alcance de un control formal externo y de naturaleza estrictamente reglada.

Es cierto que en la STC 291/1993, donde la asociación no era ya un partido político, se introdujo algún matiz en el sentido de que «no en todo caso resultará obligada la inscripción y que además, podrá requerirse, antes de hacerla, la reparación de posibles defectos subsanables o incluso rechazarse la inscripción pedida», pero tal matización se hizo sobre la premisa de la «interdicción del control material de la Administración» y para afirmar que la inscripción es debida respecto de las asociaciones constituidas al amparo del artículo 22 CE. Doctrina que confirma la STC 219/2001, de 31 de octubre: «por tanto, la denegación de la inscripción será lícita siempre que se refiera a una asociación no amparada por el artículo 22 CE».

En el mismo sentido la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo da también pautas interpretativas acerca de los límites de la función registral, habiendo considerado que «sólo el Poder judicial y no la Administración puede resolver sobre la validez o nulidad de las cláusulas de sus Estatutos» y que «la autoridad encargada del registro no pueda efectuar más que un control de la apariencia externa de legalidad del documento o documentos que contienen los datos que han de ser publicados, verificando, tan sólo, si quien los presenta ostenta poderes de representación de la asociación que

le faculten para ello y si reflejan o dan cuenta de un acuerdo de ésta sobre datos que deban ser objeto de publicidad registral» (SSTS de 8 de junio de 2004-Arz. 4782, de 25 de enero de 2005-Arz. 1936 y de 16 de marzo de 2005-Arz. 3876).

Del examen de la doctrina constitucional y jurisprudencial señalada, la Comisión considera que el artículo 39 del anteproyecto es correcto, salvo su apartado 2, en cuanto admite la denegación de la inscripción «cuando no se reúnan los requisitos sustanciales establecidos en esta Ley».

Esta consideración se realiza al entender que la dicción literal del precepto no permite una interpretación conforme con las exigencias constitucionales ex artículo 22 CE, ya que la expresión «requisitos sustanciales establecidos en esta Ley » se contiene en el mismo precepto que a continuación (apartado 3) se refiere a los «requisitos formales en la solicitud o documentación que le acompaña», lo que hace que lo sustancial (como señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua) sea aquí aquello que constituye lo esencial y más importante de algo, abriendo así la incertidumbre (constitucionalmente vedada) sobre las facultades del registrador, que parece poder superar el control o examen puramente formal o externo del Acta y de los Estatutos y adentrarse en un control o examen de fondo de los mismos.

[...] En ese tratamiento es preciso tener en cuenta que, como ya hemos dicho, la inscripción no tiene carácter constitutivo, sólo se contempla a efectos de publicidad, porque con el otorgamiento del acta de constitución la asociación adquirirá su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar (artículo 5). Ahora bien, la inscripción tiene importantes consecuencias, porque hace pública la constitución y los Estatutos «y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros» (artículo 10.2).

Como ha dicho la doctrina más autorizada **la inscripción no tiene por finalidad limitar el ejercicio del derecho, lo que está en juego, sencillamente, es la garantía misma de la seguridad del tráfico jurídico y el régimen de responsabilidad de la asociación.** Seguridad que viene a garantizar la publicidad registral, por cuanto, siendo la personalidad jurídica una mera creación del derecho, a fin de regular las relaciones de un colectivo con terceros, cuya buena fe debe quedar protegida, la existencia fehaciente de esa personalidad se acredita ante todo mediante la publicidad que otorga un registro público.

DCJA 17/2006 pár. 210 a 221, 358 y 359

C) Estatutos

Interesa ahora detenerse en la Disposición Transitoria Única cuyo tenor literal es el siguiente: «Las asociaciones constituidas antes de la entrada en vigor de la presente

Ley que se rijan por Estatutos que contengan cláusulas contrarias a ella, **deberán modificar sus Estatutos para adaptarlos a la nueva norma** en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo sin llevarse a cabo dicha adaptación, quedarán sin efecto las disposiciones estatutarias contrarias a esta Ley».

En principio, tras la entrada en vigor de la LODA (26.05.2002), la nueva Ley no parece aportar una cambio sustantivo en el régimen jurídico de las asociaciones (al margen de la modificación del régimen específico de las de utilidad pública) que pudiera llegar a colocar determinadas previsiones estatutarias fuera del ordenamiento jurídico por la entrada en vigor del nuevo texto legal. Al contrario, la nueva Ley, sobre todo en materia organizativa, concede a los estatutos un margen mayor. Ello, no obstante, partiendo de la necesidad de la regla transitoria, procede realizar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el anteproyecto opta por una fórmula que permite dejar subsistentes a las asociaciones ya constituidas e inscritas, lo cual resulta adecuado, ya que se ha de prestar la máxima potencialidad al derecho de asociación, sin que la entrada en vigor de la Ley pueda interferir en la vida asociativa más allá de lo que resulta imprescindible.

En segundo lugar, el periodo para la adaptación de los estatutos resulta, a nuestra entender, adecuado y suficiente: la situación no ha de prolongarse más de lo que resulte necesario, pues se ha de preservar también la garantía de la seguridad del tráfico jurídico.

Distinta valoración merece, en cambio, la consecuencia que el anteproyecto anuda para el **caso de que transcurra el plazo sin que se haya producido la adaptación:** según el tenor literal del precepto, quedarán sin efecto las disposiciones estatutarias contrarias a la Ley.

La LODA en su Disposición Transitoria 1.ª —dictada al amparo del artículo 149.1.1.ª CE— tras señalar expresamente que las asociaciones inscritas antes de su entrada en vigor quedan sujetas a ésta y conservan su personalidad jurídica y la plenitud de su capacidad, añade «...pero deberán adaptar sus Estatutos en el plazo de dos años», sin precisar efecto alguno al incumplimiento de dicha determinación legal.

Tal silencio parece encontrar sentido en la compleja cuestión de los límites que, para la regulación de las asociaciones del artículo 22 CE, derivan del principio de no injerencia de los poderes públicos en la vida interna de dichas entidades que integra el contenido del derecho. En esta perspectiva la fórmula legal resulta adecuada: serán los jueces los que en cada caso, si los estatutos son impugnados, determinarán y extraerán las consecuencias que sean precisas.

Es cierto, sin embargo, que el tratamiento de esta cuestión no es uniforme en otras normas.

En primer lugar, el normador reglamentario en la Disposición transitoria única —apartado 3— del Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, aprobado mediante Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre (en adelante, Reglamento del Registro), ha entendido necesario establecer una regla específica para las asociaciones que no realicen la adaptación.

Así, ha asimilado a las asociaciones que no adapten sus estatutos en el plazo establecido en la Ley a las no inscritas a los efectos del artículo 10 LODA (responsabilidad solidaria, frente a terceros, de los promotores en todo caso, y de los asociados siempre que hubieren manifestado actuar en nombre de la asociación).

Por su parte, la Disposición Final Primera —apartado 2— de la Ley del Parlamento de Canarias 4/2003, de 28 de febrero, otorga el mismo tratamiento legal —el de las asociaciones no inscritas— a aquellas asociaciones que no procedan a la adaptación de sus estatutos a la misma.

Sin embargo, esta solución, en opinión de la Comisión, suscita dudas a la luz del régimen constitucional del derecho de asociación, en la medida en que la inscripción —según ha quedado expuesto— también integra el contenido del citado derecho.

Esta medida implica a fortiori su baja registral, al perder la protección que dispensa la inscripción, y la misma únicamente parece encontrar fundamento en la idea de que no deben estar inscritas asociaciones cuyos estatutos no se ajusten a la Ley, pero —como hemos razonado— el Registro no otorga esa garantía, porque el órgano administrativo al que se presentan debe abstenerse de calificar su contenido (de acuerdo con la doctrina constitucional, no cabe que la persona encargada del Registro se adentre en la valoración sustantiva de las normas estatutarias para denegar la inscripción).

En esta perspectiva, se constata que la solución transitoria que examinamos viene a la postre a configurar un régimen distinto, a efectos de la garantía inherente a la inscripción, para aquellas asociaciones cuyos estatutos contienen previsiones contrarias a la Ley en función de si están inscritas o si van a inscribirse por primera vez. Mientras las primeras —cuyos estatutos han devenido sobrevenidamente contrarios a la Ley— son «expulsadas» del Registro; las segundas deberán ser inscritas, sin perjuicio de lo que pueda resultar luego de la actividad asociativa (vgr: impugnaciones de los socios) o de las resoluciones judiciales que se puedan adoptar.

Por ello, la Comisión, conforme a lo razonado, estima que la solución del Reglamento del Registro y de la Ley autonómica no resulta satisfactoria.

Hecha la precedente consideración y en orden a la fórmula que plasma el anteproyecto en la Disposición transitoria única, se comprueba que tampoco está exenta de problemas.

La fórmula parece tributaria de la que figura en la disposición transitoria primera de la Ley 3/1988, de 12 de febrero –que ahora se deroga– («quedarán sin efecto las disposiciones estatutarias contrarias a esta Ley que serán suplidas, en caso de laguna, por lo previsto en ella y, en las normas reglamentarias que la desarrollen»). Tal previsión se enuncia citando su expreso fundamento: el artículo 4. b) 1 y 4) de la Ley que proyectan el principio de legalidad en el funcionamiento interno de la asociación.

Ahora bien, sin desconocer la complejidad del supuesto (en el que se advierte la tensión entre el principio de legalidad y los límites que para adentrarse en la vida asociativa derivan del derecho fundamental de asociación), la Comisión entiende necesario advertir que esta solución no se compadece con la establecida en la Disposición Transitoria LODA que –según lo razonado– no anuda consecuencia alguna a la falta de adaptación de las previsiones estatutarias a la nueva Ley.

Y, por otro lado, no debe olvidarse que, tal y como determina la disposición que analizamos, la cesación de efectos de las previsiones estatutarias afectadas deberá ser necesariamente objeto de interpretación, lo que aboca a la asociación y a los terceros que con ella se relacionan a una situación jurídicamente incierta sobre las reglas por las que se rige el funcionamiento de aquélla.

Ello no quiere decir que no quepa inferir de la obligación de adaptación establecida efecto alguno: **una vez vencido el plazo de adaptación los operadores jurídicos podrán operar con la presunción legal de que los estatutos son conformes a la Ley, sin perjuicio de que puedan ser recurridos pronunciándose el Juez competente sobre su validez.** Se constata, así, que las garantías para este supuesto no son diferentes a las que se activan a lo largo de la vida de las asociaciones, esto es, las garantías jurisdiccionales que establece el Capítulo VII LODA y que, a la luz de los artículos 2.5 y 7 2 y 3 LODA permiten depurar las disposiciones estatutarias contrarias al derecho fundamental o que se opongan a las leyes o al resto del ordenamiento jurídico.

DCJA 17/2006 pár. 475 a 494

D) Estructura asociativa

Pues bien, sin negar la competencia del **legislador autonómico,** es de ver que junto a esos límites también tiene que ser consciente de que su intervención **debe ser prudente cuando procede a imponer una determinada estructura asociativa,** pues ha de hacerlo como decía la STC 173/1998 «para preservar bienes constitucionalmente relevantes y siempre que la regulación sea proporcionada a esta finalidad». El Tribunal Constitucional ha declarado, como ya hemos tenido ocasión de recordar inicialmente, que el derecho de asociación tiene también una dimensión estructural-organizativa, porque es un «derecho frente a los poderes públicos en el que sobresale el derecho de autoorganización sin injerencias públicas» (STC 56/1996, FJ 3b).

La naturaleza voluntaria y libre que constituye la esencia de la asociación forzosamente se traduce en una esfera de libertad: han de ser los propios asociados, mediante el pacto asociativo y su libre integración, quienes decidan la estructura organizativa que deseen adoptar. Cuando se interfiere en esa disponibilidad y se les impone un determinado modelo de organización, habrá de justificarse la necesidad del mismo en atención a la consecución de otros fines constitucionales y, además, que los medios sean pertinentes y la restricción sea proporcionada a los fines perseguidos.

DCJA17/2006 pár. 177 y 178

E) Asociaciones de Utilidad Pública

El régimen jurídico que para las Asociaciones de Utilidad Pública establece el anteproyecto tiene algunos contenidos que deben ser examinados detenidamente.

El citado régimen pretende reconocer el papel fundamental que determinadas asociaciones desempeñan en la vida social, siendo esa categoría el instrumento que permite distinguirlas y corresponder, mediante determinadas medidas que tienden a favorecer su actividad, sus aportaciones a la consecución del interés general y el bien común en beneficio de todos.

Ahora bien, no debe soslayarse que **por mucho que la doctrina haya calificado a las asociaciones de utilidad pública como un tertium genus entre las asociaciones jurídico-públicas y jurídico-privadas, aquéllas siguen siendo entidades nacidas al mundo del derecho al amparo del artículo 22 CE,** y en modo alguno dicha calificación permite alterar esa naturaleza.

Y, por ello, resulta de aplicación también a éstas asociaciones el esencial principio de **no injerencia de los poderes públicos.**

Como ha sido expuesto, la expresión máxima de dicho principio se concreta en la reserva constitucional al poder judicial de la suspensión o disolución de las asociaciones, pero la proyección de aquel principio no se limita a dicha previsión [...].

A lo que ahora interesa, el régimen legal de las Asociaciones de Utilidad Pública es reconducible a la categoría de una actividad pública de fomento del asociacionismo.

Y, en el ámbito del fomento por parte de los poderes públicos del fenómeno asociativo, dos son las consideraciones que deben formularse para centrar adecuadamente la cuestión.

En primer lugar, tal y como hemos señalado, los mecanismos de apoyo, fomento y ayuda a las asociaciones que pueda establecer el legislador no forma parte de su con-

tenido esencial: el derecho a una intervención positiva de los poderes públicos por medio de la cual se garantice un más efectivo disfrute del mismo se sitúa extramuros de aquél contenido (ATC 162/1995, de 5 de junio: «En atención a lo expuesto, no puede sino llegarse a la conclusión de que no hay fundamento alguno que autorice a entender que el derecho de asociación consagrado por el art. 22 CE esté investido ya *ex Constitutione* de una dimensión prestacional, en virtud de la cual las asociaciones puedan exigir del Estado que desarrolle cierta actividad ....al objeto de facilitar el cumplimiento de los fines perseguidos por las mismas. Naturalmente, el legislador puede prever la intervención activa de los poderes públicos con la finalidad de lograr la más plena eficacia del derecho fundamental en cuestión; pero los eventuales derechos subjetivos que tales medidas positivas puedan generar en favor de los ciudadanos no integran el contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental, sino que constituyen meros derechos de creación legal. Y, en consecuencia, al legislador corresponde libremente acordar su supresión o, como sucede en el presente caso, imponer a los potenciales beneficiarios determinados condicionantes de cuyo cumplimiento dependa el disfrute de la actividad promocional asumida por el Estado». (FJ 4).).

Ahora bien, de tal doctrina no deriva que la puesta en marcha de medidas de fomento para incentivar el ejercicio del derecho fundamental de asociación no esté sujeta a límites o condicionantes (con especial intensidad, el principio de igualdad). Que la actividad de fomento y el contenido prestacional que incorpora no integre el contenido esencial del derecho no significa que éste no juegue como límite de dicha actividad.

Como señala la doctrina, la actividad de fomento que se proyecta sobre el ejercicio de los derechos fundamentales debe siempre tener presente que los requisitos y exigencias que se establezcan a los destinatarios deben respetar, en primer término, el propio contenido del derecho y, por ello, serán incompatibles con éste las cargas, obligaciones o vinculaciones que excedan de la garantía de que se dará a la ayuda o incentivo su efectivo destino. Las restricciones o la afectación que para el derecho fundamental deriven del régimen de fomento no pueden suponer ni incorporar más cargas que la de garantizar su real y efectivo destino a la actividad para la que se conceden.

Es obvio que el anteproyecto y la regulación sobre las Asociaciones de Utilidad Pública establece el régimen al que debe ajustarse la petición que cursen las Asociaciones que quieran acogerse a esa calificación, ordenación cuyo complemento reglamentario asimismo está previsto por el artículo 44.4 del anteproyecto.

[...] Basta, pues, con la referida constatación para excluir que estemos ante una manifestación del derecho de petición del artículo 29 CE, ya que ese régimen rectamente conduce a que la solicitud en modo alguno encaje con los perfiles del mismo.

Desde una perspectiva sustantiva habría que considerar asimismo que no hay que confundir la existencia de un alto grado de discrecionalidad, como muestran los requisitos que establece el artículo 41 del anteproyecto, y el derecho de petición.

El expediente se instruirá por haberse ejercitado una pretensión legítima y concluirá, una vez seguido el procedimiento de la LRJPAC, mediante una resolución de la que se derivará la declaración o la negativa al reconocimiento con las consecuencias inherentes para la asociación peticionaria, siendo la misma susceptible de enjuiciamiento por los Tribunales.

Cabe añadir, además, para comprender la diferencia entre este procedimiento y el que se deriva del derecho de petición, que en los expedientes de declaración de Utilidad Pública el derecho implicado es el derecho al reconocimiento de utilidad pública; por el contrario, cuando se trata del mero ejercicio del derecho de petición, el derecho implicado, exclusivamente, es el derecho a obtener una respuesta razonable.

Por ese motivo, mientras que en los expedientes de declaración de Utilidad Pública la omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido implica que deba entenderse desestimada la solicitud, pues ese es el sentido que quiere dársele al silencio, en el caso de que estuviéramos ante el ejercicio del derecho de petición esa omisión supondría la misma infracción del derecho, siendo susceptible de tutela judicial por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona establecido en los artículos 114 y ss de la LJCA, tal y como lo prevé el artículo 12 de la LODP [Ley Orgánica 4/2004, de 12 de noviembre, del Derecho de Petición].

DCJA 17/2006 pár. 222 a 232 y 250 a 255

F) El Protectorado de Asociaciones de Utilidad Pública

[...] la creación del Protectorado supone algo más y obliga, por ello, a un análisis cuidadoso, pues, como ha sido expuesto, integra el contenido esencial de la libertad asociativa el principio de no injerencia de los poderes públicos en el funcionamiento de las Asociaciones.

En efecto, en la medida en que al Protectorado se le atribuye un contenido funcional que va más allá de las facultades instrumentales necesarias para, en su caso, propiciar la revocación de la declaración, debe ser examinado con detalle a la luz del **derecho a funcionar y desarrollar la actividad propia de la asociación sin interferencias de los poderes públicos.**

[...] De acuerdo con el artículo 45.3 del anteproyecto, el Protectorado será ejercido por la Administración General del País Vasco a través del Departamento competente en materia de justicia. Por tanto, en la perspectiva que nos resulta obligada, el diseño legal de dicha figura nos enfrenta al examen de los términos en que se traza la línea que limita la vida asociativa y las facultades que respecto de ésta puede ostentar la Administración.

En este examen, se observa que el artículo 45 del anteproyecto formula una declaración genérica sobre las funciones que se encomiendan al Protectorado: el «asesoramiento, apoyo técnico y seguimiento a fin de promover el recto funcionamiento de estas entidades».

Ya este último enunciado del contenido funcional («promover el recto funcionamiento») despierta cierta cautela, en el marco del artículo 22 CE, pues nos remite derechamente al modelo escogido (la clásica intervención pública en las fundaciones a través del «protectorado» que debe velar por el cumplimiento de los fines fundacionales) que, como hemos expuesto, no es en absoluto trasladable a las asociaciones, por mucho que se limite a las declaradas de utilidad pública.

El elemento teleológico de la fundación y las funciones que respecto del mismo corresponden a los poderes públicos (concretamente a la Administración) no es, como advera la doctrina constitucional y la propia regulación civil de la figura, trasladable al ámbito de las asociaciones, según ha sido expuesto.

[...] Conviene reiterar la opinión de esta Comisión sobre su conformidad con que el Protectorado vele porque las asociaciones de utilidad pública mantengan los requisitos que motivaron su calificación como tales y cumplan con las obligaciones específicas que derivan de la misma e instar, en caso contrario, la revocación de la misma, pero asimismo debe ya avanzar su valoración negativa sobre la posibilidad de que integre el contenido funcional de un órgano administrativo las funciones enumeradas en los apartados 2. b) y 2. e) del artículo 45, así como la instauración de un régimen específico de control como el que diseña el trascrito artículo 46.

[...] La **habilitación al protectorado para ejercer acciones judiciales,** en los términos del trascrito artículo 46, implica el reconocimiento de una legitimación *ad casum* para ser parte en un proceso cuyo objeto es lisa y llanamente la forma en que la asociación desarrolla su actividad para el cumplimiento de los fines libremente escogidos, esto es, la Administración por esta vía se adentra en el funcionamiento ordinario de la asociación.

Según venimos reiterando, una de las vertientes fundamentales del derecho de asociación es el de la autonomía de la voluntad que garantiza la no injerencia de los poderes públicos en su funcionamiento interno. Asimismo, venimos reiterando que esa zona vedada para la intervención de los poderes públicos no se construye solamente con la garantía de la suspensión o disolución de las asociaciones en virtud de resolución judicial motivada. Antes al contrario, este límite junto al principio de libertad —elemento estructural del derecho— conlleva un desapoderamiento pleno de la Administración, desapoderamiento que alcanza a cualquier intervención administrativa de carácter preventivo que suponga la fiscalización o control de las asociaciones.

La intervención de la Administración se ha de limitar tanto en el momento de la inscripción, como posteriormente a los casos en que se encuentren indicios racio-

nales de ilicitud penal, en tal supuesto habrá de dictar resolución expresa, dando traslado de toda la documentación al Ministerio fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esa circunstancia a la entidad interesada (artículo 30.4 LODA).

[...] De forma consecuente, no está en manos de la Administración vigilar que no alteran los fines que puedan perseguir, ni obligar a sus órganos de gobierno a desarrollar actividades que se ajusten estrictamente a aquellos, sin traspasar los límites infranqueables del artículo 22 CE.

En el diseño constitucional del derecho de asociación solo los asociados pueden impugnar los acuerdos y actuaciones que estimen contrarios a los estatutos, por la sencilla razón de que sólo ellos están obligados a cumplirlos al integrase a la disciplina de la asociación, y precisamente porque se han integrado compartiendo la decisión fundamental de perseguir esos fines y no cualesquiera otros, lo que les ha llevado a asumir las obligaciones que se derivan de las actuaciones de la asociación frente a terceros. También son los únicos que pueden promover las reformas estatutarias pertinentes para que se modifiquen los fines estatutarios y con ellos las actividades que desarrolla la asociación.

La Administración —reiteramos— podrá revocar la declaración de utilidad pública pero no le corresponde de ninguna manera salvaguardar esa adecuación entre fines estatutarios y actividades que conforma el núcleo duro de la vida asociativa.

En orden a la intervención del Protectorado cuando advierta alguna irregularidad grave y reiterada en la gestión económica de estas asociaciones, aún tomando conciencia de la conexión de la previsión con el régimen de las asociaciones de utilidad pública que tiene un importante contenido económico (artículo 42.b), lo que se debate más limitadamente es si la Administración puede convertirse en garante de su correcto «funcionamiento económico» y si para ello cabe arbitrar un cauce impugnatorio especial.

En primer lugar, debemos decir que el artículo 15 LODA (y el propio anteproyecto artículos 14 y 18) establece las reglas por las que se rige la responsabilidad de las asociaciones inscritas.

No es ajena al ordenamiento jurídico la vida interna de la asociación y menos aún constituye un ámbito exento de todo control judicial (SSTC 218/1988 y 96/1994), aunque también ha sido señalado que el principio de no injerencia en la vida asociativa modula el propio control judicial cuando este debe adentrase en la validación de las decisiones típicas de la vida asociativa (vgr. impugnaciones de los socios).

Concretamente, si las irregularidades lesionan los intereses de la asociación, de los asociados y de terceros, tendrá que responder por las mismas quien, por acción u omisión, las hubiera cometido.

Esa responsabilidad con carácter general es una responsabilidad civil, pero podrá ser administrativa, cuando hayan infringido alguna norma administrativa de carácter sancionador –por ejemplo, si hubieran recibido una ayuda o una subvención, cuando la conducta se subsuma en las infracciones tipificadas por el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda Pública, Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre– e incluso podrá ser penal.

De forma consecuente, ya que si no se establece un cauce para exigir esa responsabilidad y obtener la tutela judicial efectiva sería una responsabilidad ilusoria y teórica, sin contenido real, el artículo 40 LODA señala en su apartado 1 que el orden jurisdiccional civil será competente, en los términos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con las pretensiones derivadas del tráfico privado de las asociaciones y de su funcionamiento interno.

Pues bien, en este marco no cabe que la Administración ejerza una suerte de tutela preventiva en un campo de relaciones privadas como lo es el ámbito interno de la asociación, forzándola a tomar medidas o a soportar en último término un procedimiento judicial en la que se resuelva una discordia jurídica que es puramente civil.

DCJA17/2006 pár. 269 a 305

G) Responsabilidad patrimonial en las relaciones entre la asociación, los asociados y terceros

Dedicaremos este epígrafe a estudiar las distintas previsiones del anteproyecto que, diseminadas a lo largo del mismo, se ocupan de la responsabilidad patrimonial en las relaciones entre la asociación, los asociados y terceros, para examinar si la regulación proyectada se ciñe a la competencia autonómica en la materia.

Para centrar el examen, antes cabe reiterar que el Tribunal Constitucional (STC 173/1998) integró dentro de la **noción de «requisitos mínimos indispensables»** que posibilitan su ejercicio, la posibilidad de que el legislador estatal considerara el régimen de responsabilidad como parte de las «condiciones básicas» *ex* art. 149.1.1 CE. Pero, asimismo, reconoció la competencia autonómica, no sólo para regular aspectos administrativos de las asociaciones de su competencia, sino también para. a lo que ahora interesa, regular el régimen jurídico de aquéllas, tanto en su vertiente externa, es decir la relativa a su participación en el tráfico jurídico –constitución, adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución– como en su vertiente interna –organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados–.

En suma, el alto Tribunal ha reconocido expresamente la competencia de la Comunidad Autónoma respecto al régimen de responsabilidad de las Asociaciones, pero también ha dicho que se encuentra limitada por lo que disponga el Estado en su vertien-

te externa. Es decir, se dibuja un doble ámbito, interno, que abarcaría la responsabilidad que nace de las relaciones entre la asociación y sus asociados, y externo, que surge de las relaciones entre la asociación y sus asociados con terceros.

La LODA contiene una serie de previsiones en materia de responsabilidad, artículo 10.2, 3 y 4 y artículo 15, y el legislador estatal invoca en la disposición Final 1.ª.2 LODA la mencionada competencia del artículo 149.1.1 CE, por lo que tales normas tienen la vocación de constituir un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir el normador autonómico para la regulación de los distintos tipos de asociaciones de su competencia.

En ese tratamiento es preciso tener en cuenta que, como ya hemos dicho, **la inscripción no tiene carácter constitutivo, sólo se contempla a efectos de publicidad,** porque con el otorgamiento del acta de constitución la asociación adquirirá su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar (artículo 5). Ahora bien, la inscripción tiene importantes consecuencias, porque hace pública la constitución y los Estatutos **«y es garantía, tanto para los terceros que con ellas se relacionan, como para sus propios miembros»** (artículo 10.2).

[...] El artículo 13.1 del anteproyecto modula y restringe el **criterio de imputación de responsabilidad** establecido por la LODA para los promotores de una asociación no inscrita al introducir una acotación «por causas a ellas imputables» que no ha sido prevista por el legislador orgánico.

En los términos en los que se encuentra redactado el precepto el resultado práctico es que los intereses de los terceros quedan protegidos en menor medida, pues no puede contar con el patrimonio de los promotores para exigir el cumplimiento de las obligaciones que estos hubieren contraído, con la dificultad de dirigirse contra la propia asociación cuando todavía no ha sido inscrita —sólo entonces responde directamente ex artículo 14 del anteproyecto—.

No nos suscita objeciones, sin embargo, la exclusión del artículo 13.3 del anteproyecto según el cual aún no estando inscrita la asociación responderá directamente y no las personas promotoras y asociadas en los siguientes supuestos:

a) cuando se trate de los actos indispensables para la constitución e inscripción en el Registro General o de los actos de inicio de actividades que estén previstos en el acta de constitución o en los estatutos para la fase anterior a la inscripción;

b) cuando se solicite la inscripción dentro del mes siguiente a la constitución y la asamblea general acepte las obligaciones contraídas en el plazo de seis meses posterior a la inscripción.

[...] Dicho esto, no vemos sin embargo problema para armonizar la citada regulación y la regulación de la LODA porque en este aspecto concreto hay que convenir que la

LODA no agota la materia y se deben tener en cuenta los preceptos del CC que también rigen la actividad de la asociación y con los que es compatible. No hay que olvidar que la asociación se encuentra ya formalmente constituida y ostenta por tanto capacidad para actuar en el tráfico jurídico.

En el primer caso, el **promotor** debe cumplir estrictamente las obligaciones que le vienen impuestas legalmente o las que estén previstas en el acta de constitución o en los estatutos para la fase anterior a la inscripción. En ese contexto lo que aflora es una presunción legal de la existencia de un mandato, pues el mismo reúne las características que lo definen en el artículo 1.709 CC. El anteproyecto se limitaría a trasladar la regla general del artículo 1.725 CC de modo que no ha de responder personalmente de lo gestionado frente a terceros, siempre y cuando expresamente no manifieste que actúa en nombre propio o traspase los límites de la tarea que le ha sido encomendada.

En el segundo supuesto subyace una suerte de apoderamiento genérico, pero por ello mismo se requiere la ratificación de la actuación por parte del mandatario, solo así queda cubierto por su voluntad y sirve a los intereses del mismo. Los límites estrictos operan de otra forma como garantía para los terceros al objetivarse los términos del encargo con la consecuencia de que no puede sobrepasar el mes —límite improrrogable para que solicite la inscripción—.

Nuestra atención se ha de centrar, en segundo lugar, en la responsabilidad de los **órganos de representación y gobierno**, más precisamente, en el artículo 18.1 del anteproyecto, cuyo contenido reproducimos a continuación:

[...] Mientras que en la LODA el fundamento subjetivo de la responsabilidad es **el dolo y la culpa o negligencia,** de forma armónica con los dispuesto en el artículo 1.101 del CC y ss, respecto a responsabilidad contractual, y artículo 1.902 CC, en relación a la responsabilidad extracontractual, el anteproyecto elimina la responsabilidad en los casos en que incurran en culpa simple limitándola a los casos de culpa grave.

[...] La doctrina jurisprudencial suele asimilar los supuestos de culpa grave a dolo *(culpa lata a dolo equipatur)* es decir, se ha de tratar de una negligencia que revista características relevantes o especiales, una acción u omisión con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño, una intencionalidad o temeridad que rebasa con creces la simple noción de culpa o negligencia.

El anteproyecto se está refiriendo pues a un grado elevado de culpa; la llamada culpa consciente, o culpa con previsión, o con representación (próxima al dolo) donde el agente es consciente de que el daño puede producirse «probablemente» (por no decir con bastante seguridad), pero aun así no desiste de la acción en la confianza de que no se producirá el resultado porque cree que controla la situación.

De este modo, excluye la culpa general u ordinaria (entendida como omisión de la diligencia del buen padre de familia —art. 1.104 del Código Civil—, o del ordenado

comerciante o empresario en el ámbito de su negocio), donde el daño es posible pero el agente no es consciente de ello, ni se lo representa como algo actual y probable. Por ello no lo prevé aunque en sí mismo sea previsible.

Una vez constatada la discrepancia creemos que el anteproyecto, y con respecto a terceros, no puede rebajar la garantía establecida por la LODA, porque incurriría en una divergencia irrazonable en el tratamiento de sus derechos.

No puede soslayarse que el tráfico jurídico de las asociaciones que regula el anteproyecto no se limita —como es obvio— al ámbito de la CAPV. La limitación de la competencia «a las que actúen principalmente en el ámbito de la Comunidad Autónoma» no conlleva idéntica reducción para las relaciones que con terceros puedan aquéllas trabar. Por tanto, la respuesta jurídica a las responsabilidades derivadas de su actuación en el tráfico jurídico externo no puede ser distinta a la que contempla la normativa general que disciplina la responsabilidad contractual y extracontractual en el CC, sin minorar la posición jurídica de los terceros que se relacionan con dichas asociaciones.

Otra puede ser la conclusión en el caso de la responsabilidad ante la asociación y los asociados, ya que es una responsabilidad que se desenvuelve en el ámbito interno de la asociación y afecta a las relaciones entre la misma y los asociados o entre estos entre sí.

Aquí el margen competencial de la Comunidad permitiría adoptar una solución diferente y modular la responsabilidad para restringirla a los casos de culpa grave. Esa diferencia puede encontrar justificación en las características de las Asociaciones competencia de la Comunidad Autónoma y en la intención del legislador de facilitar el acceso a tales órganos o dicho de otra manera vencer con la medida la resistencia a aceptarlos, lo que se produce si la responsabilidad se extiende a las faltas leves de diligencia, sin olvidar los mayores males que se podrían derivar para su funcionamiento interno de la exigibilidad de esa responsabilidad.

DCJA 17/2006 pár. 354 a 358 y 369 a 387

H) Disolución

No obstante, su apartado 2 contiene la siguiente previsión «En el caso de que la asociación devenga unipersonal por cualquier causa, podrá seguir realizando sus actividades, pero deberá procurar el ingreso de nuevas personas asociadas».

[...] Hecha esta precisión, la cuestión se contrae a dilucidar si la previsión se adentra o no de modo indebido en el ámbito propio de la competencia estatal ex artículo 149.1.1.ª CE en tanto, de acuerdo con la STC 173/1998, de 23 de julio —de constante cita—, las

«causas y efectos de la disolución» integra el concepto fijación de «condiciones básicas» a que nos remite el precepto constitucional.

Por tanto, la cuestión a la que nos enfrentamos es la de examinar si se está introduciendo una regulación en el régimen jurídico «común» de las asociaciones que conlleve una diferencia prohibida en relación a las causas de disolución establecidas hoy en el antes trascrito artículo 17 LODA.

En este marco, cabe recordar que respecto de las causas de disolución «civiles» no opera el límite del artículo 22.4 CE que, como venimos señalando, es una garantía de la asociación contra la intervención de los poderes públicos y carece de virtualidad cuando de lo que se trata es de causas explícita o implícitamente previstas por quienes concurrieron al acta fundacional o cuando la extinción se produce como consecuencia de la ineficacia o inoperancia del propio derecho de asociación.

La previsión, en esta perspectiva, vendría a configurar una suerte de excepción o, al menos, modulación de una de las causas que, de acuerdo con la legislación civil, permiten la disolución de las asociaciones.

En efecto, como es sabido, al margen de la disolución por voluntad de los socios, de la disolución por resolución judicial y por las demás causas establecidas en los Estatutos, cabe también la disolución por las causas que establece el artículo 39 del Código Civil; precepto que cita tres: la expiración del plazo establecido para su duración; la realización del fin para el que se constituyó y la imposibilidad de realizar dicho fin.

La previsión que analizamos se incardinaría, a juicio de la Comisión, en esta última causa en tanto atiende a **la imposibilidad del cumplimiento del fin;** imposibilidad que, como señala la doctrina civilista, puede ser física o jurídica.

La citada doctrina se divide al considerar si dicha causa de extinción opera o no de forma automática, esto es, a salvo la disolución decidida por los socios, por resolución judicial o por la expiración del plazo para el que se constituyó (en términos de certeza), es cuestión doctrinalmente debatida si las causas referidas a la realización del fin o a la imposibilidad de su cumplimiento operan o no automáticamente o si, por el contrario, hace falta que la disolución de la asociación sea formalmente declarada (queda al margen, como es obvio, tal exigencia de declaración si existen discrepancias entre los socios sobre la propia concurrencia de la causa –piénsese vgr en que la reducción de asociados sea consecuencia de su previa expulsión– lo que motivará que finalmente sea una resolución judicial la que declare si concurre o no aquélla).

Sin lógicamente pretender zanjar el referido debate doctrinal, para el caso que se somete a nuestro examen estima la Comisión que si, por las razones que sean, una asociación «deviene unipersonal» (por ceñirnos al exacto contenido de la previsión) deja

de ser asociación (uno no hace colegio). La asociación unipersonal no puede funcionar como tal (ni siquiera puede contar con los órganos necesarios) por lo que parece claro que esa circunstancia conlleva la imposibilidad de cumplir el fin asociativo (la inexistencia de estructura interna objetiva la imposibilidad de la propia actividad asociativa).

Ahora bien, el precepto, en puridad, no impide la aplicación de la causa legal sino pospone (o suspende temporalmente) su aplicación, por lo que estima la Comisión que entra dentro del ámbito de libertad configurativa del legislador autonómico pues no introduce una divergencia prohibida en el régimen general «común».

Como es sabido, conforme a la doctrina constitucional, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) «...obliga al legislador a perseguir la certeza y no la confusión normativa, procurando que en la materia sobre la que se legisle sepan los aplicadores y los ciudadanos a qué atenerse» (entre otras, STC 146/1993, FJ 6), por tanto, si llegara a advertirse que al formular alguno de los mensajes normativos el citado principio padece de forma intensa, cabrá formular un reparo en orden al concreto precepto examinado.

Dicho esto, atendiendo a la concreta redacción del precepto ésta se revela insatisfactoria: con su actual redacción, el artículo 7.2 del anteproyecto deja abierta indefinidamente la situación (procurará la adhesión de nuevas personas asociadas) y se revela de difícil —si no imposible— aplicación práctica, al dejar en manos del miembro único de la asociación la propia operatividad de la causa.

DCJA 17/2006 pár. 333 y 340 a 350

4. IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

En el DCJA 64/2004 la Comisión ya relacionó los distintos textos jurídicos internacionales donde ese principio se recoge, y la significación e importancia que tiene en el ámbito del derecho comunitario, mereciendo la calificación de principio fundamental con arreglo al artículo 2 y al apartado 2 del artículo 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

También se efectuó un comentario sobre **el alcance y significado del artículo 14 CE y su relación con el principio consagrado en el artículo 9.2 CE, así como en el artículo 9 EAPV.**

Baste ahora decir que la referencia expresa en el artículo 14 CE a la prohibición de una serie de motivos o razones concretas de discriminación «no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, F. 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los po-

deres públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, F. 5; 166/1988, de 26 de septiembre, F. 2; 145/1991, de 1 de julio, F. 2; 17/2003, de 30 de enero, F. 3).»

El Tribunal Constitucional ha venido señalando también que «la referencia al sexo en el art. 14 CE implica también la decisión constitucional de acabar con una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida, de modo que el precepto constitucional que prohíbe la discriminación por razón de sexo ha de ser interpretado sistemáticamente con otros preceptos constitucionales, en particular con el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de las mujeres en relación con los hombres sea real y efectiva» (STC 28/1992, de 9 de marzo, F. 3), o como dijo «exige de los poderes públicos enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5).

Precisamente para remover los obstáculos, asegurar la igualdad real de oportunidades y sobre todo para reforzar la protección contra la discriminación sexual la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 76/2007/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, prevé que cada Estado miembro designe uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo. Tales organismos según el artículo 8 bis podrán formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales.

Dicho artículo 8 bis añade que los Estados miembros velarán por que entre las competencias de estos organismos figuren las siguientes: a) prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación; b) realizar estudios independientes sobre la discriminación; c) publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación.

Por su parte, la Directiva 2004/113/CE, del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, contempla también en su artículo 12 la creación por parte de los Estados de organismos de promoción de la igualdad de trato, en los mismos términos que la Directiva 2002/73/CE.

En suma, ambas Directivas, reclaman una actuación decidida por parte de los poderes públicos, y subyace a las mismas la idea de que el respeto de los derechos humanos

trasciende su dimensión de respeto por la persona individual para constituir elemento objetivo y estructural indispensable de la configuración, mantenimiento y evolución del Estado de Derecho.

Esta faceta objetiva, esa virtualidad institucional, forma parte de los derechos fundamentales y hace que estos no sólo deban ser objeto de respeto por los poderes públicos sino, también, de protección y promoción, es decir que la vinculación que representan para dichos poderes no lo es únicamente en cuanto límites, sino también en cuanto objetivos, lo que les hace estar presentes, como elemento a respetar o procurar, en todas las actuaciones y en todas las políticas.

DCJA 40/2006 pár. 18 a 26

Véase también DCJA 116/2006 pár. 18 a 21

La **Defensoría** se constituye en un supuesto de organismo independiente, *sui generis*, cuyo régimen jurídico singular viene definido por su Ley de creación.

La LIHM traza una nítida separación entre la Administración activa y la Defensoría, al declarar que ejerce sus funciones con plena autonomía respecto a la Administración y se adscribe, sin integrarse en la estructura jerárquica de la Administración, a Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer (artículo 63.2 LIHM).

Posteriormente precisa que ejerce sus funciones con objetividad e imparcialidad y sin sujeción a vínculo jerárquico alguno ni a instrucciones de ninguna clase (artículo 64.1 LIHM).

Por su parte, el titular de la Defensoría, la Defensora o Defensor para la Igualdad, queda caracterizado por una serie de rasgos definitorios que refuerzan la autonomía con la que ha sido investido el organismo.

Es nombrado por el Lehendakari a propuesta de la mayoría de las y los miembros del Consejo de Dirección de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer por un período de cinco años, desvinculándose de quien lo nombró al ser su mandato de duración superior. Está sujeto a un régimen de incompatibilidades muy estricto (artículo 64.3 LIHM) y el cese en el cargo no es libre sino que existen una serie de supuestos tasados que pueden conducir al mismo (artículo 64.4 LIHM).

En cuanto a las razones de su autonomía puede decirse que se considera que de esa forma se salvaguarda mejor el derecho fundamental al encargar su defensa a un organismo especializado. Tiene que ver también con la idea de otorgar las pertinentes facultades, como ha dicho la doctrina, «a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas (quiere decirse más blandas y concertadas y, en todo caso, más aceptadas y eficaces) que las propias de la Administración pública directa».

En el caso de la Defensoría, más que los mecanismos coactivos, prima el informe, el consejo, la mediación, el estudio. Sin perjuicio de que no se excluya que posteriormente el interesado deba acudir a otras instancias administrativas o judiciales, si no resultan efectivos. Esa separación de la Administración activa facilita ese modo peculiar de intervención, y permitirá que actúe con arreglo a pautas específicas distintas de las habituales.

Es evidente, de otra parte, que guarda gran semejanza, salvando las distancias, con otra Institución prevista expresamente en el artículo 15 EAPV, y sobre todo con la forma de actuar de la misma. El Ararteko es el alto comisionado del Parlamento Vasco para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la CE, aunque se configura «de acuerdo con su mejor tradición en orden a garantizar los derechos de los ciudadanos en su relación con las Administraciones Públicas» (exposición de motivos de la Ley).

Con la Defensoría se amplia el abanico de posibilidades en manos de los ciudadanos y ciudadanas, ya que su ámbito de actuación es el sector privado. Antes hemos señalado que las Directivas conceden a los Estados, y dentro de éstos a las autoridades competentes, dentro del principio de autonomía institucional, la decisión de si se atribuyen tales funciones a organismos ya creados —como el Ararteko— o a otros distintos —que es lo que ha hecho la LIHM—.

DCJA 40/2006 pár. 43 a 51

5. PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Personal laboral

Siendo **la regla general que los puestos de trabajo de las administraciones públicas se han de desempeñar por funcionarios, la excepción es admisible si es una Ley la que determina los supuestos, criterios y condiciones en los que pueden ser desempeñados por personal laboral** (STC 99/1987). De este modo, el sometimiento al derecho laboral no merece reproche alguno, máxime si entendemos que el anteproyecto no incluye potestades o desempeño de funciones que supongan ejercicio de autoridad, ya que éstas sólo pueden ser desempeñadas por personal funcionario (artículo 19.2.e] de la Ley de Función Pública Vasca).

[...] En el caso del personal laboral se especifica que la asunción de funciones por el ente supone la aplicación de la **sucesión de empresa** del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Entiende esta Comisión que **la norma legal no es el vehículo adecuado para especificar el régimen en que se producirá la integración, dado que estamos ante una materia de competencia exclusiva del Estado y susceptible de modificaciones.** De este modo, pudiera resultar que a la fecha de integración del

personal el concepto de sucesión empresarial fuera diferente al que ahora aplica la norma. Además, tampoco consta en el expediente información suficiente para determinar si se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores para que exista sucesión empresarial, y en especial la transmisión de una unidad productiva autónoma con la interpretación jurisprudencial que se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2005.

DCJA 69/2006 pár. 66 a 68

B) Libertad sindical en el ámbito policial

[...] el marco normativo al que debe ceñirse la Comunidad Autónoma permite un amplio margen sobre el contenido de la libertad sindical en el ámbito policial autonómico, partiendo del artículo 28.1 CE.

[...] En la legislación estatal, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, en su artículo 1.5, excluye las policías de su ámbito de aplicación, remitiéndolas a su legislación específica. A su vez, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, limita su aplicación a las policías autonómicas a aspectos principiales (artículo 40) y, en particular a la vasca (Disposición Final Primera), a aspectos totalmente ajenos al régimen de representación y participación del personal.

En tanto que empleados públicos, es de citar la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de carácter básico en su mayor parte, la cual excluye de su ámbito (artículo 2.1.c) a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, remitiendo su régimen expresamente a la Ley Orgánica 2/1986, citada, además de declarar su carácter supletorio fuera de su ámbito propio (artículo 2.2).

Pues bien, tales supletoriedad y remisión deben interpretarse teniendo en cuenta el conjunto normativo que hemos señalado, ya que, de lo contrario, atendida en su pura literalidad, resultaría vacía respecto de la Ertzaintza, pues hemos visto que la Ley Orgánica 2/1986 le es ajena en esta materia, mientras que para las policías del Estado, lleva al ejercicio, aunque limitado, del derecho en el cuerpo no sometido a disciplina militar (Sección Segunda del Capítulo IV del Título II de la repetida Ley Orgánica 2/1986, artículos 18 y siguientes).

Por esa interpretación conjunta, porque la sucesión normativa demuestra una evolución favorable a la libertad sindical en el ámbito policial, por la garantía de los derechos fundamentales contenida en el artículo 9 EAPV, que impide interpretar la inexistencia de un derecho de ese carácter ya reconocido por el Estado para su propio

personal de idéntica naturaleza, y por el sentido amplio que el derecho de asociación sindical ha obtenido en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (artículo 12.1), de valor interpretativo innegable, ya que no directamente normativo, **concluimos la existencia, en tanto que principio, no sólo del derecho a la Libertad Sindical en la Ertzaintza, sino a la posibilidad de su ejercicio, en la medida que el legislador vasco señale, respetando su contenido esencial, y atendiendo a las características de la función policial y a su carácter de instituto armado** (STC 17/1996).

DCJA 67/2006 pár. 11 a 16

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO

1. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

A) Ámbito y finalidad

[...] la LEPDG diseña un **procedimiento normalizado** que sirve para la adecuada reflexión que debe anteceder al dictado de una disposición de carácter general, los trámites previstos por dicha Ley:

a) ni deben verse como trámites que integran un procedimiento cerrado y ritualizado cuya observancia resulta inexcusable, debiendo evitarse el formalismo, es decir, la interpretación rigurosa y exclusivamente formal de los trámites procedimentales;

b) ni pueden ser valorados jurídicamente de la misma forma puesto que su relevancia es muy distinta, tanto con respecto al alcance o la forma en que han de ser cumplimentados como incluso con respecto a las consecuencias derivadas de su omisión.

Hay que recordar que algunos tienen una vocación ordenadora del propio procedimiento, de impulso y cauce para su desarrollo, otros sin embargo son sustantivos, ya que a su través se abordan aspectos esenciales que condicionan la propia iniciativa como su factibilidad, viabilidad jurídica o su repercusión económica o inclusive dan contenido al derecho constitucional reconocido a los ciudadanos por el artículo 105 a) CE.

DCJA 40/2006 pár. 28 a 31

Véase también DCJA 117/2006 pár. 25

El **procedimiento de elaboración debe permitir conocer el fundamento de la iniciativa;** esto es, la razón que motiva su dictado, oída la opinión de los agentes privados y administraciones cuyo ámbito de actuación puede verse afectado por la modificación propuesta, así como la opinión de los órganos administrativos que, atendido el ámbito de la futura norma y en razón de la competencia atribuida, deben participar preceptivamente en la elaboración, a través de la elaboración de informes.

DCJA 46/2006 pár. 11

El **procedimiento** para elaborar disposiciones de carácter general **es un instrumento para obtener «normas racionales»;** esto es, normas bien fundadas, articuladas con una técnica jurídica idónea que permita alcanzar los objetivos que, en cada caso, se persigan con su dictado.

La Comisión ha dicho, así, que el procedimiento no es, en efecto, ni el único elemento (ni, tal vez, el más importante) para garantizar la racionalidad de la norma, pero en la medida en que aquél impone un proceso de reflexión contribuye, sin duda, a la consecución de ésta.

La Ley del Procedimiento de Elaboración de Disposiciones de Carácter General establece el *iter* básico que se concretará, en cada caso, en los trámites que sean necesarios en función de la concreta iniciativa normativa que se proyecte. Dicha Ley contempla el procedimiento no como un fin en sí mismo, sino —según lo antes expuesto— como garantía de la inexcusable reflexión previa cuya extensión viene condicionada por las características de cada iniciativa. El procedimiento de elaboración de las normas, por tanto, debe estar integrado por los trámites que en cada caso se revelen necesarios para dejar constancia del acierto y legalidad de cada proyecto, dando así cabal cumplimiento al principio de eficacia (art. 103 CE).

Ese entendimiento material del procedimiento conlleva que éste de respuesta sintética a las tres preguntas (por qué debe dictarse la norma, cuál es su finalidad y cuál ha de ser su contenido para conseguir ésta) que condensan el fundamento objetivo de la concreta iniciativa de que se trate.

DCJA 24/2006 pár. 18 a 21

Como ha reiterado esta Comisión (por todos, DCJA 13/2003), **la finalidad del procedimiento** de elaboración de disposiciones de carácter general es, además de permitir la constatación de que se han cumplido los trámites preceptivos (cuya omisión pudiera provocar una declaración de invalidez de la futura norma, una vez en vigor), la de **proporcionar adecuada explicación del contenido dispositivo proyectado,** en el sentido de permitir conocer el fundamento objetivo de la norma, su razón de ser y su efectiva contribución a la consecución de los objetivos que mueven su dictado,

para lo que debe aquél proporcionar los datos mínimos de la realidad fáctica en la que se quiere incidir normativamente, las alternativas de intervención barajadas junto a las razones que expliquen las finalmente incorporadas; debiendo el proyecto que finalmente resulte superar el contraste con el ordenamiento jurídico, análisis que, esencialmente desde la perspectiva sectorial, debe asimismo afrontar el órgano proponente.

En coherencia con esa finalidad, la Comisión viene señalando que el procedimiento ha de ser el adecuado a la regulación que se pretende dictar (el que atendido su contenido y complejidad reclame) y que, por ello, los trámites que al efecto establece la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General han de ser interpretados, como es criterio general para el examen de las exigencias procedimentales, en su sentido material.

En este caso, [...] tanto las memorias que se aportan como el informe jurídico se limitan a la descripción de la iniciativa, sin dar, las primeras, adecuada explicación de la realidad en la que incidirá la iniciativa, de las opciones barajadas o de la razón que explica determinados contenidos, ni, el segundo, ofrecer una reflexión suficiente sobre las cuestiones jurídicas que suscitan contenidos relevantes de la iniciativa.

Tales carencias no sólo hacen más difícil el trabajo de esta Comisión sino que influyen negativamente en el análisis jurídico de la iniciativa impidiendo que la función consultiva contribuya a obtener normas racionales, fundadas y ajustadas a derecho, objetivo que no sólo da sentido al carácter preceptivo de su intervención en el procedimiento de elaboración de los reglamentos, sino que se endereza asimismo a prever, en términos de razonable solvencia jurídica, la vigencia pacífica de las normas reglamentarias, a salvo de posibles anulaciones o de problemas aplicativos que perjudiquen el logro de los objetivos que motivaron su dictado.

DCJA 121/2006 pár. 56 a 60

[La LPEDG] establece el mismo **iter procedimental** para las iniciativas reglamentarias y para los **anteproyectos de Ley**, esta identidad de régimen termina ahí, ya que mientras las primeras encuentran en las leyes de las que traigan causa su fundamento y límite, los segundos no están sometidos a tan estricta vinculación.

[...] Por tanto, en el examen de los anteproyectos de Ley, salvo en los casos en que la CE, el EAPV o, en ocasiones, las leyes orgánicas prevean algún trámite específico, la valoración del *iter* seguido para su preparación difiere de la que corresponde realizar en el caso de los reglamentos. Mientras en éstos, una tramitación defectuosa (vgr. la falta de audiencia o de participación de intereses públicos y privados o la ausencia de informes preceptivos) puede llegar a incidir en la validez del futuro producto normativo, con los anteproyectos de Ley no sucede lo mismo ya que sólo en los indicados casos excepcio-

nales pueden ver comprometida su validez, siempre además que la carencia afecte limitativamente a la formación de la voluntad parlamentaria (STC 108/1986).

DCJA 17/2006 pár. 10 a 15

La Comisión ha expuesto ya las diferencias que existen en la valoración que debe hacerse del procedimiento, en atención a la peculiar naturaleza del producto al que conduce la tramitación, pues no es lo mismo que sea un reglamento o una iniciativa legislativa (DCJA n.º 76/2004).

No obstante, la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (en adelante, **LPEDG**) sin ignorar dichas diferencias, **ha querido orientar la actividad del Gobierno a fin de que procure seguir en la redacción de los proyectos de ley la misma metodología que emplea para elaborar las disposiciones generales.** De ese modo, señala la Exposición de Motivos de la LPEDG, se contribuye muy positivamente a facilitar la labor del titular de la potestad legislativa, pues se le presentan para su discusión y decisión unos proyectos mejor fundados y articulados, con una técnica jurídica más depurada y apropiada para alcanzar los objetivos que se propone.

DCJA 9/2006 pár. 22 y 23

B) Orden de aprobación previa

[...] aunque no se recoge en el expediente el dictado de la orden de aprobación previa prevista en el artículo 7.1 de la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (en adelante, LPEDG), **no cabe atribuir en el caso a su omisión ninguna virtualidad invalidante,** porque en la orden inicial fueron considerados todos los aspectos concernidos por el proyecto y no ha existido ninguna duda sobre la voluntad inequívoca de ordenar la materia conforme al proyecto redactado, luego objeto de diversas modificaciones a lo largo de su tramitación.

La naturaleza y contenido de la norma proyectada, fundamentalmente organizativa, relativiza la trascendencia procedimental en su elaboración, que se despliega exclusivamente en el interior de la Administración de la Comunidad Autónoma.

DCJA 85/2006 pár. 16 y 17

C) Negociación o consulta con los representantes del personal

Como es sabido, el artículo 32 de la Ley 9/1987, por la que se regula los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas exige la previa negociación con los Sin-

dicatos y Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa de Negociación del respectivo ámbito, en este caso, la mesa de negociación del personal docente no universitario al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como requisito inexcusable a cumplimentar en el procedimiento de elaboración de la disposición general que la Administración se proponga aprobar sobre una serie de materias, entre las que cabe desatacar, por lo que aquí respecta, la clasificación de puestos de trabajo o los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.

En cambio, su artículo 34 excluye, en su caso, de la obligatoriedad de negociación colectiva, las decisiones que afecten al ejercicio de la potestad reglamentaria de autoorganización de la Administración. Ahora bien, tratándose de decisiones que tiene repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del citado artículo, procede la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de dicha Ley.

La lectura de los preceptos citados, en apariencia describe un perfecto marco delimitador de la figura de la negociación y de la consulta. Sin embargo, la aplicación real del marco jurídico que acabamos de describir presenta numerosos problemas en el momento de discernir cuándo estamos ante un supuesto sometido a negociación o a consulta, dificultad que sin duda reside en el propio marco de regulación.

El que la norma se mueva en el ámbito de la potestad de organización no es suficiente para descartar la negociación o la consulta. Siempre es necesario analizar el conjunto de materias que se ven afectadas, para, a través de ellas, decidir la obligatoriedad de la negociación o de la consulta, como es el caso que nos ocupa.

[...] Las referencias anteriores nos llevan a concluir que estamos ante el ejercicio de la potestad reglamentaria de autoorganización de la Administración, en principio excluido de la obligatoriedad de negociación colectiva. Ahora bien, tratándose de decisiones que tiene repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, de conformidad con lo establecido en el apartado segundo del artículo 34 de la Ley 7/1990 procede la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de dicha Ley.

DCJA 90/2006 pár. 42 a 47

Por lo que se refiere a lo dispuesto en el artículo 7.2 la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General, éste prevé que se negociarán o consultarán con los representantes del personal, según los ámbitos materiales que establece la legislación correspondiente, los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determine la legislación de función pública.

Pues bien, no resulta fácil llegar a dilucidar si en este caso, a tenor de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (en su nueva redacción dada por la Ley 7/1990, de 19 de julio), el proyecto debe ser objeto de negociación (artículo 32), de consulta (artículo 34.2) o, inclusive, si entra dentro de los supuestos previstos por dicha Ley que obligan a cumplir uno de los trámites dispuestos por la misma.

La Orden de inicio parece haberse decantado por la negociación, pues se refiere a la misma como uno de los trámites preceptivos a realizar (folio 27 del expediente), la Memoria de 30 de junio de 2006 elaborada por la Dirección de Función Pública, a su vez, expresa también que se deberá «trasladar a los representantes de los trabajadores el borrador de disposición que se pretende aprobar, a efectos de negociación» (folio 38).

Sin embargo, ni la Orden de inicio ni la Memoria señalan en qué letra de las relacionadas en el artículo 32 de la Ley 9/1987 cabe incluir la materia objeto del proyecto, ni obviamente razonan el por qué de esa subsunción. Lo cierto es que estamos ante una cuestión que no atañe directamente a las relaciones entre los funcionarios públicos y la Administración, precisamente porque el **personal eventual**, a tenor de la definición legal, desarrolla tareas de «confianza o asesoramiento especial» que no se atribuyen a funcionarios públicos.

La tesis de la radical exclusión —no es precisa ni negociación ni consulta—, en lo que esta Comisión conoce, cuenta con algún respaldo jurisprudencial, Sentencia de 13 de enero de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (JUR 2003/83268), pues dentro de la función pública, en sentido estricto, no se incluye al personal eventual ni, por tanto, la Ley se refiere a la determinación del número y características del personal eventual de confianza, ni a la determinación de sus retribuciones o condiciones de trabajo.

Sin embargo, en sentido contrario parece pronunciarse la Sentencia de 23 de noviembre de 2002 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (JUR 2002/43007), en la que era objeto de recurso una modificación de la relación de puestos reservados a personal eventual. Y, aunque no era propiamente la cuestión litigiosa, tras examinar el expediente seguido (en el que se incluyó una consulta a la representación del personal), el Tribunal consideró que se había seguido el procedimiento legalmente establecido.

Esa consulta, en opinión de la Comisión, vendría justificada en la circunstancia de que aún siendo una decisión organizativa ajena a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, puede tener alguna repercusión en aquellas, porque **la concreción de los contenidos de la relación de puestos de personal eventual y, más precisamente, de sus características, implica una previa delimitación de los campos que corresponden a los funcionarios, ya que son puestos no reservados a funcionarios de carrera,** siendo la relación funcionarial la opción genérica de la Constitución (arts. 103.3 y 149.1.18) para la prestación de servicios en la Administración.

Esto es, la consulta permitiría que pudieran manifestar lo que a su interés conviniera, en aras a garantizar que las relaciones de personal eventual no desborden su propio ámbito.

DCJA 110/2006 pár. 26 a 33

D) Audiencia

Además, hay que tener en cuenta que el proyecto está **exceptuado del trámite** de audiencia, al quedar subsumido en la excepción que contempla el artículo 8.5 la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (en adelante, LPEDG), pues su **contenido es meramente organizativo e interno** sin que afecte a derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, aunque no les es indiferente que la Administración actúe con arreglo a los principios de eficacia y coordinación constitucionalizados por el artículo 103.1 CE.

DCJA 117/2006 pár. 26

[...] **la forma en que se ha presentado el trámite de audiencia induce a confusión,** al referirse a la Ley 30/1992, sin más, y no a la Ley 8/2003 (Ley de Elaboración de Disposiciones de Carácter General), que es la que, en su artículo 8 regula el trámite homónimo, pero con un ámbito y contenido no idénticos al del procedimiento administrativo común. No obstante tal defecto es considerado irrelevante por la Comisión, pues no hubiese tenido por qué afectar al contenido del trámite el que la opinión del Consejo se manifestase con un fundamento legal o con otro. Lo relevante es que ha tenido ocasión de emitir su informe y, aun en el caso de que fuese preceptivo, habría de entenderse cumplida la obligación de solicitárselo por parte del Departamento tramitador.

[...] Además, debe tenerse en cuenta el **momento procedimental oportuno** para la práctica de cada uno, procediendo el carácter final, o próximo al mismo, para los preceptivos, pues los mismos deben conocer un producto lo más acabado posible, a fin de darle todo su contenido al trámite, so pena de tener que reiterarlo si, en sucesivos trámites facultativos, se producen alteraciones. Este principio se encuentra para la propia Comisión, en el artículo 29 de nuestra Ley reguladora, y puede ser aplicado, *mutatis mutandi* en función del carácter menos final del trámite respectivo.

En el expediente que nos ocupa no se ha cuidado la diferenciación entre unos intervinientes y otros y la óptima sucesión de trámites, pero ello se explica por la premura en la tramitación y no ha tenido consecuencias, sobre todo por el concretísimo contenido a que se ciñe la reforma planteada, plasmado en la falta de aportaciones de terceros. No obstante, la Comisión quiere señalar el riesgo de que, en otros expedientes, especialmente respecto de proyectos de disposiciones reglamentarias, esta falta de cuidado pueda tener consecuencias.

DCJA 67/2006 pár. 30 a 34

En el examen de los trámites preceptivos el expediente no aporta la información suficiente para que esta Comisión pueda formarse un juicio cierto sobre la correcta realización de la audiencia.

Figura en el expediente constancia de que se ha llamado al procedimiento a algunas entidades, pero no puede conocerse el criterio utilizado para seleccionar a éstas y, por tanto, **no cabe concluir que el amplio círculo de destinatarios de la norma ha sido oído,** siempre teniendo en cuenta que el contenido principal de ésta es definir obligaciones para los agentes del sector cuyo incumplimiento puede generar responsabilidades administrativas.

Tampoco figuran en el expediente las alegaciones formuladas por las entidades llamadas a la audiencia, constando únicamente la contestación del departamento impulsor del proyecto, de la que es difícil extraer el sentido y calado de aquéllas.

DCJA 121/2006 pár. 61 a 63

En cuanto a la audiencia, ha de tenerse en cuenta que, aunque se trata de una norma que versa sobre un órgano adscrito a un departamento de la Administración General de la CAPV, no es incardinable en la excepción que delimita el artículo 8.5 Ley del Procedimiento de Elaboración de Disposiciones de Carácter General (en adelante LPEDG), toda vez que el Consejo Vasco de Bienestar Social (en adelante CVBS) es un **órgano a través del cual se articula la participación** de los agentes sociales que desarrollan su actividad en el ámbito de los servicios sociales (concepto que tiene aquí un sentido amplio).

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina de la Comisión que aboga por un entendimiento material del procedimiento de elaboración, como hemos señalado, el procedimiento permite constatar que la iniciativa ha sido examinada por el propio CVBS y que es esa reflexión la que promueve el cambio normativo propuesto.

En definitiva, el procedimiento de elaboración ha respetado lo dispuesto en la LPEDG y ha cumplido su finalidad de contribuir a la reflexión previa que debe preceder al dictado de las normas como uno de los instrumentos enderezados a garantizar el principio de seguridad jurídica y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (Art. 9.3 CE).

DCJA 46/2006 pár. 15 a 17

Se agrega en dicha memoria que no se remitió el proyecto al sector profesional al constituir la **creación de un organismo administrativo** que atiende al procedimiento y no a la regulación de las ayudas que se establecen por otras normas comunitarias. Comparte la Comisión este parecer al no desprenderse tal necesidad de una disposición con los objetivos y finalidades de la índole de la que aquí se examina.

DCJA 76/2006 pár. 24

Entre los derechos de las **asociaciones de utilidad pública** el artículo 42.d) incluye el siguiente: «*Derecho a ser oídas en la elaboración de disposiciones de carácter general* relacionadas directamente con sus fines así como en la elaboración de Planes y Programas de singular trascendencia para ella, con arreglo al procedimiento establecido al efecto por la Administración competente».

La Ley que en el ámbito autonómico da contenido al derecho constitucional reconocido por el artículo 105.a) CE es la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (en adelante, LPEDG), que regula el procedimiento de las disposiciones que elaboran el Gobierno Vasco y la Administración de la Comunidad Autónoma (artículo 2) y con carácter principal el de las disposiciones generales de las Diputaciones Forales (Disposición Adicional 4.ª) y cuyo artículo 8 se destina a contemplar la audiencia y la información pública y, en lo que ahora interesa, contiene una disciplina completa del derecho, con vocación de ordenar su núcleo esencial.

Esta Comisión no ve ningún inconveniente a que el anteproyecto reconozca a las Asociaciones de Utilidad Pública la cualidad de interlocutores cualificados en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, bien entendido que esta posibilidad no excluye ni limita la audiencia directa a los ciudadanos afectados que con carácter general establece la LPEDG, debiendo entenderse que ambas son compatibles, sin que el anteproyecto descarte ésta última.

A partir de esa idea de la doble intervención, no podemos dejar de constatar la enorme potencialidad que encierra la enunciación del anteproyecto, puesto que el parámetro escogido para que sean llamadas al procedimiento las Asociaciones de Utilidad Pública, cuando se trata de tales disposiciones, es que estén «relacionadas directamente con sus fines», pudiendo las mismas perseguir, sin límite alguno, cuantos deseen de los que relaciona el artículo 41 a) del anteproyecto (cívicos, educativos, científicos, culturales, deportivos, sanitarios, de promoción de los derechos humanos, etc.).

Por ello consideramos que la regulación podría mejorarse. La forma en la que se plasma ese derecho ha de ser lo más precisa posible, debiéndose extremar el rigor en la formulación, ya que la defectuosa cumplimentación del trámite de audiencia puede conducir a la nulidad de la disposición general aprobada —tratándose de normas reglamentarias—.

La audiencia, además, debe ser eficaz y oportuna y producir los resultados que se buscan con la misma. **La eficacia requiere que la audiencia sea la procedente en razón de la materia y el contenido de la regulación propuesta.** De otra forma pierde mucho de su sentido, convirtiéndose en una mera formalidad, y puede provocar que se diluya la opinión de los ciudadanos verdaderamente afectados si se expresa junto a una multitud de alegaciones que carecen de un sustento específico.

En ese sentido, cabría reflexionar sobre si la amplitud con la que también les fue reconocido ese papel de interlocución en el párrafo in fine del artículo 22.2 de la actual Ley 3/1988, de 12 de febrero, de Asociaciones, no ha sido precisamente lo que ha impedido que se hayan convertido en entidades activas para hacer llegar a la Administración la voz de sus asociados.

En definitiva, dado el alcance de esta previsión y su importancia, tendría que acotarse con cuidado el alcance del derecho y sin aminorar su contenido habría que buscar una formulación que se ajustara y fuera con mayor rigor consecuente con el tenor del artículo 8 LPEDG, que no sólo exige una relación directa entre los fines de la asociación y el objeto de la disposición sino que la asociación debe reunir asimismo otra condición, que agrupe o represente a los ciudadanos afectados.

DCJA 17/2006 pár. 461 a 468

E) Memorias

Ahora bien, en el expediente ni dichas memorias ni ningún otro documento permiten conocer en qué se concreta el ejercicio de la competencia autonómica; esto es, en qué se completa el currículo fijado por el Estado, ni la reflexión técnica (que, sin duda, se ha producido) que ha llevado a la concreta opción del proyecto. Tampoco, aparte de la referida implantación de los estudios superiores de Diseño, en la especialidad de interiores, a partir del curso 2005-2006, se apuntan —siquiera indiciariamente— las consecuencias que la nueva norma (en lo que tiene de innovación del vigente ordenamiento jurídico) tendrá para sus destinatarios —centros y alumnado—. Ni ya, en fin, se expresa la forma en que el contenido escogido contribuirá a los objetivos que se persiguen con su dictado.

Sin duda, obrarán en el Departamento **las opciones técnicas barajadas** para que el currículo que incorpora la norma sirva para configurar adecuadamente ese perfil profesional del diseñador de interiores, que garantice la adecuación de los estudios que se establecen a las necesidades y demandas sociales. Tal reflexión —eminentemente técnica— debe constar en el procedimiento para que este cumpla la finalidad indicada.

DCJA 24/2006 pár. 25 y 27

El componente eminentemente técnico de la regulación recomienda que se incorporen al expediente de elaboración, como antecedentes necesarios para permitir el conocimiento de su fundamento objetivo, los **estudios técnicos** que han sido utilizados para establecer los requisitos técnicos de la regulación proyectada (que, sin duda, obran en el órgano redactor).

DCJA 63/2006 pár. 45

El expediente **no contiene una memoria explicativa específica del proyecto, aunque su finalidad se cumple sobradamente** con las justificaciones que se ofrecen en la citada orden de inicio del procedimiento de elaboración de la disposición, en los documentos cruzados entre los órganos estatales y autonómicos intervinientes en su redacción y en las consideraciones que se realizan en el informe jurídico de la Dirección de Estudios y Régimen Jurídico del Departamento consultante. Figura también el informe de la Dirección de la Oficina de Control Económico-Normativo en el que se señala la carencia de repercusión económica e incidencia presupuestaria del proyecto.

DCJA 53/2006 pár. 11

[...] la Comisión ha reiterado en varias ocasiones que la memoria explicativa ha de dar información detallada —o al menos suficiente— sobre las características de la realidad sobre la que va a proyectarse la norma, los objetivos que persigue para el concreto sector cuya regulación se aborda, las distintas opciones que se presentan para su consecución y las razones que avalan las soluciones acogidas finalmente.

La existencia de una completa memoria nos ayuda a entender la racionalidad de la norma, es decir, su utilidad para alcanzar los objetivos propuestos. Por ello, en numerosas ocasiones esta Comisión ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la conveniencia de completar el expediente con documentos que recojan expresamente y con mayor precisión las razones que aconsejan la adopción de una determinada decisión normativa.

DCJA 90/2006 pár. 36 y 37

Como consideración de mejorabilidad, finalmente, estimamos que hubiera sido conveniente, como manifestación del proceso razonado que envuelve la creación de una norma, que la **memoria conclusiva** no sólo expresara las modificaciones que ha sufrido el texto como consecuencia de las observaciones aceptadas sino también las razones que justifican el rechazo de las no aceptadas (artículo 10.2 Ley del Procedimiento de Elaboración de Disposiciones de Carácter General).

DCJA 87/2006 pár. 41

Sin perjuicio de reconocerse el valor intrínseco del documento, la Comisión atisba que **el proyecto tendrá algún grado de incidencia económica para los distintos agentes sociales, externos a esta Administración,** a que se dirige éste, sin poder llegar a determinar su verdadero alcance; por lo que considera oportuno que se pudiera incorporar al expediente algún cálculo, al menos estimado, con anterioridad a someterse el mismo a la consideración del Consejo de Gobierno.

DCJA 120/2006 pár. 31

No consta reflexión alguna sobre el impacto económico de la futura norma para sus destinatarios, cuando, sin embargo —como venimos reiterando—, en principio parece indubitado que de ésta derivan para aquéllos obligaciones susceptibles de ser evaluadas económicamente en tanto su cumplimiento parece requerir la implantación por los agentes del sector de mecanismos (de mayor o menor complejidad) que tendrán un coste. La **valoración del esfuerzo que a los destinatarios de la norma les puede suponer** su cumplimiento resulta en el caso elemento importante del juicio de factibilidad.

DCJA 121/2006 pár. 64

Véase también DCJA 87/2006 pár. 37

En cuanto a la valoración del «impacto económico» de la iniciativa es asimismo correcta. Como viene expresando esta Comisión, el entendimiento del procedimiento en su dimensión material, fuerza a interpretar el artículo 10.3 la Ley del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General a la luz del concreto contenido de cada proyecto de norma y, en este caso, si bien es cierto —como apunta el informe de la Oficina de Control Económico— que no se hace expresa mención a la **evaluación del coste «que pueda derivarse de su aplicación a otras Administraciones públicas, los particulares y la economía general»**, entiende la Comisión que *prima facie* tal valoración no resulta necesaria siendo suficiente para conocer cabalmente el referido «impacto económico», la evaluación que consta en el expediente.

DCJA 17/2006 pár. 21

Véase también DCJA 71/2006 pár. 30

F) Informes

[...] no consta el **informe de la Oficina para la Modernización Administrativa** a que se refiere el artículo 9.1,c) del Decreto 2/2006, de 28 de febrero, del Lehendakari, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Vicepresidencia del Gobierno, en el que se señala que debe informar con carácter preceptivo los proyectos de racionalización y mejora que se promuevan por los Departamentos y los Organismos Autónomos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi en sus respectivos ámbitos de competencia y supervisar su implantación. Ahora bien, aunque tal omisión constituye una falta procedimental constatable, el rigor en su exigencia y las consecuencias que de ello derivan deben ser matizados teniendo en cuenta que no se trata de un trámite contenido en una norma con rango legal.

DCJA 90/2006 pár. 35

Véase también DCJA 86/2006 pár. 70 y 71

G) Intervención preceptiva de órganos

En lo que hace a informes, en un momento inicial del procedimiento, se solicitó el del Consejo General del Poder Judicial. A la vista del artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no cabe duda de que el anteproyecto aquí dictaminado no se encuentra en ninguno de los casos en los que se requiere informe de dicho órgano. El contenido del anteproyecto ni contiene ni afecta de forma relevante jurídicamente al funcionamiento de los tribunales de justicia. Sólo indirectamente, la extensión de la mediación como solución de conflictos supondrá una disminución de los conflictos judicializados, pero este tipo de consecuencia no es suficiente para considerar la necesidad de **informe del órgano de gobierno de los tribunales.**

El **Consejo General del Poder Judicial** devolvió la consulta considerando inadecuado el momento procedimental, aspecto que la Comisión comparte, pues como ya hemos tenido ocasión de decir, se pueden distinguir los siguientes trámites y colectivos intervinientes en la elaboración de disposiciones:

a) audiencia a personas interesadas, regulado en el artículo 8 de la Ley 8/2003;

b) consulta a Administraciones distintas de la que está elaborando la iniciativa, regulado en el artículo 9 de la misma Ley; y

c) información o dictamen por órganos con competencia normativamente establecida al respecto, regulado por su propia normativa, como es el caso del Consejo General del Poder Judicial en la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

DCJA 86/2006 pár. 70 y 71

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Iniciación

Como primera cuestión que conviene precisar hay que decir que el artículo 102.1 LRJPAC permite que el procedimiento se incoe **«por iniciativa o a solicitud de interesado»**, por lo que salvo que se acuerde motivadamente la inadmisión a trámite al amparo del artículo 102.3 LRJPAC —en aquellos casos en que no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubiera desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales— la solicitud del interesado provoca que el expediente deba ser ineludiblemente resuelto por el órgano competente.

Es obvio que la solicitud formulada por el **Sindicato...** cumple los mínimos exigibles, ello no obstante existe un defecto formal que tendría que ser subsanado por el cauce

que ofrece el artículo 71 LRJPAC, en tanto que no ha aportado o cuando menos no figura en el expediente el acuerdo del órgano estatutariamente competente para formular la citada petición de revisión de oficio.

No es suficiente que se acompañe el documento que acredite la representación del compareciente, porque tratándose de una persona jurídica, se ha de acompañar asimismo, el documento que acredite la voluntad del Sindicato para entablar la acción administrativa de nulidad.

DCJA 5/2006 pár. 22 a 24

En cuanto a lo que se refiere al plazo legal establecido para reclamar la responsabilidad, hay que señalar que aunque el contenido del telegrama (de 4 de agosto de 2003) enviado inicialmente por la reclamante —diciendo que reclamaba por accidente de responsabilidad civil contra el Ayuntamiento ocurrido en la fecha y lugar indicados y agregando que sirviera a los efectos de interrumpir la prescripción, pero sin ninguna especificación más— pudiera ofrecer serias dudas de que reuniera los requisitos que resultan necesarios a fin de solicitar una reclamación de responsabilidad patrimonial (artículos 6.1 del Reglamento y 70 de la LRJPAC), la **Administración** municipal **no** le **requirió** a fin de que procediera **a la subsanación** del mismo con ofrecimiento del plazo de diez días conforme establece el artículo 71 LRJPAC.

Por dicha razón se debe considerar que aún figuraba abierto el plazo de la acción para la interposición de la reclamación de responsabilidad cuando, en fecha 16 de marzo de 2004, se formaliza el escrito de reclamación efectuado en nombre de la interesada.

DCJA 50/2006 pár. 11 y 12

B) Ordenación

Finalmente, el 21 de diciembre de 2005 se emite propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por entender que ni los hechos alegados ni la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño se encuentran probados.

Consideramos que dicha conclusión, sin embargo, no se compadece con el resultado de la instrucción, tal como se muestra en el expediente, y que, desde un punto de vista puramente procedimental, debiera haber llevado al **instructor a impulsar la actividad necesaria para acreditar los hechos,** en el caso de que efectivamente las pruebas aportadas por la interesada no se hubieran considerado suficientemente acreditativas de aquéllos.

DCJA 18/2006 pár. 15 y 16

En segundo lugar, procede recordar que la revisión de oficio de actos administrativos es un procedimiento que ha de ser *tramitado en todas sus fases,* sin que la audiencia a los interesados y la consulta a esta Comisión puedan unificarse en un solo acto, ya que son trámites que tienen cada uno de ellos su específico contenido y finalidad, debiéndose proceder a su evacuación en el momento establecido por la Ley.

No es de aplicación la regla establecida por el artículo 75.1 de la Ley 30/1992, ya que no es posible, por su naturaleza, su impulsión simultánea, siendo además obligado su cumplimiento sucesivo.

DCJA 5/2006 pár. 29 y 30

Véase también DCJA 16/2006 pár. 29 y 30 y ACJA 3/2006 pár. 39

C) Instrucción

La prueba

De acuerdo con los principios generales sobre distribución de la carga de la prueba, **cada parte soporta la carga de probar los hechos que,** no siendo notorios ni negativos y siendo controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas **invoca a su favor;** criterio general que ha de ser **modulado** por el de la facilidad de la prueba, en virtud del cual cabe desplazar la carga a quien tiene facilidad en la prueba siendo notoria su dificultad para la parte contraria.

En supuestos como el que acontece corresponde en concreto a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar tales situaciones de riesgo por la acción de terceros y para reparar sus efectos dañosos.

DCJA 61/2006 pár. 33 y 34

Aunque se han realizado los diversos trámites preceptuados para este tipo de procedimientos —se han emitido diversos informes municipales; se han practicado diversas pruebas; se ha dado trámite de audiencia a la reclamante—, existe un vicio sustancial en la realización de la prueba testifical admitida y practicada, que ha motivado que la reclamante haya solicitado, en las alegaciones deducidas en el trámite de audiencia, de declaración de nulidad de dicha prueba.

En efecto, la reclamante, en su escrito inicial de reclamación, presentado el día 5 de septiembre de 2003, relacionaba tres testigos de los hechos, aportando los datos relativos a su identidad y domicilio.

Mediante Resolución de 1 de septiembre de 2005 de la Instructora del procedimiento se admitió la celebración de dicha prueba testifical. Sin embargo, y tal como acredita el expediente, al acto de la declaración de los testigos no fueron citados ni la reclamante ni su representante legal. No se trató de un olvido, pues en el escrito por el que se cita a los testigos se les manifestaba que la celebración de la prueba se realizaría sin la presencia del reclamante, sin que esta decisión se justifique en ningún momento del expediente.

Una característica esencial en la regulación de la prueba es el respeto al principio de contradicción, tal como señala el artículo 289 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Por ello, los preceptos que regulan esta fase procesal se preocupan de que las partes estén presentes en las diferentes pruebas que se practiquen.

Esto, que es consustancial al procedimiento judicial —a salvo de las excepciones que se establecen—, lo es también en el procedimiento administrativo. La escueta regulación que se contiene en al artículo 81 de la LRPAC toma como presupuesto —pues no podría ser de otra forma— la asistencia de los interesados a la celebración de las pruebas que se celebren.

Asimismo, el artículo 85.3 del citado texto legal impone al órgano instructor adoptar las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, constatado por esta Comisión que la prueba testifical se practicó de forma incorrecta, hemos de pronunciarnos sobre el alcance de este vicio procedimental en el presente caso y decidir sobre si procede una nueva celebración de aquélla.

En este sentido, y como ha señalado la jurisprudencia —STS de 29 de marzo de1993 (RA 1924)—, debe recordarse que «el principio de contradicción en la práctica de la prueba tiene diferente virtualidad según la naturaleza del procedimiento, de modo que, como requisito formal, su defecto se ha de valorar conforme al principio general de la anulabilidad del acto por vicios de forma, establecido por el art. 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y, en consecuencia, la anulación de las actuaciones sólo se deberá decretar cuando su falta o su incorrecta realización haya causado indefensión».

DCJA 21/2006 pár. 12 a 19

La práctica de la prueba testifical propuesta, sin embargo, ha sido rechazada mediante Resolución de 11 de julio de 2005 de la Instructora del procedimiento, por entender —resumidamente— que el reclamante únicamente podría acreditar que se ha caído en dicho lugar pero no la existencia de una relación directa, inmediata y exclusiva entre el funcionamiento del servicio público y el resultado dañoso. Esta apreciación la colige el órgano instructor del hecho de que no se ha constatado por

los servicios municipales una deficiencia de una entidad suficiente como para provocar las caídas.

De conformidad con el anteriormente citado artículo 9 del Reglamento, únicamente se podrán rechazar aquellas pruebas que sean manifiestamente improcedentes o innecesarias. Esta es una facultad que corresponde al instructor del procedimiento, aunque la misma puede ser revisada a través de los correspondientes mecanismos.

Si bien a esta Comisión le resultan cuestionables —a la vista de lo instruido— las razones por las que se deniega la prueba propuesta, lo cierto es que el reclamante en el trámite de audiencia, teniendo ya conocimiento de que se había desestimado aquélla —entre los documentos que se ponen a su disposición no consta la realización de prueba testifical alguna y el escrito en el que se le concede el trámite de audiencia incorpora los fundamentos de la desestimación de su pretensión—, no formula reclamación, ni recurso ni petición alguna al respecto. En definitiva, **el reclamante se ha aquietado ante la desestimación de la prueba propuesta, por lo que no se le ha originado una indefensión que genere un vicio de nulidad del procedimiento.**

DCJA 3/2006 pár. 16 a 18

Véase también DCJA 119/2006 pár. 14

Ahora bien, para poderse derivar una vulneración de alcance constitucional en torno al rechazo de las pruebas propuestas debe traerse también a colación la doctrina constitucional correspondiente, que, como indica la STS de 23 de octubre de 1996 (RJ 1996/7641), en un completo resumen de la doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba que se reconoce en el artículo 24.2 CE, recuerda que el Tribunal Constitucional ha señalado que [...] «no puede alegar indefensión quien con su actitud pasiva o negligente ha contribuido a su producción».

Atendiendo a esta doctrina, y tras analizar las circunstancias del presente caso, esta Comisión entiende que, a tenor de lo instruido, procede pronunciarse sobre el fondo del asunto, no apreciándose que se lesione el derecho de defensa de la parte reclamante por obrar de dicha forma, con base en una consideración global del resultado y oportunidades que ha brindado a las partes la instrucción y actividad probatoria desarrollada y practicada.

En dicha consideración cobra razón fundamental la actitud mostrada por **la parte reclamante a raíz del rechazo de la práctica de las pruebas testificales propuestas,** rechazo frente al que —fuera ya de la inimpugnabilidad de la propia resolución desestimatoria de las mismas— **en ningún caso ha objetado ni alegado nada** a lo largo de la instrucción.

DCJA 50/2006 pár. 22 a 24

El órgano instructor ha rechazado la práctica de la prueba testifical. Sin embargo, aquél alega como justificación el que «es criterio en los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados en esta Entidad con respecto a la prueba testifical, practicar ésta con objeto de acreditar el nexo de causalidad en los supuestos en los que a la ausencia de informes de la Policía Local, DYA o servicios análogos presentes en el siniestro se une la existencia de una deficiencia suficiente y constatada por la Sección de Técnica Municipal, en la vía pública».

Independientemente del criterio del Ayuntamiento «el órgano instructor sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada» (art. 9 del Reglamento).

Se reiteran, así, las palabras del régimen jurídico que en este concreto aspecto de la prueba se contiene en la Ley 30/1992 y que puede resumirse de la siguiente manera: **Siempre que el interesado solicite la práctica de pruebas deberá admitirse, salvo que las propuestas sean «manifiestamente improcedentes o innecesarias».**

DCJA 35/2006 pár. 14 a 16

Pues bien, en el caso que se somete a nuestra consideración, la tesis del reclamante es confirmada por el testigo del accidente, si bien al no comparecer a la prueba testifical, ésta no ha podido celebrarse con la inmediación y contradicción inherentes a una prueba de esas características. Esto es, **no ha sido posible constatar enteramente la fiabilidad de sus manifestaciones,** sin que debamos olvidar que fueron recabadas a instancia del reclamante y una vez transcurridos tres meses del accidente.

Ello hace que, forzosamente, debamos ser prudentes al valorarla, tomando en cuenta el material probatorio disponible, en especial en lo que resulta contradictorio con el atestado elaborado por los agentes de la policía local.

DCJA 101/2006 pár. 26 y 27

En definitiva, como ha señalado la doctrina, el **incumplimiento del trámite de prueba,** ya sea por la negativa de la Administración a la apertura del periodo de prueba cuando ésta es preceptiva, ya por la inadmisión de las pruebas solicitadas cuando éstas son relevantes o necesarias objetivamente, o por la incorrecta realización de las mismas, será susceptible de generar **nulidad de actuaciones en la medida que ocasione indefensión a los interesados.**

Esta es también la doctrina de la Comisión en relación con los vicios formales del procedimiento, pues a la ausencia de un trámite esencial «no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nulidad radical (por ser éstos de carácter excepcional e interpretación restrictiva), sino ha de estarse siempre a la posible causación de

indefensión, con el sentido material y dinámico que para ésta reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso» (por todos, 58/2003).

Por último, y en esta valoración de las concretas circunstancias del caso cobra especial relevancia la incidencia que pudiera tener la prueba obviada o deficientemente celebrada en la fijación de los hechos fundamentales para la resolución del fondo del asunto. Como indica la STS de 23 de octubre de 1996 (RA 7641), en el completo resumen que hace de la doctrina constitucional sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba, el Tribunal Constitucional ha señalado que **«quien en vía de amparo invoca la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso** *a quo* **podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia».**

Atendiendo a esta doctrina, y tras analizar cuidadosamente las circunstancias del presente caso, esta Comisión entiende que, a tenor de lo instruido, procede pronunciarse sobre el fondo del asunto y que no se lesiona el derecho de defensa de la parte reclamante por proceder de dicha forma, por las razones que a continuación se exponen.

El fundamento de la pretensión de resarcimiento de la reclamante descansa, resumidamente, sobre las siguientes afirmaciones fácticas: *a)* la reclamante sufrió una caída en la pista de patinaje de Arrigunaga mientras caminaba por dicho recinto; y *b)* la causa de la lesión es la falta de indicación de una situación de peligro, así como la existencia de una rampa en un lugar donde previamente había unas escaleras.

Pues bien, estos extremos –los relativos al lugar de la caída, a la existencia de una rampa donde anteriormente había una escalera, o a la ausencia de carteles indicadores– no pueden ser negados y han de aceptarse, sin que existan otros hechos controvertidos que sean relevantes para resolver este asunto y para cuya fijación resultara fundamental la celebración de la prueba testifical. Esta última afirmación es igualmente predicable de las otras pruebas que el reclamante afirma no se han practicado.

Los razonamientos jurídicos que expondremos al analizar el fondo del asunto tendrán en cuenta las afirmaciones fácticas efectuadas por la actora, por lo que, como hemos indicado, no se causa indefensión material a la reclamante.

DCJA 21/2006 pár. 20 a 26

En efecto, la Comisión estima que este hecho está suficientemente acreditado en el expediente en recta aplicación de la **doctrina de la prueba de presunción o indiciaria,** que autoriza, como es sabido, a presumir la certeza de otro hecho si entre el demostrado y el presunto existe un enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano (artículo 386 LEC) o, en palabras del Tribunal Constitucional, mediante la prueba indiciaria cabe probar el hecho final a través de la acreditación de otro inter-

medio que permite llegar a aquél a través de una regla de experiencia (que consiste en que el sentido común implica que la realización del hecho acreditado comporta la prueba de su consecuencia).

[...] Por todo lo cual, que el día de los hechos en la acera y lugar en que cayó la reclamante había una gran mancha de aceite derramada por la barrendera mecánica que, momentos antes, había pasado por el lugar, es un hecho que lejos de ser una mera suposición o conjetura ha de tenerse, a la vista de lo instruido, por probado, ya que resulta inferencia lógica obtenida sobre la base de un razonamiento coherente, lógico y racional, asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, tal y como estimaron la policía municipal y los bomberos, y, tal y como avala una comprensión razonable de la realidad, pues así como el origen de una mancha de aceite en la calzada –abierta a todo tipo de vehículos– resulta difícil de precisar, sucede lo contrario con una mancha de grandes dimensiones en la acera por donde el tránsito de vehículos queda casi restringido a los públicos destinados al servicio de limpieza.

Estima la Comisión que la reclamante ha cumplido con la carga de probar las circunstancias de hecho que determinan la viabilidad de su pretensión, dado que los informes de los servicios municipales que acudieron al lugar de la caída otorgan plena verosimilitud a su versión de los hechos.

DCJA 106/2006 pár. 28, 34 y 35

Informes

El expediente se somete a esta Comisión vencido el plazo legal de seis meses dado para resolver y notificar la resolución, al no poder entenderse que haya existido **interrupción** alguna **del plazo para dictar resolución** por el tiempo transcurrido desde la fecha en la cual se procedió a solicitar informes a la Secretaría Técnica de la Dirección de la Ertzaintza y a la Dirección de Procesos Electorales y Documentación y su recepción, pues no cabe asimilar este supuesto a ninguno de los casos previstos de suspensión de dicho plazo contemplados en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992 LRJPAC.

Los informes solicitados constituyen un trámite necesario que han de acordarse de oficio por el órgano instructor, a tenor de lo previsto en el art. 10 del Reglamento, disposición que establece que para la instrucción del procedimiento podrá solicitar cuantos informes estime necesarios para resolver, y, en todo caso, se solicitará informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta infracción.

La posibilidad de poder entender suspendido el procedimiento por la realización de un trámite obligatorio como es la emisión del informe por el servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta infracción, supondría, tal y como ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 16 de julio de 2006 (JUR 2004\275282), **dejar inoperante por el mero criterio de la Admi-**

nistración el plazo máximo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 LRJ-PAC para dictar resolución. Plazo que ha de entenderse que debe comprender todos los trámites que preceptivamente se han de realizar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

DCJA 112/2006 pár. 18 a 20

Audiencia de los interesados

En el expediente no consta intento de la audiencia que, tal y como determina el artículo 11 del Reglamento, debe practicarse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, sobre la totalidad del expediente tramitado hasta dicho momento, existiendo, como hemos relatado, diversos informes incorporados tras la solicitud.

Cumple a esta Comisión recordar que la audiencia al interesado **es un trámite esencial,** recogido en el artículo 105.c) de la Constitución que garantiza no sólo la participación de los ciudadanos 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.

Y, si bien es cierto que a la ausencia de dicho trámite no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nulidad radical (por ser éstos de carácter excepcional e interpretación restrictiva), sí ha de estarse siempre a la posible causación de indefensión, con el sentido material y dinámico que para ésta reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso.

DCJA 19/2006 pár. 12 a 14

Véase también DCJA 36/2006 pár. 13 y 14

Asimismo, se ha concedido a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia, conforme al artículo 11 del citado Reglamento, habiendo formulado las alegaciones que ha estimado oportunas.

Cabe señalar, no obstante, que se efectuó un trámite posterior a la audiencia —el informe sobre la valoración de los daños referente al siniestro realizado por la Compañía de seguros contratada por el Departamento—, respecto al que el reclamante no ha podido alegar.

Cúmplele a la Comisión en este punto recordar que el trámite de la audiencia, recogido en el artículo 105.c) de la Constitución, debe **practicarse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución,** sobre la totalidad del expediente tramitado; trámite que no se habría cumplimentado en

el expediente, como se acaba de señalar, con relación a la valoración del daño efectuada por el servicio contratado.

DCJA 99/2006 pár. 17 a 19

Véase también DCJA 107/2006 pár. 13 a 15

Junto a ello, también la Comisión, cuando se ha enfrentado al examen de una ausencia o defectuosa realización del trámite de audiencia, ha recordado que no basta con constatar la irregularidad procedimental, sino que deben examinarse las consecuencias de ésta, a la luz de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que, en materia de procedimiento, el principio general priva al vicio procedimental de efectos invalidantes, siendo éstos la excepción cuya apreciación reclama siempre la concurrencia de indefensión en el sentido material y dinámico que exige la jurisprudencia. Esto es, el análisis de la audiencia exige ponderar en cada caso los efectos de su omisión o irregular realización en las posibilidades materiales de defensa de quien debía ser oído.

Asimismo, dicho análisis se cierra, en función del caso, con el examen de la variación que pudiera sufrir el acto administrativo originario de haberse observado el trámite, porque el **principio de economía procesal avala que no se produzca la retroacción cuando el resultado no puede cambiar.**

Atendidas las circunstancias del caso, la no realización de la audiencia produce, a juicio de la Comisión, la privación del derecho a la defensa de los intereses legítimos de ambas entidades. Es precisamente esa garantía la que otorga sentido y razón al trámite de audiencia, por lo que su ausencia es causante de la indefensión que otorga al defecto la cualidad de invalidante.

ACJA 3/2006 pár. 21, 22 y 28

Debe recordarse que el trámite de audiencia debe cumplimentarse «instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución», poniéndose de manifiesto a los interesados todos los documentos que figuren en el expediente a tenor del literal del artículo 84.1 de la Ley 30/1992.

En el caso dictaminado, sin embargo, dado que no existen actos de instrucción posteriores al de iniciación —pues los documentos en los que se sustenta la decisión (esto es, el informe del Arquitecto y el de la Secretaría General) son previos a tal acuerdo—, y constan en él los datos en virtud de los cuales habría de dictarse la resolución, puede afirmarse que materialmente no se incumplen las garantías legalmente establecidas para la práctica de la audiencia.

DCJA 28/2006 pár. 19 y 20

Sobre la instrucción, en primer término, hay que señalar que el trámite de audiencia, por lo que respecta a los terceros adquirentes de las edificaciones, ha sido practicado únicamente con el presidente de la comunidad de propietarios de ..., sin que se haya practicado notificación alguna directamente con cada uno de los titulares de los pisos y locales que integran la comunidad constituida bajo el régimen de propiedad horizontal.

Pues bien, si se considera que estos son interesados en el procedimiento de revisión de oficio, dado que el resultado del acto jurídico que está en trámite de producirse, esto es, la anulación de la reparcelación, puede afectar a sus derechos e intereses legítimos de forma directa y no meramente indirecta, refleja o mediata —supuesto ante el que esta Comisión estima que nos encontramos—, no basta, para entender cumplido el esencial trámite de audiencia que nos ocupa, con la notificación al presidente de la comunidad, pues su representación solo alcanza a la comunidad como tal, esto es, en cuanto a los actos que se refieran únicamente a los elementos comunes de la propiedad y que no afecten directamente a los derechos que cada uno de los propietarios ostentan sobre los elementos privativos.

No representando el presidente de la comunidad, pues, a cada uno de los propietarios de las fincas privativas, y estando afectado en sus derechos e intereses a título individual cada propietario, debería haber sido con cada uno de éstos con los que debería haberse practicado el mencionado trámite, cuya ausencia viciaría de nulidad el procedimiento que nos ocupa.

DCJA 32/2006 pár. 34 a 36

En relación con este último trámite hay que decir que con fecha 1 de junio ha presentado alegaciones la empresa promotora, que se declaran fuera de plazo mediante Decreto de 19 de junio de 2006, en base a que el plazo finalizó el anterior día 30 de mayo, recordándole al alegante que la prórroga de 10 días más se había solicitado y concedido en otro expediente, resolviéndose formalmente inadmitirlas a trámite, aunque se aportan al expediente.

Entiende esta Comisión que dicha actuación expresa un rigor contrario a la LRJPAC, cuyo artículo 35, al establecer el estatus del administrado, declara, entre otros, en su apartado e), el **derecho de los ciudadanos a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia,** ordenando que aquéllos sean tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

Más concretamente, el artículo 79.1, al regular la instrucción del procedimiento, reitera el citado derecho y la necesidad de que las alegaciones y los documentos aportados sean tenidos en cuenta en la propuesta de resolución. Y el artículo 76.3, por su parte, tras permitir declarar decaído en su derecho al trámite al interesado que deje transcurrir el plazo sin cumplimiento, ordena admitir su actuación, que producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se le notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

Aplicando los preceptos citados al procedimiento que venimos analizando, hemos de concluir que, si bien el Decreto de inadmisión aludido no es conforme a Derecho, tal trámite no produce indefensión a los interesados, que han tenido acceso al expediente y han formulado escrito de alegaciones, el cual, con los documentos que lo acompañan, forma parte integrante del expediente y, por tanto, ha podido ser conocido y valorado por la Comisión. En suma, por aplicación de lo establecido en el artículo 63.2 LRJPAC, nos encontramos ante una irregularidad de procedimiento que carece de efecto invalidante.

DCJA 73/2006 pár. 23 a 30

Véase también DCJA 70/2006 pár. 40 y 41

Propuesta de resolución

Por su parte, la propuesta de resolución ha de redactarse una vez concluida la instrucción, siendo la misma preceptiva, ya que el instructor ha de **valorar todas las cuestiones derivadas del procedimiento,** en particular, deberá tener en cuenta las alegaciones y documentos u otros elementos de juicio que hayan sido incorporados por los interesados. Además, dicha propuesta debe contener la decisión que se pretende adoptar al final del procedimiento y, por tanto, ha de confeccionarse siguiendo la estructura de las resoluciones y constar de una motivación suficiente, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho, tal y como prevé el artículo 54.1.b) LRJPAC.

DCJA 16/2006 pár. 31

Resulta, por otra parte, también anómalo en el expediente, que el único documento formalizado como **propuesta de resolución,** de sentido parcialmente estimatorio, se confeccionara **de forma anticipada** al cumplimiento de otros trámites aún por efectuar, como el informe médico pericial a efectuarse por la compañía de seguros contratada, al que la propuesta se remite de forma expresa. Esto muestra que el expediente no disponía todavía en ese momento de todos los elementos precisos para pronunciarse; integración de trámites posteriores que hubieran debido llevar, una vez completados, a conceder una nueva audiencia y a formalizar la verdadera propuesta de resolución.

DCJA 97/2006 pár. 13

Plazo para resolver

Debe señalarse, por otra parte, que el expediente se somete a esta Comisión superado ya el plazo legal de los seis meses establecido para resolver y notificar la solicitud (artículo 13.3 del Reglamento). En cualquier caso, esto no supone, ningún óbice para continuar

con la tramitación y resolución del expediente por cuanto **persiste la obligación legal de la Administración municipal de dictar la resolución expresa** prevista en el artículo 42.1 LRJPAC, sin que tampoco se vea obstaculizado para hacerlo por los límites contenidos en el artículo 43.4 LRJPAC, dado que el efecto del silencio que figura establecido para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial es de sentido desestimatorio (artículo 142.7 LRJPAC). Tampoco lo impide el que la reclamante haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto desestimatorio, resultando aplicable la regla prevista en el artículo 36.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

DCJA 2/2006 pár. 13

Véanse también DCJA 8/2006 pár. 12 y 13,
DCJA 21/2006 pár. 28 y DCJA 83/2006 pár. 13

Respecto al plazo para resolver, es necesario indicar que habiéndose iniciado el procedimiento a solicitud de interesado, según el artículo 102.5 de la Ley 30/1992, con el transcurso del plazo de tres meses sin dictarse resolución se podrá entender desestimada por silencio administrativo.

El **dies a quo** para el cómputo se ha de situar en la fecha en que la solicitud tiene entrada en el registro del órgano competente para su resolución (artículo 42.3.a) LRJPAC) esto es el 3 de mayo de 2005, habiéndose rebasado ampliamente el plazo previsto en la ley para la terminación —en tanto que no se solicitó al interesado la subsanación de su solicitud tampoco pudo suspenderse su tramitación conforme el artículo 42.5.a) LRJPAC—.

Ahora bien, ello no exime a la Administración de su obligación de dictar resolución expresa (artículo 42.1 LRJPAC) que al ser un caso de desestimación se adoptará sin vinculación alguna al sentido del silencio [artículo 43.4.b) LRJPAC].

DCJA 5/2006 pár. 35 a 37

Véase también DCJA 14/2006 pár. 32

[...] lo correcto, en virtud del artículo 42.3.b) de la LRJPAC, es que el **plazo comienza desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para la tramitación.** La cuestión es relevante, y puede minorar indebidamente el plazo de que dispone la Administración, cuando la presentación se efectúa por alguna de las vías que el artículo 38.4 de la misma Ley prevé, distintas del Registro adscrito al órgano competente para la tramitación, vías posibles como muy bien recuerda el proyecto en su artículo 5.2.

DCJA 111/2006 pár. 36

Véase también DCJA 59/2006 pár. 17

Suspensión

En la actualidad el procedimiento se encuentra suspendido como consecuencia de la petición de informe a esta Comisión, lo que se deriva directa e inmediatamente del artículo 42.5.c) de la LRJPAC, es decir, es una consecuencia ope legis, no dependiente, por ende, de la voluntad de la Administración.

Ello no obstante, creemos oportuno señalar que **tendría que haberse declarado expresamente la suspensión del plazo y comunicar tal suspensión al interesado;** y ello en aras de una mayor seguridad en la configuración del procedimiento y de una más completa información a aquel.

DCJA 25/2006 pár. 16 y 17

Véanse también DCJA 79/2006 pár. 17 y 18,
DCJA 95/2006 pár. 18 y DCJA 109/2006 pár. 22

3. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Procedimiento de revisión de oficio

Inicio procedimiento

La **solicitud de revisión de un acto es una auténtica acción de nulidad,** diversa de los recursos administrativos y distinta también de la mera denuncia y de la petición graciable de los particulares.

En este sentido, la primera cuestión que suscita dudas a la vista del expediente es la calificación que el Ayuntamiento realiza del escrito de la Comunidad de Propietarios de la calle B n.º ..., de 14 de diciembre de 2004, considerándolo como una solicitud de revisión de licencia[1] y tramitándola por el procedimiento previsto en el artículo 102.5 *in fine* de la LRJPAC.

La Comisión considera que, atendiendo al literal de lo manifestado en dicho escrito, **la Comunidad actuante no está manifestando con la claridad** y precisión exigible en un procedimiento revisorio **su intención de que el Ayuntamiento tramite un expediente de nulidad de la licencia otorgada, sino más bien se está limitando a poner en conocimiento de la Administración municipal su opinión sobre la idoneidad de**

[1] Escrito de la Asesoría S., S.L., en representación de la Comunidad de Propietarios de la calle B. n.º ..., al Ayuntamiento de ..., de 14 de diciembre de 2004, indicando que la puerta instalada ocupa la vía pública y terreno público así como espacio comunitario, y solicitando se verifique dicho extremo y en su caso se adopten las medidas oportunas.

la decisión municipal, solicitando asimismo se verifiquen los extremos que indica en su solicitud. Tal apreciación se confirma posteriormente en el escrito que dicha Comunidad presenta en el trámite de audiencia, indicando de forma expresa que su pretensión inicial era únicamente de carácter informativo y solicitando se proponga resolución contraria a la anulación de la licencia y al requerimiento a la Comunidad de Propietarios de la calle B n.º ..., para que retire la puerta.

Dicha circunstancia habría exigido que el Ayuntamiento, si consideraba, una vez constatados los extremos cuestionados de la licencia, que existían motivos para proceder a la revisión de la licencia otorgada**, hubiera procedido a iniciar de oficio un nuevo expediente revisorio,** en el que debería hacerse constar el acto de iniciación del expediente de revisión adoptado por órgano competente, especificando el motivo enumerado en el artículo 62.1 de la LRJPAC que fundamenta la revisión, los actos de instrucción necesarios para acreditar la existencia de alguna infracción o irregularidad en conexión con la causa de nulidad esgrimida, la documentación acreditativa de la cumplimentación del trámite de audiencia a los interesados, de modo que puedan estos tener un conocimiento exacto de las características del procedimiento instruido y alegar lo que estimen pertinente, y la propuesta de resolución en la que se contenga, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho, tal y como prevé el artículo 54.1.b) LRJPAC, la decisión que se pretende adoptar al final del procedimiento.

A idéntica conclusión se llega en todo caso si, aceptando la decisión municipal de tramitar el expediente a instancia de parte, el Ayuntamiento conoce posteriormente en el trámite de audiencia la intención de la Comunidad actuante de que se resuelva en sentido contrario a la revisión de la licencia, lo que implica claramente un desistimiento implícito de su pretensión inicial.

Es preciso señalar que, en tal caso, la Administración tiene la obligación de resolver, pero conforme a la regla general en los supuestos de «prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento», es decir, mediante una resolución que consista en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (artículo 42.1 LRJPAC).

Es obvio que el interesado puede desistir de su solicitud (artículo 90 LRJPAC), desistimiento que puede hacerse por cualquier medio que permita su constancia (artículo 91.1 LRJPAC), en cuyo caso la Administración lo aceptará de plano y declarará concluso el procedimiento (artículo 91.2 LRJPAC).

Habiéndose producido dicho desistimiento, tal circunstancia debería haber sido igualmente fundamento suficiente para poner fin al procedimiento de revisión a instancia de parte, e iniciar en su caso si se dan las circunstancias necesarias un nuevo procedimiento revisorio de oficio.

DCJA 15/2006 pár. 19 a 26

De esta forma, como decimos, es el Pleno del Ayuntamiento de Basauri el órgano que debe decidir la procedencia de la revisión, si se dieran los presupuestos que la LRJ-PAC establece para la revisión de oficio basada en causa de nulidad de pleno derecho. Cuestión distinta es la iniciativa para la tramitación del expediente o para la elaboración de propuestas de acuerdo del Pleno, aspectos que pueden entenderse comprendidos en las facultades atribuidas al Alcalde por el artículo 21 de la LBRL.

Tal aclaración es importante por cuanto **la Propuesta de Acuerdo del Pleno** del Ayuntamiento que el expediente incorpora **debería formalizarla el Alcalde.**

DCJA 32/2006 pár. 31y 32

Suspensión de la ejecución del acto

Finalmente, esta Comisión considera que a tenor del artículo 104 LRJPAC cabe acordar la suspensión de la ejecución del acto, ahora bien, la competencia corresponde a quien ostenta la de resolver el procedimiento de revisión de oficio, esto es el Comité Directivo del Consorcio.

Ello no obstante cabria sostener que, ante la exigua regulación del artículo 104 LRJPAC y la identidad de razón que preside el ejercicio de ambas facultades revisoras (SSTS de 22 de mayo de 1991-Ar. 4284 y 22 de julio de 1996-Ar.6204), una en el marco del procedimiento de revisión de oficio y la otra en el marco de los recursos administrativos, son de **aplicación analógica las reglas del artículo 111 LRJPAC,** en particular, la que declara que la ejecución del acto se entenderá suspendida si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión ha tenido entrada en el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado resolución expresa al respecto.

DCJA 5/2006 pár. 38 y 39

Instrucción

Por ello, esta Comisión ha considerado necesario advertir las circunstancias en las que se ha desarrollado la audiencia a los interesados, debiendo recordar el carácter esencial de este trámite en el procedimiento de revisión de oficio, cuya **correcta realización supone, como mínimo, la identificación de las causas de nulidad que se estima concurren en el acto objeto del procedimiento y las razones que, a juicio del órgano que propone la revisión, motivan tal apreciación,** a fin de que los interesados puedan articular correctamente su defensa (pues el objeto del procedimiento es privarles del efecto favorable que en su esfera jurídica ocasiona el acto u actos objeto de revisión) y arrumbar, así, cualquier sombra de indefensión, con el sentido material y dinámico que otorga a ésta la jurisprudencia.

DCJA 115/2006 pár. 28

Finalización del procedimiento

Resolución

Establecida la posibilidad y el régimen jurídico de la revisión de oficio de las disposiciones y actos administrativos en el ámbito municipal, antes de continuar con el examen del asunto, debe determinarse a **qué órgano municipal corresponde la declaración de nulidad** en un procedimiento de revisión de oficio.

La determinación de dicha cuestión no es sin embargo objeto de un tratamiento normativo específico, por lo que cabría decir que **corresponde al Pleno del Ayuntamiento** resolver el procedimiento de revisión de oficio, entendiendo que tal facultad queda comprendida en la competencia que a aquél atribuye el artículo 22.2.j) LBRL.

Efectivamente y tal como se ha pronunciado la Comisión en sus DDJCA n.º 83/2005 y 84/2005, a falta de una previsión concreta al respecto, entendemos que, otorgándose al Pleno la competencia para la declaración de lesividad de los actos del Ayuntamiento (tanto en el artículo 22.2.k) LBRL como en el artículo 103.5 LRJPAC), prevista para los actos anulables, con mayor fundamento ha de tenerla para las disposiciones y los actos nulos, presupuesto de la revisión de oficio (Dictamen del Consejo de Estado de 30 de enero de 2003, n.º de referencia 76/2003).

Esta exégesis se ha visto reforzada con motivo de la última reforma de la LBRL (Ley de Bases del Régimen Local) que ha introducido la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. En lo que aquí interesa, la Ley mantiene la redacción de los artículos 21 y 22 LBRL y, por ende, las reglas de reparto que provenían de Ley 11/1999, de 21 de abril, a la vez que prevé un **régimen específico para los municipios de gran población,** respecto de los cuales contiene una previsión expresa y singular al atribuir las facultades de revisión de oficio, lo que evidentemente permite distinguir a tales municipios de los restantes, de suerte que el Pleno las ostenta para sus propios actos y disposiciones de carácter general [artículo 123.1.l) LBRL] y el Alcalde para los suyos propios [artículo 124.4.m) LBRL].

De esta forma, como decimos, es el Pleno del Ayuntamiento de Basauri el órgano que debe decidir la procedencia de la revisión, si se dieran los presupuestos que la LRJPAC establece para la revisión de oficio basada en causa de nulidad de pleno derecho.

DCJA 32/2006 pár. 27 a 31

Véanse también DCJA 16/2006 pár. 26 y 27, DCJA 28/2006 pár. 12 y 13, DCJA 70/2006 pár. 34 y DCJA 15/2006 pár. 8 a 11

Efectos de la caducidad

[...] [en el procedimiento instado de oficio] sobre la suspensión del plazo, el **cómputo** de dicho plazo de caducidad deberá hacerse desde la fecha del Decreto de incoación del procedimiento de revisión, [...]

DCJA 32/2006 pár. 43

[...] de acuerdo con el artículo 102.5 LRJPAC, [...] el transcurso de tres meses desde el inicio del procedimiento de revisión sin dictarse resolución expresa produce la caducidad de éste.

Como es sabido, el efecto de la caducidad del procedimiento de revisión de oficio **no impide volver a iniciar el mismo,** si bien ello, en síntesis, supone que debe acordarse nuevamente de modo formal y expreso su inicio, pudiendo conservarse los trámites realizados, para lo cual, lógicamente, éstos han debido desarrollarse correctamente.

DCJA 115/2006 pár. 26 y 27

B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial

Iniciación

La **legitimación** de la persona que presenta la reclamación no ha sido cuestionada en el procedimiento administrativo, a pesar de que no aparece el dato relativo a la propiedad del vehículo. Es cierto que la documentación expedida por el taller de reparación está a nombre del reclamante, por lo [que] no parece que se trate de un aspecto controvertido. No obstante, habrá de justificarse la cualidad de propietario del vehículo o cualquier otro título que acredite suficientemente la legitimación del reclamante.

DCJA 8/2006 pár. 9

La reclamación ha sido presentada por personas legitimadas, la esposa e hijo del fallecido, dentro del plazo legal establecido (art. 142.5 LRJPAC), ya que **el inicio de dicho plazo se produjo con la finalización de las diligencias penales** seguidas por el fallecimiento de ...

DCJA 57/2006 pár. 20

En cuanto a lo que se refiere al plazo legal establecido para reclamar la responsabilidad, hay que señalar que aunque el contenido de los **escritos enviados por burofax** en distintas fechas (el primero el 24 de octubre de 2003 y el segundo el 14 de octubre de 2004), enviados en nombre del reclamante, diciendo que reclamaba por accidente de responsabilidad civil y agregando que sirviera **a los efectos de interrumpir la prescripción,** pero sin ninguna especificación más, pudieran ofrecer serias dudas de que reunieran los requisitos que resultan necesarios a fin de solicitar una reclamación de responsabilidad patrimonial (artículos 6.1 del Reglamento y 70 de la LRJPAC), la Administración educativa no le requirió a fin de que procediera a la **subsanación** de los mismos con ofrecimiento del plazo de diez días conforme establece el artículo 71 LRJPAC.

En este sentido tan solo cabría entender, en rigor, efectuado temporáneamente el primero de los escritos del interesado y ello si se tiene en cuenta el informe médico pericial que afirma que las lesiones tardaron en estabilizarse quince días desde el accidente, fecha que permite ser tenida en cuenta con arreglo al artículo 142.5 LRJPAC para el referido cómputo del plazo legal de la acción de responsabilidad.

Por tanto, en atención a la omisión del citado deber de la Administración y a la confianza creada en el interesado por la reanudación de oficio de trámites del procedimiento —con el requerimiento al solicitante en fecha muy posterior, 21 de abril de 2005, de diversos extremos de su petición—, cabe considerar admisible la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

DCJA 99/2006 pár. 12 a 14

Instrucción

Más concretamente, en los supuestos de **daños causados a los usuarios de las calles y paseos públicos locales por la deficiente conservación de los mismas,** los criterios jurisprudenciales vienen a señalar que es a la parte demandante 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 de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

Corresponde, por su parte, a la Administración competente en materia de pavimentación de vías públicas urbanas y su conservación (artículo 25.2.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), la prueba de la carga referente a la cuestión de la fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración y sobre la incidencia, como causa eficiente, de la propia víctima, salvo en el supuesto de hecho notorio; en el caso de ser controvertido, le corresponde, también, a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo

de lesión patrimonial y de las medidas adoptadas para asegurar la seguridad de los usuarios, así como para reparar los efectos dañosos, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo.

DCJA 50/2006 pár. 36 y 37

Véase también DCJA 102/2006 pár. 25

Obviamente, en la tramitación del expediente de responsabilidad se ha de discernir, razonada y fundadamente, sobre la imputación de la actuación generadora del daño alegado, esto es, si es imputable a la Administración Pública titular del servicio que se presta, o al contratista al que se le ha encomendado el mismo. Pero, para efectuar tal determinación, es imprescindible que durante la instrucción del procedimiento tramitado al efecto **se conceda a dicho contratista la posibilidad de intervención** en el mismo, formulando alegaciones y, en su caso, proponiendo y practicando la pertinente prueba, pues en caso contrario se le ocasiona una patente indefensión en la aplicación del régimen que sobre daños y perjuicios se contempla en el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

DCJA 29/2006 pár. 18

Finalización del procedimiento

Por un lado, la **competencia para resolver** los expedientes de responsabilidad patrimonial, como todas las atribuciones competenciales, **viene señalada por la normativa autonómica y no por la estatal,** en contra de lo que indica el fundamento jurídico primero, último párrafo, de la propuesta de resolución, como bien señala el artículo 142.2 LRJAPC, meramente remisorio. La competencia del Consejero se basa en previsión específica de la normativa orgánica departamental, o en las cláusulas de cierre de ésta (artículo 4, primer párrafo, del Decreto 222/2001, de 16 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica del Departamento de Educación, Universidades e Investigación).

DCJA 47/2006 pár. 14

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. GENERALIDADES

El régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas tiene su fundamento específico en el **art. 106.2 CE** que establece que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

DCJA 1/2006 pár. 22

Dicho régimen se encuentra hoy contemplado en los arts. 139 y siguientes de la LRJPAC y, según constante doctrina jurisprudencial, son **requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial:** la efectividad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos, sin intervención de elementos extraños que puedan alterar el curso causal; la inexistencia de fuerza mayor; y, finalmente, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta. Teniendo en cuenta que «el carácter fortuito del hecho causante de una lesión no excluye la responsabilidad patrimonial» (STS de 1 de diciembre de 1989).

DCJA 77/2006 pár.19

Véase también DCJA 10/2006 pár. 21

El citado **régimen de responsabilidad patrimonial** (artículos 106.2 de la C.E. y 139 y siguientes de la LRJPAC) **resulta de aplicación a las Entidades locales** en virtud de

lo previsto en el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), y consiguiente artículo 223 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF).

DCJA 105/2006 pár. 22

Convendrá recordar también de forma previa que el sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas **no es un sistema de seguro a todo riesgo** (DCJA 108/2003, párrafo 23). Tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «la prestación por la Administración de un determinado servicio y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (STS 13-9-2002, RA 8648;STS 5-6-1998, RA 5169;...)» (DCJA 2/2005 y 10/2006).

DCJA 50/2006 pár. 38

Véase también DCJA 10/2006 pár. 31

En todo caso, la objetividad que caracteriza a esta forma de responsabilidad, no exime el valorar los factores, vinculados o no a la propia actividad administrativa, con el fin de discernir la responsabilidad de la Administración Pública en relación con un determinado daño. Partiendo de dicha premisa, es preciso indicar que la responsabilidad patrimonial de la Administración **no debe expandirse de forma generalizada** dando cobertura a cualquier daño acaecido en el amplio campo de actuación de las Administraciones públicas, sin acreditarse debidamente la existencia de los elementos que la configuran anteriormente mencionados.

DCJA 4/2006 pár. 11

2. DAÑO

Tal y como se ha señalado anteriormente, el primer elemento que debe ser analizado para valorar la posible existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es el relativo a la **existencia y realidad de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto al reclamante.**

DCJA 113/2006 pár. 14

[...] el **pretium doloris** es un concepto que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1451] y 10 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1786]). A la hora de efectuar la valoración de este tipo de daños, la Jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 [RJ 1987, 8676], 15 de abril de 1988 [RJ 1988, 3072] o 5 de abril [RJ 1989, 2816] y 1 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8992]) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 154), derive de una «apreciación racional aunque no matemática», pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se «carece de parámetros o módulos objetivos», debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, «las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas» en una suma dineraria» [...].

DCJA 99/2006 pár. 34

En relación con los supuestos de reclamación de daños y perjuicios derivados de la **anulación de un acto administrativo,** el artículo 142.4 de la LRJPAC señala que dicha anulación no presupone derecho a una indemnización.

Esta previsión legal ha sido interpretada por la Comisión Jurídica en el sentido de que «el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisitos de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Por el contrario, para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho a percibir una indemnización deben concurrir los presupuestos generales de aquella» (DDCJA n.os 3/2001 y 70/2003, entre otros).

DCJA 80/2006 pár. 17 y 18

Véase también DCJA 74/2006 pár. 23

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Título de imputación

En orden a la imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, **debe entenderse la referencia al «funcionamiento de los servicios públicos» como comprensiva de toda clase de actividad pública, tanto en sentido jurídico como material e incluida la actuación por omisión o pasividad;** y entendiéndose la formula de articulación causal como la apreciación de que el despliegue de poder público haya

sido determinante en la producción del efecto lesivo; debiéndose de precisar que para la apreciación de esta imputabilidad resulta indiferente el carácter de lícito o ilícito de la actuación administrativa que provoca el daño, o la culpa subjetiva de la autoridad o agente que lo causa.

DCJA 57/2006 pár. 33

Véase también DCJA 108/2006 pár. 19

A partir de estos criterios, y una vez admitida a trámite por la Administración la reclamación presentada, se plantea en el expediente sometido la cuestión atinente a la conexión o no del daño con el funcionamiento del servicio público, bien entendido que siguiendo la doctrina jurisprudencial en torno a la forma de un **actuar omisivo** de la Administración con que se tuvo que manifestar necesariamente en el caso ésta para podérsele imputar el daño –deficiencias en el mantenimiento adecuado de las aceras–, la relación de causalidad exige una prestación del servicio con **deficiencias relevantes** capaces de provocar la lesión que se reclama.

DCJA 50/2006 pár. 40

Véase también DCJA 65/2006 pár. 22

Como ha tenido ocasión de señalar esta Comisión (entre otros, DDCJA 27/1999; 9/2000; 11/2000; 12/2000) la imputación del daño a la Administración presenta una marcada peculiaridad en supuestos como el que ahora examinamos en los que el nexo causal se construye sobre el funcionamiento anormal del servicio público, consistente en una conducta omisiva cuya delimitación se hace a partir de una determinada concepción de éste.

En estos casos, el daño alegado sólo puede imputarse al servicio público cuando éste haya funcionado anormalmente, pues si el mismo se ha desarrollado con normalidad, no podrá afirmarse que tal funcionamiento se ha incorporado al proceso causal incrementando el riesgo preexistente o, desde otra perspectiva, podrá afirmarse que el particular tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, al haberse producido éste por su conducta en el ámbito o con ocasión (no como consecuencia) del funcionamiento normal del servicio público.

Como ha advertido la Comisión, **para determinar si ha sido normal o anormal el funcionamiento de un servicio público, hay que tener en cuenta las normas positivas que disciplinen la concreta actividad pública (si es que existen) pero también ha de atenderse al deber de diligencia que razonablemente requiera la concreta prestación de cada servicio, a la luz de los estándares mínimos de seguridad socialmente establecidos respecto de dicho servicio.**

Al no existir normas precisas sobre los concretos deberes de la Administración en supuestos como el que examinamos, ni existir estándares de funcionamiento del servicio normativamente fijados, es la noción del estándar social la que debe ser utilizada.

DCJA 26/2006 pár. 23 a 26

Véase también DCJA 89/2006 pár. 20 y 22

La Propuesta de Resolución traslada la posible imputabilidad del daño al Ayuntamiento por entender que en la medida en que los secretarios de los ayuntamientos son quienes, a petición de la Dirección de **Procesos Electorales** y Documentación, nombran a un «responsable del colegio electoral», persona a la que se le encomienda la cobertura de todas las necesidades que puedan plantearse en el colegio electoral, las actuaciones que estuviera obligado a realizar durante la jornada electoral dicho responsable quedarían fuera del ámbito de la Administración autonómica.

Propuesta con la que discrepa esta Comisión, dado que, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 5/1990, de 15 de junio de Elecciones al Parlamento Vasco, es al Departamento de Interior, como órgano de la Administración de la Comunidad Autónoma competente en materia electoral, al que corresponde, entre otras funciones, poner a disposición de las Juntas Electorales los medios personales y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones, así como planificar, gestionar y ejecutar todas las acciones técnicas necesarias para que el proceso electoral se lleve a cabo según lo establecido en la misma norma.

A lo que debemos añadir que la Administración Electoral Vasca, que tiene como finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, está integrada por las Juntas Electorales de la Comunidad Autónoma, de Territorio Histórico, de Zona, así como las mesas electorales —artículo 13 de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco—.

Asimismo, señalar que los secretarios de los ayuntamientos serán, de conformidad con lo establecido en el artículo 22.4 de la Ley 5/1990, de Elecciones al Parlamento Vasco, delegados de las Juntas Electorales de Zona, actuando bajo la estricta dependencia de las mismas. Estableciéndose en su disposición adicional primera que todos los gastos que comporte el proceso electoral serán a cargo de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

Disposiciones que nos permiten concluir señalando que **cuantas actuaciones sea preciso llevar tanto por el Secretario Municipal como por el Responsable del Colegio Electoral,** nombrado por el mismo a instancia de la Dirección de Procesos Electorales y Documentación con motivo de la celebración de la jornada electoral convoca-

da para la celebración de Elecciones al Parlamento Vasco, **deben entenderse realizadas por la Administración Electoral.**

DCJA 112/2006 pár. 28 a 32

Hay que decir, asimismo, que la indemnización ha sido solicitada a la Administración pública de la CAPV, lo cual es correcto por ser la titular de la competencia para proveer los medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia, lo que incluye el cuidado del correcto estado de las **instalaciones y su mantenimiento,** en este caso del **Palacio de Justicia** de Bilbao.

DCJA 25/2006 pár. 12

Véase también DCJA 122/2006 pár. 9

El **dominio público marítimo-terrestre** se configura como un título atributivo de facultades dirigidas a la determinación, protección, utilización y policía del mismo, para lo cual el Estado tiene que disponer de un conjunto de potestades que aseguren el ejercicio de dichas competencias. Competencias que vienen expresamente recogidas en el art. 110 de la Ley 22/1988, de Costas, y que en el supuesto analizado son ejercitadas por la Demarcación de Costas del País Vasco dependiente del Ministerio de Medio Ambiente.

La franja de terreno deslindada como zona de dominio público marítimo-terrestre, en el punto en el que se encontraban instaladas las tablas de madera, además de conformar la ribera de la ría de Gernika, forma parte del término municipal de Arratzu como suelo no urbanizable por lo que debemos analizar la existencia o no de competencias concurrentes.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina del Consejo de Estado, han sostenido de forma inequívoca, y concretamente respecto de los puertos y la zona marítimo-terrestre, que unos y otra forman parte del término municipal en que están enclavados, basándose en que legalmente todo el territorio nacional se divide en términos municipales, de forma que no puede quedar espacios territoriales excluidos de ellos.

Por ello, y una vez determinada la titularidad estatal de la zona marítimo-terrestre sobre la que se encontraba instalado el paso formado de tablas de madera, así como que la misma forma parte del término municipal de Arratzu, resulta preciso determinar las competencias de la Administración Municipal en la zona en la que ocurrió el accidente. No es posible, como ha declarado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia de 18 de febrero de 1999 (RJC 1999\3889), admitir sin más que exista título de imputación por referen-

cia exclusiva a la competencia municipal en materia de seguridad en lugares públicos que establece el art. 25.2.a) de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, pues dicha competencia ha de ponerse en relación con las particularidades de la legislación especial que regula la materia del dominio público marítimo terrestre.

Los Ayuntamientos vienen ejerciendo, tradicionalmente, sobre todo en relación con las playas, las competencias que, en la actualidad, concreta el art. 115 de la Ley 22/1988, de Costas y el art. 208 del su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, modificado por el Real Decreto 1112/1992, de 18 de diciembre.

[...] De lo expuesto debemos concluir, como lo hace la Sentencia de 18 de febrero de 1999, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y a la que anteriormente hemos hecho referencia, que la competencia municipal sobre seguridad de las vidas humanas en el dominio marítimo terrestre se residencia en las playas y lugares públicos de baño.

DCJA 57/2006 pár. 40 a 47

Estándares de funcionamiento

Esta Comisión ha advertido de la gran dificultad que entraña la definición casuística del estándar de funcionamiento, si bien ha avanzado algunas **pautas orientativas** que, en enumeración sintética, cabe condensar en los siguientes tres criterios:

En primer lugar, el estándar social no puede establecerse al margen de la valoración de los recursos económicos que la prestación del servicio conforme a aquél conllevaría (un estándar elevado puede hacer inviable el servicio).

En segundo lugar, el estándar no puede definirse a partir de lo deseable, sino en atención a lo razonablemente posible —criterio que veda su delimitación ex post, a partir del daño sufrido, aunque éste fuera grave—.

Y, en tercer lugar —como criterio de cierre—, el estándar ha de construirse sobre el test de razonabilidad, aplicado en consideración a la naturaleza del servicio y las circunstancias que presente el caso.

DCJA 26/2006 pár. 27 a 30

Por ello, no toda incidencia lesiva es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, y no lo será «en los supuestos en que el daño se produzca a pesar de que **el servicio haya funcionado de acuerdo con lo razonablemente exigible** atendiendo a las circunstancias del caso y la situación jurídica, social, económica y tec-

nológica del momento, pues en tales supuestos hay que entender que o bien el daño no es objetivamente imputable al funcionamiento del servicio [...] o bien que el daño no es antijurídico» (DCJA 22/1999 y 2/2005, entre otros muchos).

DCJA 10/2006 pár. 32

Véanse también DDCJA 60/2006 pár. 25 y 35/2006 pár. 36

Por tanto, en el examen obligado del requisito del nexo causal entre el daño y la omisión, cuando ésta se concreta en una inactividad consistente en no haber prevenido situaciones de riesgo, de acuerdo con la jurisprudencia (por todas, STS 7.10.1997), debe, en primer término, comprobarse si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad pública a la que se imputa el daño se incluye o no la actuación necesaria —que se dice omitida—. Y, a tal fin, **no basta con atender a las obligaciones explícita o implícitamente impuestas por las normas reguladoras del servicio, sino que debe también acometerse la valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actuación administrativa** (artículo 103. 1 CE).

DCJA 91/2006 pár. 29

En lo que se refiere a una **actuación pasiva,** la imputación del daño requiere demostrar la existencia de una ineficacia, un mal funcionamiento de la Administración, ya sea en el cumplimiento de los deberes de conservación o mantenimiento del edificio, ya sea en el cumplimiento del deber de eliminar una fuente potencial de riesgo y evitar el menoscabo, 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, lo que hemos denominado el estándar de funcionamiento razonable.**

DCJA 79/2006 pár. 31

Véase también DCJA 112/2006 pár. 37

[...] el nivel exigible a la actuación del servicio público implicado no puede ser [...] establecido al margen del tipo de evento al que debe responder y, para el caso que aquí examinamos, se aprecia que establecer el estándar en los parámetros que propone la reclamante no resultan aceptables: **la inmediatez exigida no se compadece con el criterio de factibilidad** (el estándar no es el servicio óptimo sino el posible).

DCJA 112/2006 pár. 44

Véase también DCJA 109/2006 pár. 38 a 41

Daños sufridos por el personal al servicio de las administraciones públicas

El régimen general sólo podrá aplicarse mediando título específico —según doctrina constante— a falta de una regulación específica o, aún existiendo ésta, cuando su aplicación no repare los daños causados —siempre, claro está, que concurran los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial—.

En este caso, la indemnización por el daño ocasionado con motivo del desarrollo de su función por los servidores públicos, se define y sustancia en el seno de la relación jurídica que vincula a la Administración —como «patrono» o «empresario»— de aquéllos y según el régimen propio de la misma.

Para desentrañar en qué casos su aplicación no repara los daños y se puede acudir el régimen general a fin de que se encuentre amparado en su condición de particular, hay que decir que **esta Comisión ha situado fuera del sistema objetivo de cobertura únicamente los daños que sean causados por un funcionamiento anormal del servicio** —«cuando se trate de resarcir **daños ocasionados por culpa relevante,** la cuantificación de los perjuicios económicos podrá efectuarse de forma independiente para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño»—.

DCJA 25/2006 pár. 22 a 24

Debe repararse, en primer lugar, en la circunstancia peculiar de que los presuntos daños que se reclaman se han producido con ocasión de la prestación de servicios por parte de una funcionaria pública, o, más en general, de una empleada pública; pero en este caso no teniendo a un particular por víctima del supuesto daño originado por el funcionamiento del servicio público, sino porque es precisamente una funcionaria quien resulta lesionada en el ejercicio de sus funciones, en una relación de sujeción especial dotada de un estatus jurídico propio.

Esta circunstancia hace que el **régimen general** de la responsabilidad patrimonial —establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC— **resulte de aplicación solo a falta de una regulación específica o, cuando aún existiendo** ésta, su aplicación en el caso concreto *no sea suficiente* para reparar los perjuicios causados, siempre, claro está, que concurran los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, siguiendo en ello el criterio asentado de esta Comisión (entre otros, DDCJA 37/1999, 42/1999, 38/2000, 16/2001, 35/2001, 24/2002, 96/2002, 2/2003, 18/2004 y, más recientemente, 25/2006).

DCJA 41/2006 pár. 12 y 13

Como tuvimos ocasión de examinar en nuestro DCJA 35/2001, en resumen, en tanto la persona perjudicada esté vinculada a la Administración por una relación de em-

pleo (estatutaria-funcionarial allí, o contractual-laboral en el caso que nos ocupa, cuestión indiferente a este respecto) **habrá de estarse al régimen de protección social correspondiente y,** en función de que se satisfaga o no la indemnidad, **a la verdadera reparación de la persona perjudicada.**

En este caso, siguiendo los términos de la propuesta, respecto de la incapacidad temporal existe la protección específica otorgada por el Régimen General de la Seguridad Social, en el que la contingencia considerada fue la de accidente de trabajo, con las mejoras introducidas a través de las relaciones colectivas de trabajo —Convenio Colectivo y acción social de la Administración empleadora— por lo que la cobertura ha sido suficiente.

Sin embargo, las secuelas sufridas por la reclamante no han sido objeto de suficiente cobertura, por lo que, atendiendo a nuestro **criterio de procedencia de responsabilidad patrimonial siempre y cuando no se pretenda cobrar dos veces por un único concepto,** y atendiendo al origen culpable del daño producido, procede estimar dicho concepto indemnizatorio.

Efectivamente, el daño origen de la reclamación no surge por un mero funcionamiento anormal de la Administración, sino que la gravedad del defecto en el mismo (la caída de una ventana, elemento fijo del edificio), ajeno totalmente a la actividad de la perjudicada, que hacía uso ordinario de las instalaciones, lleva a calificar el daño como culpable.

DCJA 122/2006 pár. 15 a 18

Es cierto que no se descarta totalmente la aplicabilidad del régimen de responsabilidad patrimonial, pero **resulta necesario referirse primero a la regulación específica que establece las indemnizaciones por los daños sufridos por razón del servicio y resolver si esa regulación garantiza una verdadera reparación de los daños,** atendida su singular naturaleza.

DCJA 95/2006 pár. 22

Concurrencia de causas

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto en el que se aprecia una concurrencia de causas en la producción del daño, siendo éste imputable tanto a la actuación del servicio público policial mediante el uso de la fuerza, como a la acción de la reclamante que mantuvo en todo momento una actitud reacia y contraria a la intervención de los agentes, lo que hace necesario ponderar ambos aspectos a efectos de valorar debidamente la responsabilidad por el daño ocasionado.

En materia de responsabilidad patrimonial, la concurrencia de causas en la producción del daño entre las acciones de la Administración Pública y de la parte reclamante ha sido reconocida por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Así, a titulo de ejemplo, la STS de 4 de mayo de 1995, recuerda que «no es ineludible el requisito de exclusividad en el nexo causal, pues como hemos declarado reiteradamente ..., la concurrencia de causas diferentes en la producción del resultado dañoso no exonera de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que ha de valorarse para **moderar equitativamente la cuantía de la reparación o indemnización».**

Este criterio sigue siendo utilizado en la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, de lo cual es ejemplo la STS de 18 de mayo de 2002, con la jurisprudencia que se cita en la misma.

DCJA 4/2006 pár. 16 a 18

En orden al nexo causal es obligado precisar que la jurisprudencia ha evolucionado en el examen y **ponderación del requisito de la exclusividad** que en un principio exigía para establecer el nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público causante de aquél. Ahora no se niega la relación de causalidad por la falta de la nota de la exclusividad y se admiten los supuestos —cada día más frecuentes— en los que la relación causal aparece bajo formas concurrentes que, en su caso, pueden dar lugar a una moderación de la responsabilidad pública.

DCJA 51/2006 pár. 27

Véase también DCJA 33/2006 pár. 22

De acuerdo con la doctrina consolidada, cuando como sucede en este caso se aprecia la concurrencia de causas en la producción del daño debe **ponderarse la gravedad de cada una,** lo que se traduce en que, al fijar la indemnización, debamos tener en cuenta la incidencia de cada una en el resultado lesivo.

DCJA 51/2006 pár. 55

Una vez aceptado el criterio de concurrencia, es preciso determinar la proporcionalidad en el **reparto de la carga indemnizatoria,** debiendo moderarse el montante de la cifra resultante, esto es, atemperar la indemnización que corresponde a cada una de las partes a las características o circunstancias concurrentes del caso examinado. Ante la ausencia de datos o elementos que permitan en el presente caso cuantificar y concretar adecuadamente la participación de los responsables

de la acción dañosa, la Comisión estima como criterio correcto la valoración de la responsabilidad de cada parte en un cincuenta por ciento de los perjuicios acreditados moderando así el montante de la indemnización que corresponde a la Administración Pública en la indicada proporción (véase DDJCA 95/2000, 22/2004, 59/2004). Tal criterio es, asimismo, el mantenido por el Tribunal Supremo (SSTS 7-10-1989; 11-5-1992; 28-1-1993...) y por el Consejo de Estado (Dictamen n.º 6268/97) en supuestos similares.

DCJA 4/2006 pár. 19

Véase también DCJA 23/2006 pár. 30

Conducta de la víctima

Por último, habrá de analizarse la conducta de la propia víctima, pues **la responsabilidad queda excluida «cuando la culpa de la víctima es de tal magnitud que constituye una situación creadora de riesgo, que deviene ulteriormente decisiva en la causación del daño»** (DCJA 41/2003).

[...] Por tanto, es evidente que la actuación de la Administración no ha jugado un papel relevante, ni ha sido efecto condicionante ni puede considerarse causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño. Por el contrario, ha sido la intervención de la propia víctima la que ha sido decisiva y eficiente en la producción del resultado lesivo, intervención tan intensa que sin la misma no se hubiera producido (DDCJA 41/2003 y 2/2005).

[...] En definitiva, por todo lo expuesto, hemos de concluir que la intervención del accidentado, su imprudencia, ha sido la causa decisiva y eficiente en la producción del resultado lesivo, rompiendo la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido.

DCJA 10/2006 pár. 35, 47 y 52

A estos efectos es insuficiente que la losa no se pudiera desprender espontáneamente, pues la causa relevante a efectos de responsabilidad es el propio riesgo sin el que la lesión nunca se hubiera originado, aunque la causa material del suceso sea aparentemente otra (en el mismo sentido, el Consejo de Estado en numerosas consultas, por todos Dictamen 950/1994, de 29 de septiembre).

Esa apariencia lo que sí nos obliga es a analizar la conducta de la víctima que en el expediente se califica como imprudente. Pues bien, la Comisión destaca que no pue-

den hacerse equivalentes los comportamientos menos habituales o atípicos con los imprudentes, y que la **imprudencia relevante** a efectos de interferir en el curso causal originado por el funcionamiento del servicio público es sólo aquella que guarda relación con el resultado producido. En otras palabras, la imprudencia guarda relación con la actitud hacia el resultado, el cual tuvo que poder ser representado mentalmente por el sujeto, y no verse sorprendido por un resultado no sólo no esperado sino racionalmente no esperable.

DCJA 66/2006 pár. 18 y 19

4. ANTIJURIDICIDAD

Frente a ello, tenemos dicho que **«la antijuridicidad de una conducta como causa impeditiva de producción de una lesión en sentido técnico-jurídico se reserva, con carácter general, para aquellas conductas, equiparadas a la fuerza mayor, que comportan una intencionalidad o una gravísima negligencia de la víctima** (STS de 4-10-99, RA 8539), especificándose en los casos de actuaciones policiales en desórdenes públicos, en actitudes de clara desobediencia a las órdenes policiales o de asunción gravemente imprudente de un riesgo (STS de 18-10-99, RA 8679)» (DCJA 19/2001, párrafo 14).

Además, para «que nazca el deber jurídico de soportar el daño es preciso que la actuación policial haya sido razonable, proporcionada y que los objetivos perseguidos por ella no puedan ser alcanzados con otros medios o modos de actuar menos perjudiciales» (DCJA 5/2001, párrafo 23).

[...] Y es que, tal como indica el Tribunal Supremo —por todas, STS 2-3-1996 (RA 2253): «la culpa de la víctima puede ser relevante para atemperar equitativamente la responsabilidad administrativa pero no para eliminarla, salvo que hubiese sido de tal intensidad que suponga una auténtica ruptura de la relación de causalidad»—.

DCJA 52/2006 pár. 16 a 20

Véase también DCJA 23/2006 pár. 16 y 17

Por otra parte, se trata de un **daño antijurídico,** pues **quien lo sufre no tiene el deber de soportarlo.** En efecto, siendo indiscutible la conformidad a derecho de la retirada del vehículo de la vía pública, ello no exime a la Administración de llevarla a cabo de un forma técnicamente adecuada, sin causar al vehículo daños que no son en modo alguno consustanciales a esa retirada y que son previsibles y perfectamen-

te evitables. Tampoco se ha acreditado un comportamiento negligente del reclamante que interfiera en el nexo causal o que le obligue a soportar dicho perjuicio.

DCJA 8/2006 pár. 33

[...] le es **exigible al peatón una prudencia** y un cuidado en su transitar superior al que debe observar con carácter general en cualquier otra vía pública que no se encuentra afectada por obras.

DCJA 65/2006 pár. 30

[...] **la conducción en ciudad exige extremar la atención** y sobre todo prestar la adecuada a las condiciones de la vía [...].

DCJA 101/2006 pár. 32

Además, siendo la aparición de placas de hielo en período invernal un fenómeno meteorológico que puede producirse con cierta normalidad, resulta razonable pensar que el peatón será consciente de la necesidad de transitar con la **precaución adecuada a las condiciones de tiempo y lugar**, a fin de evitar accidentes [...].

DCJA 102/2006 pár. 37

[...] no es irrazonable exigir del **usuario de las piscinas la necesidad de transitar con la precaución adecuada a las condiciones del lugar**, es decir, con la diligencia que se requiere para caminar al abandonar las piscinas después de las duchas, momento en el que todos los usuarios van desprendiendo abundante agua.

DCJA 119/2006 pár. 29

Además, la descripción de los hechos se acerca al caso fortuito, caracterizado por la imprevisión del evento o que previsto fuera inevitable, sin que **el carácter fortuito del hecho altere el nexo causal ni exonere a la Administración** de la responsabilidad patrimonial, ya que ésta sólo queda excluida por la fuerza mayor.

[...] De este modo, el carácter fortuito del hecho forma parte del ámbito propio de las prácticas en el laboratorio y en cuyo desarrollo se produjeron los hechos; es un riesgo inherente a dicha actividad y por ello debe ser asumido por el titular del servicio público, con el carácter objetivo ya señalado, al margen de la intencionalidad o culpabilidad del sujeto agente.

DCJA 77/2006 pár. 34 a 36

5. INDEMNIZACIÓN

Por lesiones

La indemnización que fija la propuesta de resolución se realiza tomando en cuenta el **sistema de cálculo de las cuantías indemnizatorias que se aplican a la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación** (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor).

Esta Comisión, cuando se trata de daños físicos, viene admitiendo el empleo del citado sistema, como una de las posibles vías a utilizar para deducir el montante de la indemnización, si bien debe tenerse en cuenta que se trata de un **parámetro orientativo** dada su no aplicabilidad al daño corporal dimanante del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

DCJA 1/2006 pár. 31 y 32

La Comisión, no obstante, viene señalando la posibilidad de utilizar el referido Baremo como referencia orientativa y no vinculante que proporciona seguridad y objetividad jurídica a la siempre compleja valoración de los daños físicos y morales.

No siendo de directa aplicación el referido sistema, el principio de indemnidad que rige la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas al fijar el quantum indemnizatorio por tales conceptos, obliga a estar a las específicas circunstancias que advere el caso y que resulten relevantes a los efectos de dicha determinación (así, vgr: la gravedad de la lesión, la duración del proceso de curación y el padecimiento del menor en este periodo —debidamente acreditado—, su incidencia negativa significativa en lo que son las tareas y rutinas propias de los menores —tratamientos, nuevas operaciones, lesiones que impiden la asistencia a la escuela o provocan retrasos en ésta, etc.—, y, ya en fin la propia entidad de las secuelas).

DCJA 91/2006 pár. 54 y 55

Este criterio, según el cual **aplicamos el baremo vigente en el momento en el que conocemos y cuantificamos el daño objeto de la reclamación para actualizar las cuantías reclamadas,** ha sido ya utilizado por esta Comisión (DCJA 93/2004) así como por el Consejo de Estado (Dictámenes 2872/2002 y 266/2003, entre otros), **y ello aunque el accidente se haya producido con anterioridad,** pues tal como hemos puesto de relieve, el principio de la plena indemnidad por el perjuicio causado —principio rector para el cálculo de la indemnización— se respeta con la aplicación del citado mecanismo. Por tanto, las cantidades fijadas están actualizadas al año 2005.

Si bien, dado que de acuerdo con el artículo 141.3 LRJPAC «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su **actualización** a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística...», la citada cantidad deberá ser actualizada hasta el momento en que se dicte la resolución que ponga fin a este procedimiento con arreglo al IPC correspondiente, pero dicha actualización tomará como fecha de referencia, en virtud de lo expuesto, el 1 de enero de 2006.

[...] La reclamante presenta además la factura del costo de reparación del vehículo por el importe de 475,29 euros, concepto de gasto que debe entrar así mismo en la cuantía indemnizatoria. No obstante **deberá tenerse en cuenta el posible abono que haya podido percibir la reclamante por cuenta de alguna póliza de seguro** que tuviere suscrita por el vehículo, a fin de no defraudar el límite del principio de indemnidad, constituido por el enriquecimiento injusto.

DCJA 61/2006 pár. 44 a 47

Véanse también DDCJA 3/2006 pár. 45, 29/2006 pár. 49
y 20/2006 pár. 23

[...] por **día de baja impeditivo** debe entenderse aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

DCJA 77/2006 pár. 38

Esta misma razón —la necesidad de probar la efectiva concurrencia del daño en el caso concreto que nos ocupa— nos lleva a apartarnos del criterio manifestado en la propuesta de resolución departamental, por cuanto la misma se limita a aplicar el resultado de unos criterios generales, de los que resultaría la indemnización por 120 días de baja impeditiva y 60 días de baja no impeditiva, y ello sobre la base de estimar cuál suele ser la evolución normal de este tipo de procesos, pero careciendo, como decimos, del necesario sustento fáctico, suficientemente acreditado en el curso del procedimiento.

En cuanto a las secuelas, el reclamante alega el ya referido varo y recurvatum residual, de los que el propio informe médico que él presenta afirma que carecen de repercusión funcional. Partiendo de tal consideración, como expresa el informe médico elaborado en la instrucción del expediente a instancias de la Administración, se trata de desviaciones fractuarias que entran en los **márgenes de tolerancia clínica** y, por ende, no son patológicas ni deben ser valoradas como secuelas, por lo que no procede su estimación.

Por otro lado, no procede tampoco valorar otras **secuelas que no hayan sido alegadas** por el reclamante (como hace el Departamento en su propuesta, parece que refi-

riéndose a las estéticas que, según el informe, usualmente se producen, pero cuya concurrencia en el caso objeto de dictamen no ha quedado acreditada).

DCJA 38/2006 pár. 28 a 30

Sobre los días de incapacidad temporal, no creemos que deba aumentarse el número de 4 de carácter impeditivo (189,12 euros), atendiendo a la edad del perjudicado y, según el propio relato de la reclamante, a que las limitaciones en su vida la hacían más sedentaria, sobre todo en los tiempos de recreo, pero sin impedirle las actividades habituales: asistir a clase, jugar... La **mera limitación o restricción no puede considerarse impeditiva,** so pena de calificar de esta forma toda incapacidad temporal, lo cual suprimiría la especial atención que el baremo recoge en su tabla V.

DCJA 100/2006 pár. 16

Pasando ya al análisis de los conceptos indemnizables, la Comisión estima que debe concretarse en lo siguientes conceptos: *a)* los días hasta el alta, como días no impeditivos, esto es, 170 días; *b)* las secuelas, únicamente las establecidas de forma precisa y definida, sin perjuicio de que se puedan **en el futuro** configurar **nuevas lesiones o secuelas** que tengan causa del accidente y hagan necesaria su reparación.

DCJA 103/2006 pár. 29

No procede estimar, por el contrario, la cantidad del 10% en concepto de **factor de corrección** por los perjuicios económicos sufridos por el reclamante, pues como hemos indicado, la valoración de indemnización conforme al citado baremo tiene un sentido orientativo a efectos de calcular el montante del daño, pero **no resulta de directa de aplicación,** sin que conste acreditado un singular perjuicio económico que derive de la lesión sufrida (en este sentido se pronuncia también el Consejo de Estado, Dictamen 266/2003).

DCJA 3/2006 pár. 42

Véase también DCJA 97/2006 pár. 12

Lucro cesante

Respecto a la cuantía de la indemnización, tratándose de un caso de lucro cesante **por no prestación de servicios a la Administración, es ésta,** según la normativa vigente, y para el ámbito laboral los convenios colectivos, **la que puede,** y conociendo los períodos en que se hubieran prestado servicios, con plena certeza, **determinar**

exactamente **la cuantificación de la pérdida de ingresos** y demás daños anejos a tal circunstancia. Por lo tanto, en contra de lo que se extrae del fundamento de derechos tercero de la propuesta, **no recae sobre los reclamantes** la obligación de determinar con precisión y exactitud los cálculos que le han llevado a una cifra que es la que, con sus propios cálculos, la Administración debe detallar.

DCJA 47/2006 pár. 15

Otros gastos

El rechazo de la causa de responsabilidad alegada debe comportar también, por idénticas razones, la desestimación de la solicitud de abono de los **honorarios profesionales** por asesoramiento legal.

Resulta oportuno recordar sobre este particular, sin embargo, que la jurisprudencia ha consolidado una doctrina (por todas la STS de 18 de marzo de 2000) referida a los gastos producidos por defensa jurídica de los derechos, distinguiendo entre los ocasionados en vía administrativa, de posible inclusión entre los conceptos abonables —con doctrina del Consejo de Estado capaz de distinguir a su vez entre «gastos necesarios», abonables en función de circunstancias como: la índole de los daños, la cualificación profesional del lesionado, el tipo de iniciativas que hubieron de desarrollarse para conseguir el esclarecimiento de los hechos, las actividades efectivamente desarrolladas por los asesores jurídicos y la cuantificación de los honorarios; y aquellos gastos solamente «útiles»—, de aquellos derivados del proceso jurisdiccional sometidos a un régimen específico, el de las costas procesales, que requerirán de un pronunciamiento judicial, impidiendo su reclamación posterior por vía de responsabilidad.

La indeterminación de la fase administrativa o judicial a que corresponden los honorarios por los que se solicita la indemnización, se aúna a las razones antes señaladas para desestimar la cantidad solicitada por el citado concepto.

DCJA 74/2006 pár. 30 a 32

En orden a la determinación del quantum indemnizatorio, ha de recordarse que esta Comisión (entre otros, DCJA 10/2003, 99/2005) ha reconocido el carácter de concepto indemnizable de los gastos de letrado por el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial en vía administrativa, de acuerdo con la evolución que dicha cuestión ha sufrido en la doctrina del Tribunal Supremo.

[...] En idéntico sentido, tiene el carácter de gasto indemnizable la factura correspondiente a la elaboración del **dictamen pericial.**

DCJA 91/2006 pár. 50 a 52

También consideramos que son indemnizables los gastos por la prestación de **servicios domésticos** durante el tiempo en que estuvo impedida, [...]

DCJA 93/2006 pár. 33

Respecto a los gastos por el abono de **tasas** por conducción de heridos y enfermos **en ambulancia municipal,** esta Comisión considera correcta, tal y como se propone por el órgano instructor, el abono de ... y la detracción de ese abono de los conceptos relativos al Recargo de Apremio y Costas [...] al haberse ocasionado por la introducción del reclamante de un elemento (su falta de diligencia en el abono) que enerva el nexo causal en este aspecto en concreto. La Administración no puede responder de unos gastos que, en buena medida, provienen de la actitud que tome el reclamante.

[...] Sin embargo, conviene precisar que **el daño emergente no deriva de la factura o del presupuesto sino del accidente y del golpe** recibido por la motocicleta. La factura es una forma de acreditar la reparación realizada, pero no es la única forma de probar el daño.

Esta Comisión considera inadecuada la objeción de no aportación de factura cuando están acreditados los daños (constan descritos los desperfectos que sufrió la motocicleta en el atestado levantado por la Policía Municipal), pues no cabe que la Administración titular del servicio público cuyo incorrecto funcionamiento ha causado el accidente al perjudicado imponga a éste que adelante un dinero para la reparación del que puede no disponer. Por el contrario, el principio de buena fe exige que el responsable del accidente deba observar una actitud diligente en orden a disminuir las consecuencias del accidente; de ahí que no quepa exigir al perjudicado ningún actuar que vaya más allá de lo razonable ni, en éste caso, esperar a que el perjudicado presente la factura de pago de la reparación de la motocicleta.

Así pues, no es aceptable lo que apunta la propuesta de reclamación dando a entender que es necesaria la reparación de la motocicleta. No le toca decidir a quien produce el daño sino al que lo sufre, quien, a la vista de las circunstancias debe considerar si realmente le compensa. Lo importante es que, en cualquier caso, el perjudicado no obtenga un beneficio o enriquecimiento injusto con la no reparación, cosa que en este caso no se prueba haya ocurrido.

Tampoco es dable que el causante del daño tenga la facultad de exigir la forma, o el como y cuando haya de tener lugar el resarcimiento del daño que le es imputable. No puede argüir su propia infracción, o incumplimiento del principio *alterum non laedere* como hecho impeditivo o excluyente de su responsabilidad porque la otra parte haya adoptado la actitud que razonablemente le convenía cuando no está probado que haga esto con abuso de derecho, lo cual conduce a rechazar esta alegación.

DCJA 29/2006 pár. 42 a 47

Pago

El reconocimiento del derecho a la indemnización conlleva el pago de la cantidad resultante, salvo las excepciones admitidas en Derecho. **No cabe condicionar el pago de la indemnización a ningún trámite burocrático específico.** Al contrario de lo que señala la parte resolutiva de la propuesta, la inscripción en el Registro de Terceros sólo es exigible para los pagos a realizar en el ejercicio de una potestad administrativa (artículos 19, 20 y 22 del Decreto 211/1997, de 30 de septiembre, de la Tesorería General del País Vasco, en relación con el artículo 8.4, inciso final, de la Ley 8/1996, de 8 de noviembre, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de Euskadi). Debe suprimirse tal condición del acto administrativo que ponga fin al procedimiento. No obstante, y en caso de que no obren ya los datos en el Registro de Terceros, cabe informar al acreedor, fuera de dicho acto y sin ánimo coercitivo, de las ventajas de cumplir tal trámite frente al régimen común de pagos (artículo 1.171, párrafo tercero, del Código Civil), y que el retraso derivado de no utilizarlo será de su responsabilidad.

DCJA 100/2006 pár. 20

6. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Ahora bien, en el caso que ahora se suscita ha de retenerse que el supuesto nos remite a un **contrato de concesión.**

Cabe así recordar que, de acuerdo con su regulación legal, por medio de la concesión se transfiere a una persona física o jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad concedida durante un espacio de tiempo prolongado.

Sin embargo, ello en principio, **no afecta a la relación del ciudadano con el servicio público** por lo que, a fin de mantener la plena virtualidad de la garantía constitucional del artículo 106.2 CE, que debe guiar toda la actuación administrativa, el régimen de responsabilidad será el mismo que en el caso de gestión directa del servicio.

Por ello, en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que, a juicio de la Comisión (sin perjuicio de reconocer la polémica doctrinal), el artículo 97 LCAP no ha derogado el régimen que para los concesionarios y contratistas establecía hasta ese momento la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 123), en sus DDCJA 121/2000 y 54/2004 ya consideró que, **al margen de la opción que abre el artículo 97.3 LCAP cuando el perjudicado dirige la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración que otorgó la concesión, es la Administración titular del servicio la que debe**

resolver tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, si la propia Administración o el concesionario.

En efecto, el artículo 97.3 LCAP establece que los terceros pueden plantear un requerimiento previo al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. Con ello introduce una posibilidad de consulta, que hay que situar en el ámbito de la facultad de la Administración para la interpretación de los contratos (artículo 59 LCAP), con el fin de facilitar al particular perjudicado el planteamiento correcto de su acción.

Sin embargo, **hay que distinguir nítidamente esa consulta potestativa** —que si se formula expresamente será resuelta por el órgano de contratación en el sentido apuntado— **de la formulación por el perjudicado de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración,** como ocurre en el caso que nos ocupa. **Si se plantea esa reclamación la Administración está obligada a seguir el procedimiento establecido en el Reglamento y a resolverla.**

En suma, el Ayuntamiento debe resolver primero si existe responsabilidad —suya o del concesionario— y, si estima que existe, debe dilucidar en el procedimiento de responsabilidad si ésta ha de derivarse al concesionario, pues es ella la que dispone de los medios para hacerlo. No basta, como hace la propuesta de resolución, señalar que la responsabilidad no es del municipio pero podría serlo de la empresa concesionaria. La posible imputación a la empresa concesionaria ha de quedar establecida positiva o negativamente en la resolución que ponga fin al expediente.

DCJA 109/2006 pár. 28 a 34

En primer término, cabe señalar que es, en su caso, la Administración la que debe dilucidar en el procedimiento de responsabilidad si ésta ha de derivarse al contratista, pues es ella la que dispone de los medios para hacerlo. **No basta,** a tal efecto, **señalar que la responsabilidad no es del municipio pero podría serlo de la empresa contratista. La posible imputación a la empresa contratista ha de quedar establecida positiva o negativamente en la resolución que ponga fin al expediente** y el aquí remitido no permite conocer dicho extremo.

El Ayuntamiento se ha limitado a constatar que la zona se encontraba en obras y a identificar a la empresa contratista a la que ha llamado al trámite de audiencia, pero ello no es, en modo alguno, suficiente para poder considerar a dicha empresa responsable de los daños causados al reclamante, en aplicación del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP).

Esta Comisión ha tenido ocasión de analizar en profundidad los contornos aplicativos del referido precepto en su DCJA 99/2005, tomando en cuenta el contexto nor-

mativo, la doctrina especializada e incluso los pronunciamientos jurisprudenciales que han analizado el alcance del mismo.

En ese Dictamen, con las cautelas que reclama una cuestión que se ha revelado polémica, se concluyó que la Administración, en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial, puede pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad del contratista y, si ésta procede, fijar la cuantía de la indemnización.

Ahora bien, para ello la Administración ha de llevar a cabo una instrucción aquilatada y en el expediente debe quedar acreditada la ausencia de toda relación o conexión entre la lesión y la propia actividad de la Administración, una vez escindidas y determinadas sus respectivas responsabilidades, la que le corresponde como titular del servicio y la que asume la empresa contratista de la obra, atendidos los términos del contrato y las operaciones que requiera su ejecución, e identificada la causa eficiente y exclusiva del daño.

O, dicho de otra forma, **cualquier duda razonable sobre la imputación (a la Administración o al contratista) hace que deba recaer directamente sobre la Administración la responsabilidad patrimonial,** a fin de mantener la plena virtualidad de la garantía constitucional del artículo 106.2 CE, **sin perjuicio de** que la Administración pueda luego **repetir contra el contratista** la indemnización abonada.

DCJA 105/2006 pár. 28 a 33

Por otra parte, **para hacer recaer la imputación sobre la contratista tendríamos que poder delimitarla con precisión a través de los pliegos de cláusulas contractuales de la obra en cuanto determinan los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones que asume cada parte.** Sin embargo, este análisis resulta imposible ya que no constan en el expediente y el contratista únicamente alega que «habiendo razonado el Ayuntamiento que la caída se debió a la exclusiva culpa del reclamante, no resulta preciso formular mayores alegaciones en defensa del correcto proceder de C.F., S.A., pues el propio Ayuntamiento fijó la responsabilidad de la caída fuera de su ámbito».

Como ya hemos dicho, hubiera sido deseable que la Comisión conociera los pliegos del contrato, pero dado que tanto el Ayuntamiento consultante como, en especial, la empresa contratista, no se refieren a la señalización o a la falta de medidas de seguridad, estima la Comisión que se genera una duda razonable sobre la imputación de la responsabilidad, sin que ello impida emitir el dictamen, evitando demorar, aún más si cabe, la definitiva resolución de la reclamación planteada.

Partiendo de esta premisa, en el caso que se suscita, esta Comisión no puede excluir que en la producción del daño no haya intervenido la Administración Local.

En este contexto, debe recaer directamente sobre la Administración la responsabilidad patrimonial, manteniendo su plena virtualidad la garantía constitucional del artículo 106.2 CE, aunque haya un contratista interpuesto, y sin perjuicio de que la Administración pueda luego repetir contra el contratista la indemnización abonada.

DCJA 96/2006 pár. 27 a 30

Véase también DCJA 106/2006 pár. 58

Por todo lo cual, sin perjuicio de que estima la Comisión —como ha razonado— que la causa del daño, en la relación causal que exige la responsabilidad patrimonial, fue el aceite derramado por la barrendera mecánica y que los servicios públicos gestionados directamente por el Ayuntamiento (policía municipal y bomberos) actuaron de acuerdo con los estándares, al carecer de los elementos mínimos para realizar una imputación de responsabilidad a la contratista que garantice la indemnidad de la reclamante en los términos descritos, procede reconocer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por un funcionamiento anormal del servicio de limpieza de aceras, **sin perjuicio de la acción de regreso** frente a la empresa contratista, siempre que la citada deficiencia le resulte, en el marco del contrato suscrito, imputable.

DCJA 106/2006 pár. 58

7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR SECTORES

A) Mantenimiento de vías públicas

En ese ámbito de la actividad municipal respecto de las aceras y calzadas, cuya finalidad es precisamente facilitar el tránsito de personas y vehículos, cabe distinguir, como viene haciendo la jurisprudencia, **las caídas** ocasionadas por traspiés con elementos consustanciales a las vías urbanas, como semáforos, señales de tráfico, bordillos y demás mobiliario urbano, en las que, con carácter general, no se aprecia la concurrencia del requisito del nexo causal con el funcionamiento del servicio público, de aquellas otras caídas provocadas por otra clase de elementos, tales, como baldosas o losetas en estado deficiente de conservación, agujeros y socavones producidos por esa misma deficiencia o por la realización de obras públicas no señalizadas adecuadamente, las cuales pueden, siempre atendiendo a las circunstancias del caso, comportar el reconocimiento de una actuación omisiva de la Administración determinante de responsabilidad.

DCJA 36/2006 pár. 25

Véanse también DDCJA 50/2006 pár. 34 y 26/2006 pár. 20

Así, junto al incumplimiento de obligaciones que pudieran ser atribuidas al contratista como la de la correcta señalización y vallado de la zona, el concreto establecimiento del paso alternativo mientras las **obras** se realizaban (si podía o no mantenerse la acera como zona de tránsito) remite siempre a una **intervención tutelante del propio poder público titular del servicio,** quien sigue siendo el obligado por el deber de garantizar unas condiciones objetivas de seguridad en las vías del municipio que van a seguir utilizándose como aceras.

DCJA 105/2006 pár. 36

Véanse también DDCJA 93/2006 pár. 29 y 96/2006, pár. 23 a 26

Pues bien, en tales supuestos sólo cabe apreciar, con carácter general, la concurrencia del requisito del nexo causal con el funcionamiento del servicio público, en el caso de aquellas caídas provocadas por un diseño inadecuado de la vía, por un estado deficiente de la misma —por la presencia de agujeros o socavones—, o por la realización de obras públicas no señalizadas adecuadamente, las cuales pueden, siempre atendiendo a las circunstancias del caso, comportar el reconocimiento de una actuación omisiva de la Administración determinante de responsabilidad.

Sólo de esa forma cabe **diferenciar el daño producido en la carretera** (que puede ser debido a múltiples factores, no siempre fáciles de precisar) **del daño como consecuencia del servicio de carreteras** (en los que la causa eficiente del daño es el servicio público).

DCJA 101/2006 pár. 23 y 24

El segundo título de imputación que hace valer la reclamante, al atribuir a los Ayuntamientos el art. 25.2.d), de la Ley de 7/1985, de Bases de Régimen Local, la competencia en materia de **pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales,** tampoco puede ser aceptado.

[...] Ciertamente no existe un concepto legal de vía rural, pero se considera tradicionalmente como aquel camino o vía de titularidad municipal que forma parte del dominio público y que sirve para comunicar núcleos urbanos y rurales del municipio entre sí y con las fincas rusticas colindantes.

Asimismo nos encontramos que podemos definir los bienes de uso público local como el tipo de bienes que, perteneciendo a una Entidad Local, son de aprovechamiento o utilización generales, y su conservación y policía de la competencia de las Entidades Locales.

La legislación de régimen local considera de dominio público local, en concreto de uso público local, los caminos, calles, paseos, etc., de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean competencia de la Entidad Local, arts. 74 del Texto Refundido de la disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y 3.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Resultando, en consecuencia, que la obligación de mantener los caminos y vías rurales que establece el art. 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, se refiere a aquellos caminos y vías rurales que forman parte del patrimonio de las Entidades Locales como bienes de dominio público destinados al uso público.

DCJA 57/2006 pár. 50 a 55

En relación con la responsabilidad patrimonial derivada **de accidentes de tráfico originados a causa de la existencia de obstáculos o manchas en la calzada,** la jurisprudencia establece que si se trata de la acción que presumible y fundadamente cabe atribuir a un tercero desconocido y ajeno a la Administración, ello determina la ruptura del nexo causal, y a partir de ahí sólo cabe atribuir responsabilidad a la Administración en virtud de la omisión de su deber de vigilancia y de mantenimiento de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico (SSTS de 8 de octubre de 1986, Az. 5663– de 11 de febrero de 1997, Az. 535–).

En síntesis, y de acuerdo con el criterio jurisprudencial señalado por la STS de 17 de marzo de 1993 (Az. 2037) en los supuestos de intervención de un tercero, ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad (por mera inactividad de la Administración) cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de un tercero exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado (SSTS 27.11.93, Az. 8945–, y 31.1.96, Az. 474–).

En consecuencia, se puede concluir que en los supuestos de intervención de un tercero, como en caso de autos derramando sustancias deslizantes en la calzada, el nexo causal habrá de establecerse entre la inactividad de la Administración por omisión del cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento a fin de tenerlas útiles y limpias y muy concretamente de su deber de detectar con la mayor premura su existencia, o bien, en el caso de que fuera detectada a tiempo, por incumplimiento de sus deberes de señalización del peligro y restauración inmediata.

DCJA 61/2006 pár. 28 a 30

B) Espectáculos públicos

[...] una interpretación del referido Decreto 240/1988, de 22 de septiembre, en el marco del ordenamiento jurídico, impide su interpretación como norma que permita desplazar la responsabilidad de la administración (entidad organizadora) frente a los terceros, pues no es su objeto (ni podría serlo) la regulación del sistema de responsabilidad por daños ocasionados a terceros con ocasión de la celebración del espectáculo.

La responsabilidad de las administraciones públicas alcanza (a salvo, los casos de fuerza mayor —debidamente acreditados—) a los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos que causen un daño a los particulares sin que éstos tengan el deber jurídico de soportarlo. En el caso suscitado, se aprecia con evidencia que **el daño alegado resulta materialización del riesgo que conlleva la organización del espectáculo.** Dicha caracterización legal supone que, para que nazca aquella responsabilidad, no hay necesidad de probar que el titular del servicio público ha actuado con dolo o culpa, ni siquiera que el servicio se ha desenvuelto en forma anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que definen el régimen jurídico aplicable —según lo expuesto— extienden la obligación de indemnizar también al funcionamiento normal.

Así, en el caso, **para que el daño sea antijurídico basta,** por tanto, **con que el riesgo inherente al servicio público** (organización de los fuegos artificiales por el Ayuntamiento) **se ha materializado con un resultado lesivo** que la reclamante no tiene la obligación de soportar.

Conclusión que se ve avalada por el carácter netamente objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que se exige con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades públicas que por sus características son susceptibles de poner en riesgo bienes constitucionales de la mayor importancia como es la integridad física de las personas, atraen a muchos espectadores y en las que, por definición, concurren especiales elementos de riesgo.

Los Ayuntamientos —al entender legítimamente que es necesario mantener una determinada tradición popular (en este caso, la celebración anual del concurso de fuegos artificiales)— asumen un riesgo y si bien deben extremar su diligencia para prevenir accidentes —como aquí, sin duda, sucedió—, de producirse éstos (a salvo la fuerza mayor o la culpa relevante de la víctima —aquí, inexistente—), deben responder patrimonialmente de los daños causados, por evidenciar éstos que han sido ineficaces las medidas adoptadas para garantizar la seguridad de los espectadores sin que se requiera el examen de los elementos subjetivos relacionados con la culpa o negligencia del Ayuntamiento.

[...] Cuestión distinta —también suscitada en el expediente— es si cabe trasladar a la empresa pirotécnica y a su aseguradora la obligación de satisfacer la indemnización debida.

[...] En el caso sometido a examen, como sucedía en la STS de 23 de febrero de 1995 (RJ 1995/1280), no puede prosperar la tesis de que nos hallamos «...ante un supuesto de contratación, en el que el contratante asume, personal y exclusivamente los riesgos derivados de su actuación, pues de una parte, no se ha acreditado, ni tan siquiera se ha intentado acreditar que en el contrato a que se refiere se incluyera cláusula alguna de tal naturaleza...».

Sin poder tampoco soslayar que **la doctrina jurisprudencial** (en este «subsector» de la actividad pública) **no admite la posibilidad de eximir de responsabilidad a la administración organizadora de juegos o fiestas generadoras de riesgo, por remisión al carácter popular del evento** (vgr: organización por Comisiones de Fiestas) **ni por remisión a la empresa contratada** (por todas, STS de 25 de mayo de 1999 que recoge la doctrina de las SSTS de 13 de septiembre de 1991, 18 de diciembre de 1986, y 27 de mayo y 24 de noviembre de 1987; doctrina asimismo recogida por los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, sentencias del TSJ de Baleares de 31 de enero de 2003 o del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de enero y de 22 de marzo de 2002).

Para concluir, huelga recordar que la precedente conclusión no prejuzga el derecho de repetición del Ayuntamiento contra la empresa pirotécnica.

DCJA 33/2006 pár. 34 a 43

[...] **la responsabilidad frente al espectador que sufre un daño durante el espectáculo es,** en principio y con carácter general, **de la entidad organizadora** —artículo 18.2 de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas (en adelante LEPAR)—.

La LEPAR configura lo que la doctrina viene denominando responsabilidad por riesgo, que se caracteriza porque la imputación de la responsabilidad se construye en virtud de la creación de una situación que por sus características objetivas implica un riesgo, obligando a quien crea dicha situación a responder de las consecuencias que de aquélla puedan derivar a terceros.

[...] En efecto, debe tenerse en cuenta que, como es doctrina consolidada, tratándose de una responsabilidad por riesgo **ni siquiera la mera acreditación del cumplimiento de los deberes legales y reglamentarios sirve para exonerar aquélla.**

Y, asimismo, no puede olvidarse que si ese régimen es aplicable a toda entidad organizadora, con mayor razón se habrá de aplicar cuando es una administración pública cuyo régimen de responsabilidad extracontractual, según lo expuesto, está configurado legalmente en los términos ya descritos y alcanza (a salvo, los casos de fuerza mayor —debidamente acreditados—) a los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos que causen un daño a los particulares sin que éstos tengan el deber jurídico de soportarlo; caracterización legal que, entre otras conse-

cuencias, conlleva que no sea necesario probar que el titular del servicio público ha actuado con dolo o culpa, ni siquiera de que el servicio se ha desenvuelto en forma anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que definen el régimen jurídico aplicable –según lo expuesto– extienden la obligación de indemnizar también al funcionamiento normal.

En suma, la existencia del requisito del nexo causal entre el espectáculo y el daño es aquí innegable, máxime cuando el expediente no proporciona información alguna sobre las condiciones de seguridad en las que se autorizó el espectáculo ni sobre las condiciones en las que se autorizó la instalación de los elementos portátiles.

DCJA 51/2006 pár. 40 a 46

C) Boletines Oficiales

En este sentido, el citado anuncio fue remitido para su publicación por don J.A.M.R., autoridad facultada para autorizar su inserción en su condición de Delegado de la Agencia Estatal de Administración Tributaria del País Vasco, siendo ésta la autoridad responsable de la autenticidad y contenido del anuncio publicado, por lo que una vez constatado por el Servicio del Boletín que en el escrito de solicitud figuraban todos los requisitos previstos en el Decreto 155/1993, de 11 de junio, se procedió a su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco.

De lo expuesto cabe concluir que la **actuación del Servicio del Boletín Oficial del País Vasco es meramente instrumental** y su finalidad es posibilitar la publicación de las leyes, disposiciones administrativas y actos del servicio **del órgano remitente** que **es quien debe analizar la oportunidad y legalidad de la publicación de los textos.**

Si bien es cierto que la participación concurrente, desde el punto de vista causal, de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada impone soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad.

En este sentido tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia 23 de noviembre de 1999 (RJ 2000/1370) »que cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponda el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de

vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (STS de 15 de noviembre de 1993).» Criterios jurisprudenciales recogidos en la Ley 4/1999, mediante la modificación operada en el artículo 140 LRJPAC.

Por lo que esta Comisión comparte el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución al considerar que **no puede imputarse responsabilidad alguna de la Administración** de la Comunidad Autónoma del País Vasco, **como consecuencia de las actuaciones llevadas a cabo por el Servicio de Boletín Oficial del País Vasco como consecuencia de la publicación.** Concluyendo todo lo expuesto que no es atendible la pretensión del reclamante, pues nada de lo alegado es susceptible de hacernos considerar que se dé la imputabilidad requerida a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo cual hace innecesario proceder a realizar el análisis del resto de los requisitos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

No obstante, y a mayor abundamiento, señalaremos que el reclamante tampoco ha acreditado la existencia de una lesión patrimonial real y efectiva, presupuesto básico para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial, así como que el derecho alegado por el reclamante no puede obstaculizar la tramitación de expedientes administrativos o procesos judiciales, habiéndose declarado por el TC en Sentencia de 14 de junio de 1983, 50/1983, «el recurso se fundamenta en la hipotética lesión del derecho al honor (art. 18.1CE). Es obvio, sin embargo, que este derecho no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en estos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la ley puede garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos».

DCJA 94/2006 pár. 27 a 32

D) Control del ruido

En un momento determinado pudiera cuestionarse la **trascendencia constitucional de la contaminación acústica,** pero en la actualidad existe ya una abundante doctrina jurisprudencial, donde se afirma que tal circunstancia (exceso o reiteración de ruidos) puede afectar a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE).

Es un exponente importante de esa jurisprudencia la sentencia del Tribunal Constitucional —STC— 119/2001, de 24 de mayo, que invoca expresamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reflejada en las sentencias de 21 de fe-

brero de 1990 (TEDH 1990, 4) (caso Powell y Rayner contra el Reino Unido), de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3) (caso López Ostra contra el Reino de España), y de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 2) (caso Guerra contra la República de Italia).

De la doctrina contenida en esa STC 119/2001 merece aquí destacarse lo siguiente:

a) Que como domicilio inviolable ha de identificarse el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita.

b) Que este derecho fundamental ha adquirido una dimensión positiva, en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad.

c) Que habida cuenta que el texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, se hace imprescindible asegurar la protección del derecho fundamental de que se viene hablando no sólo frente a las injerencias de terceras personas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada.

d) Que el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente de permanente perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos (como lo acreditan las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental).

e) Que ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio.

f) Y que debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prolongada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

[...] El primero de los derechos cuya vulneración alega el reclamante para argumentar la lesión es el del **medio ambiente.** A este respecto, debe quedar al margen la citada alusión al derecho a un medio ambiente ya que para que nazca el derecho a la indemnización es necesario que se produzca una lesión en cualquiera de los derechos y bienes del reclamante, pero debe ser, además de efectiva y evaluable económicamente, individualizada con relación a una persona o grupo de personas. En este sentido, no es adecuado analizar la calidad de vida existente en el entorno urbano de su vivienda sino si se han producido las inmisiones acústicas en su domicilio.

[...] Por lo que específicamente se refiere a la vulneración del **«derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio»,** los alegatos del reclamante carecen de respaldo probatorio. Concretamente no ha acreditado el reclamante ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permita concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental que alega. Por el contrario, toda su argumentación se basa en una serie de estudios sonométricos realizados en lugares distintos de su domicilio, no constituyendo justificación suficiente sobre la veraz y contrastada incidencia de los ruidos que alega soportar en su residencia.

[...] En este sentido, aunque es evidente que el funcionamiento irregular de actividades hosteleras afecta a la calidad de vida de las personas que viven en las inmediaciones de esos locales, pues ocasionan molestias de ruidos que los vecinos no tienen la obligación de soportar, para comprobar si ha habido un daño que determine el nacimiento de responsabilidad administrativa es necesario verificar si se ha producido una inmisión acústica en la vivienda del reclamante.

Y en este aspecto, como hemos visto, en el expediente de reclamación de la responsabilidad patrimonial no se aportan pruebas suficientes para considerar que la existencia de ruido persistente en el local le ha provocado los daños invocados por el reclamante.

Con este parámetro, no podemos sino entender que no se dan los presupuestos determinantes de la existencia de una responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de un servicio público, debiendo, por tanto, detener nuestro análisis en un paso argumental previo al estudio de la presunta inactividad del Ayuntamiento.

DCJA 13/2006 pár. 37 a 48

E) Centros escolares

Para que surja la responsabilidad patrimonial, así entendida, se exige que concurran una serie de requisitos de carácter legal, y tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, y aún admitiendo que no todas sus consecuencias pueden imputarse al funcionamiento del servicio, hay que afirmar que **sí se deberá responder cuando los daños sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia.**

De otro lado, según constante doctrina, para reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial, no basta que la lesión se produzca con ocasión del funcionamiento del servicio público, sino que aquélla ha de ser consecuencia·de éste.

Pues bien, en el caso sometido a dictamen, es claro, como recoge la propuesta de resolución del Departamento, que concurren los requisitos exigidos para generar la responsabilidad que se reclama: así, el menor sufrió el daño cuando se encontraba en el

centro escolar durante el descanso del comedor, como consecuencia de un incorrecto funcionamiento de las instalaciones deportivas, que estaban siendo utilizadas por los alumnos de acuerdo con las normas del centro. Efectivamente, como señala con claridad el informe del director del Instituto, el accidente se produjo al caerse la portería de fútbol encima del alumno, debido a que se encontraba mal anclada al sistema de sujeción establecido para este tipo de aparatos.

DCJA 38/2006 pár. 17 a 19

Tratándose en el caso de una responsabilidad concerniente a un centro público de carácter educativo, conviene recordar asímismo que el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración de la que tratamos sea objetiva **no significa que la misma deba responder de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos.** Para que proceda deberán tenerse en cuenta los requisitos que ya hemos señalado y siempre analizándolos a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Es necesario que los daños sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que componen el servicio público educativo: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio afectado.

No ofrece dudas que los hechos dañosos acaecieron en el ámbito de actuación de la Administración educativa, pues se produjeron en el patio cerrado de un Colegio y durante el tiempo en el que la menor se encontraba bajo la custodia del personal de vigilancia del mismo.

Es cierto que si el Centro y su personal hubieran cumplido un estándar de actuación que se ajuste a un marco de previsión razonable, no existiría relación de causalidad para imputar a la Administración la lesión o el daño producido, pero en opinión de la Comisión no es éste el caso.

DCJA 103/2006 pár. 19 a 22

Véase también DCJA 99/2006 pár. 24 y 25

F) Suelo y urbanismo

Entrando al fondo de la cuestión, resulta indiscutido que la pretensión se basa en una modificación de planeamiento vinculada, se dice, con los patrimonios de los reclamantes sólo en tanto la obligada construcción de una mayor proporción de VPO[2] minora el

[2] Viviendas de Protección Oficial.

valor del suelo, dada la diferencia de precio que las viviendas con dicha calificación presentan respecto a las de mercado libre.

Desde el propio fundamento básico de la pretensión, la misma es insostenible. Ni siquiera es claro para los reclamantes el término de comparación para determinar la diferencia patrimonial. No puede serlo un mínimo señalado por Ley vigente en toda la Comunidad Autónoma pero unánimemente interpretada como permisiva para una proporción mayor de VPO, por lo que, en absoluto determina ningún derecho subjetivo de los titulares de suelo. Ello se debe a su abstracción normativa, que requiere la interposición de los correspondientes instrumentos de planeamiento y los instrumentos de gestión urbanística y actos aplicativos, y a su carácter de mínimo.

Pero es que tampoco el planeamiento previgente había delimitado el patrimonio de los hoy reclamantes, ni ninguno de sus derechos subjetivos. Su posición jurídica, respecto al valor esperado del suelo de que son titulares, no puede superar la consideración de **mera expectativa de un lucro,** cuya realización requería los complejos procesos jurídico-urbanísticos, constructivos y comerciales, todavía hoy pendientes de culminar, por cierto.

DCJA 83/2006 pár. 14 a 16

CAPÍTULO IX

REVISIÓN DE OFICIO

1. ÁMBITO DE LA POTESTAD REVISORA

La revisión de oficio de los actos administrativos se encuentra hoy regulada con carácter general en el Capítulo I (Revisión de Oficio) del Título VII (De la revisión de los actos en vía administrativa) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

Este régimen descansa en una de las clasificaciones típicas de los actos administrativos: los **actos favorables o declarativos de derechos y los actos de gravamen o desfavorables.**

Siendo cierto que dicha distinción plantea a nivel práctico no pocos problemas, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente optan por definir el acto favorable con amplitud como todo aquél que genera o reconoce una situación jurídica subjetiva de ventaja a su destinatario o que, al menos, elimina algún obstáculo para que ejercite un derecho preexistente. El acto desfavorable es, por el contrario, el que tiene el efecto de restringir el patrimonio jurídico del destinatario, bien por imponerle una carga u obligación nuevas, bien por privarle, modificando o extinguiendo, un derecho o facultad de los que disponía antes de aquél.

Aunque el **artículo 102.1 LRJPAC** no determine de manera explícita que su ámbito de aplicación es el de los actos administrativos favorables, cabe reputar mayoritaria la opinión de la doctrina y la jurisprudencia que aboga por entender que la vía garantista que consagra —cuyo antecedente es el antiguo artículo 109 LPA— es un mecanismo para garantizar que la posición jurídica reconocida a los ciudadanos por tales actos no pueda ser alterada por la propia administración sin seguir el riguroso procedimiento que establece, enderezado a ceñir tan excepcional facultad de revisión

a las causas de nulidad radical (artículo 62 1. LRJPAC) de obligada interpretación y aplicación estrictas.

Es cierto que el Consejo de Estado ha venido sosteniendo (vgr, entre otros, Dictámenes 5618/1997; 6049/1997 y 263/1998) que la no distinción entre actos favorables y desfavorables en el literal del artículo 102.1 LRJPAC, no debe ser un obstáculo para que también la revisión de oficio de los actos desfavorables por las causas de nulidad del artículo 62 LRJPAC siga el cauce allí previsto.

Ahora bien, a lo que ahora interesa, junto a ello ha de tenerse en cuenta, por un lado, que la propuesta que precisamente formuló el Consejo de Estado en su Dictamen 5356/1997 sobre el anteproyecto de Ley de reforma de la Ley 30/1992 (luego, Ley 4/1999, de 13 de febrero) para que en el referido artículo 102.1 LRJPAC se hiciera expresa mención a los actos de gravamen o desfavorables, no prosperó y, por otro, que el Consejo de Estado reconoce que su intervención sólo resulta preceptiva para la revisión de oficio de los actos favorables (sin perjuicio de que, conforme a su configuración legal, puede asimismo emitir dictámenes facultativos).

Por tanto, dejando al margen la revocación de los actos de gravamen o desfavorables por motivos de oportunidad, cabe sostener que en la LRJPAC la revisión de oficio por motivos de invalidez engloba dos clases de posibles revisiones: la de los actos de gravamen o desfavorables —artículo 105 LRJPAC— y la de los actos favorables —artículos 102 y 103 LRJPAC—.

Los motivos de invalidez que pueden motivar la revisión pueden, a su vez, clasificarse en vicios muy graves de nulidad de pleno derecho (legalmente tasados en el artículo 62 LRJPAC) o en vicios determinantes de anulabilidad (cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder —artículo 63 LRJPAC—).

La intervención de los órganos consultivos en el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos se contempla en el artículo 102 LRJPAC no sólo como preceptiva sino vinculante (dado que para declarar la nulidad de pleno derecho se exige el dictamen favorable). Tal y como ha destacado la doctrina, la competencia decisoria de la administración que pretende declarar nulo el acto está sustancialmente mediatizada por el órgano consultivo y la omisión del dictamen de éste conlleva la nulidad de la decisión revisora, lo que sólo sucede cuando se trata de revisar actos favorables.

Expuesto cuanto antecede, sin perjuicio de reconocer la existencia de opiniones doctrinales que sostienen otro entendimiento del régimen de revisión de oficio y, a lo que aquí interesa, más concretamente, sobre la obligatoria utilización de la vía del artículo 102 LRJPAC también **para los actos de gravamen o desfavorables nulos, esta Comisión considera que, en este caso, la decisión revisora del Ayuntamiento de ... no está sujeta a la obligación de solicitar el dictamen del órgano consultivo.**

ACJA 6/2006 pár. 8 a 17

Partiendo del análisis general sobre la interpretación y alcance de las causas de nulidad de actos previstas en la LRJPAC y sobre su aplicación en los procedimientos de revisión de oficio, y tal y como ha venido reiterando la Comisión en diversos dictámenes, conviene recordar, antes de analizar si el caso concreto es incardinable en dicho supuesto legal, que el Consejo de Estado mantiene una **línea restrictiva en la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho**, estableciendo que no pueden admitirse «interpretaciones extensivas ni aplicación a supuestos de hecho dudosos» (por todos Dictamen 212/1996, de 21 de marzo).

[...] La línea hermenéutica restrictiva enunciada se proyecta singularmente en la contención de la facultad administrativa de revisión de oficio de sus propios actos. Es esta una facultad excepcional que quiebra la cosa juzgada y, con ella, la seguridad jurídica y que está reservada a supuestos de quebrantamiento del Derecho extraordinariamente graves, ante los cuales la seguridad jurídica debe ceder por resultar de todo punto inadmisible su presencia en el Ordenamiento. Y, por lo tanto, estamos ante una facultad cuyo ejercicio debe ser objeto de un control riguroso, uno de cuyos cauces es la interpretación restrictiva de las causas que, según la ley, permiten su ejercicio (causas de nulidad de pleno derecho), a fin de que la misma no se extienda a supuestos de infracción de la Ley que, aún siendo graves e, incluso, notorios, no constituyan una de esas ilicitudes clamorosas cuya subsistencia se siente por la comunidad jurídica como intolerable.

La reflexión que precede encuentra más sentido aún ante la modificación introducida por la Ley 4/1999, la cual elimina la posibilidad que la Administración tenía bajo el régimen jurídico anterior de revisar de oficio los actos que, sin ser nulos de pleno derecho, incurriesen en una violación grave de la legalidad. Es obvio que el legislador ha pretendido limitar la revisión de oficio a lo muy grave, a las nulidades de pleno derecho, por lo que, para respetar la nueva situación legal, resulta necesario evitar que la interpretación extensiva de estas últimas permita a la Administración recuperar el terreno que ha perdido para su potestad revisora.

DCJA 28/2006 pár. 46 a 49

Véanse también DDCJA 15/2006 pár. 34 a 39, 27/2006 pár. 7 a 9, y 5/2006 pár. 46 a 51

En este sentido, sin perjuicio de lo anteriormente expresado en cuanto al rechazo de la nulidad propuesta, y aun cuando pudiera discreparse del planteamiento que antecede, tampoco ello haría procedente la revisión de oficio, y ello por cuanto, si bien el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, señala que «en cualquier momento» la Administración podrá declarar la nulidad de los actos enumerados en el artículo 62 de la misma, lo cierto es que **las facultades de revisión deben ser objeto de moderación** en su uso, de tal suerte que no podrán ser ejercitadas, como establece el artículo 106 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, «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».

La consideración precedente es oportuna y su traslación al supuesto contemplado parece necesaria, puesto que efectivamente las facultades de anulación y revocación, a que se refiere el citado precepto legal, no podrán ser ejercitadas cuando por el tiempo transcurrido su ejercicio resultare contrario a la seguridad jurídica, a la buena fe o a la equidad, razones que limitan indudablemente el uso de la prerrogativa revisora en el caso objeto del presente expediente.

En la línea apuntada, no parece conforme a los límites que, respecto de la revisión de oficio, establece el mencionado precepto el recurso a una facultad unilateral y excepcional, cual es la revisión de oficio y la consiguiente declaración de nulidad del acto de aprobación definitiva del Proyecto de Reparcelación, ya que, aun cuando pudiera considerarse éste en hipótesis viciado, ha sido consentido durante aproximadamente cuatro años por la propia Administración consultante, y avalado además mediante actos propios, por cuanto no sólo aprobó definitivamente el citado instrumento reparcelatorio con los aprovechamientos señalados, sino que, según se desprende del expediente, y como ya se dijo anteriormente, el Ayuntamiento defendió con éxito su legalidad y su conformidad a derecho en el proceso contencioso seguido ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

DCJA 28/2006 pár. 81 a 83

2. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO

Es preciso tener en cuenta que la revisión de un acto en vía administrativa es un mecanismo de declaración de invalidez en supuestos legalmente tasados, que debe ser objeto de una estricta apreciación por las radicales consecuencias que el ordenamiento anuda al más grave de los posibles vicios de un acto: su nulidad de pleno derecho. Desde dicha premisa, la potestad excepcional de revisión no justifica en el presente caso su puesta en acción por la razón indicada y con base en la causa de nulidad del artículo 62.1.f), **cuando para restablecer la legalidad presuntamente quebrada cuenta la Administración con otros medios.** Así ocurre cuando, para la protección de derechos e intereses municipales, en concreto del dominio público local, cuenta la Administración con vías ad hoc para la defensa de dicho dominio y de los bienes que lo integran.

Cuando se trata de uno de estos supuestos no es correcto el ejercicio de una potestad administrativa diferente (la revisora de oficio de la licencia concedida), porque en tal caso el fin que debe presidir la acción administrativa no se conformaría ni a su naturaleza propia ni a la ley. La Administración Pública debe sujetar su conducta a la ley y al Derecho, y por ello debe ejercer sus potestades para los fines que el Ordenamiento Jurídico contempla y previene, y no para otros distintos. Que una potestad admi-

nistrativa de investigación o de recuperación de bienes deba discurrir por el cauce de la revisión de oficio es, desde luego, poco adecuado y disconforme con la Ley. De actuarse en la línea propuesta puede concluirse que estamos en presencia de un actuación irregular cuando menos y susceptible de causar perjuicios evidentes a los afectados que deberán necesariamente ser objeto de reparación.

DCJA 28/2006 pár. 71 y 72

En los escritos de alegaciones presentados por varios de los interesados se hace referencia a dicha cuestión y se estima que la existencia de la sentencia firme mencionada, en la que se declara la conformidad a derecho del mencionado Decreto, hace inviable la pretensión actual del Ayuntamiento promotor del expediente revisorio, de declarar la nulidad de pleno derecho de dicho acto.

Ello exige analizar previamente dicha cuestión, por cuanto si del examen de la misma se concluye que confluyen en el caso presente los elementos que configuran el supuesto de cosa juzgada, tal circunstancia impediría ejercer la acción revisora y acordar en consecuencia la nulidad de pleno derecho planteada.

Es, por tanto, necesario determinar si la acción de nulidad actualmente pretendida se identifica con la sustentada en el mencionado procedimiento en el que ha recaído resolución judicial definitiva y firme, declarando la conformidad a derecho del mencionado Decreto. Si la comprobación de los datos obrantes en el expediente permitiera acreditar tal circunstancia la pretensión anulatoria estaría afectada por el principio de cosa juzgada, lo que implicaría la inviabilidad de atacar el mencionado resultado procesal, cerrando toda posibilidad a la adopción, a través de la apertura de un nuevo proceso o procedimiento, de una decisión que se oponga o contradiga a la que ya está dictada.

Como es sabido, la denominada **eficacia positiva material de la cosa juzgada** potencia lo declarado en un pronunciamiento judicial, en concreto en su conclusión decisoria, hasta tal punto que se impide que en ningún proceso judicial o procedimiento administrativo, aun de distinta naturaleza o pretendidamente con diferente fin, se decida de modo contrario a lo fallado, según se deduce del artículo 222.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido se pronuncia el TS en su STS de 25 de mayo de 1995 (FJ 7) (RJ 1995\4265), en la que señala cómo «Partiendo de que la situación de cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, como así viene exigido en el párrafo primero del artículo 1252 del Código Civil, es de señalar, según se establece, entre otras, en la Sentencia de 5 octubre 1983 (RJ 1983\5229), que es indefectible la eficacia vinculativa que entraña, con la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta el fallo precedente, evitando que la con-

troversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto, aun recaída en proceso de distinta naturaleza». Añade el TS en su argumentación que «la concurrencia de las identidades de referencia, ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad entre los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la petición, y requiriéndose, para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal manera que no puedan existir en armonía los dos fallos».

En relación con la identidad de elementos el mencionado fallo destaca como «la intrínseca entidad material de una acción (determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales) permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal, a cuyo efecto se viene negando toda relevancia innovadora a la posición de las partes enfrentadas, y otro tanto cabe decir de las correlativas formulaciones, positivas o negativas, de que la acción ejercitada sea susceptible, de suerte que la acción de declaración positiva de un derecho, comporta la acción de declaración negativa del antagónico, a partir de lo cual, no puede ignorarse la esencial identidad de contenido entre dos procesos cuando ejercitada en el primero la acción positiva, el otro litigante deduzca en el subsiguiente la correlativa acción negativa».

DCJA 28/2006 pár. 27 a 32

3. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

Según viene reiterando la Comisión, el activar la potestad administrativa de revisión de oficio de los actos declarativos de derechos requiere una calificación rigurosa del vicio que se esgrima. Como es doctrina constante, aquella es una potestad excepcional y los vicios de nulidad radical exigen una interpretación estricta dado que, en la teoría de la invalidez de los actos, **la regla general es la anulabilidad,** siendo la nulidad radical o de pleno derecho la excepción.

La Comisión también viene señalando que cada una de las causas de nulidad que establece el artículo 62 LRJPAC reclama un análisis específico, pues operan como causas autónomas de revisión.

DCJA 104/2006 pár. 24 y 25

Habrá que comenzar señalando en este procedimiento de revisión de oficio instruido con arreglo al **artículo 102 de la LRJPAC** que, por razón del tiempo (siguiendo doc-

trina del Consejo de Estado, expediente n.º 2.635/1996), **no resultarán aplicables las causas de nulidad contenidas en la misma con respecto a los actos que se pretende declarar nulos, dado que éstos datan del tiempo anterior a su vigencia.**

Se deberán tratar por tanto las causas de nulidad fundamentadas en la instrucción que se hagan corresponder en su caso con la legalidad materializada en la derogada Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958 (LPA).

Dicha limitación afecta fundamentalmente a la causa legal basada en el epígrafe f) del artículo 62.1 ya que la primera premisa para poder entender aplicable dicha causa de nulidad es que la LRJPAC hubiera estado vigente en el momento de dictarse el acto.

La revisión no podría basarse por consiguiente en la citada causa legal de nulidad con respecto a las resoluciones frente a las que pretende hacerse valer, que se remontan al año 1990.

Por su parte, **el factor de temporalidad no plantearía obstáculo para la apreciabilidad de la otra causa de nulidad** propuesta, la **contemplada en el epígrafe a) del mismo artículo 62.1 LRJPAC** relativa a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (que la resolución incoadora concreta en los artículos 14 y 23.2 CE), ya que la posición reforzada reconocida a los derechos fundamentales por doctrina del Consejo de Estado y jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 26 de abril de 1989) ya con anterioridad a la propia LRJPAC, hacía que su lesión provocara la nulidad del acto que en ella incurra.

DCJA 30/2006 pár. 23 a 27

A) Art. 62.1.a) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional

Antes de que figurara expresamente en la LRJPAC, el TS ya había incorporado la causa al elenco del artículo 47 LPA dado que los derechos fundamentales constituyen la esencia misma del régimen constitucional o dado su sentido nuclearmente esencial en el Estado de Derecho (SSTS de 26 de abril de 1989-Ar.3297, 29 de septiembre de 1990-Ar. 6836 y 26 de junio de 1992-Ar. 4550). El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que la nulidad radical es la sanción que corresponde a todo acto violatorio de un derecho fundamental (SSTC 114/1984, 88/1985, 104/1987 y 363/1993, entre otras).

Como es sabido la reforma introducida en el citado apartado por la Ley 4/1999 supuso la supresión del inciso «contenido esencial» que antes figuraba en el mismo y que había sido ampliamente criticado por la doctrina.

En relación con el concreto vicio que se alega es preciso compaginar la intención del legislador de no restringir el supuesto en línea con la reforma de 1999 y a la

vez evitar incurrir en un exceso en la aplicación de la técnica de la nulidad de pleno derecho: hay que pensar en la «vis expansiva» que puede tener sobre todo **el derecho reconocido por el artículo 14 CE.** En la mayoría de los casos en los que un acto es contrario a una norma subyace un tratamiento desigual, ya que normalmente las normas disciplinan con una función de permanencia y generalidad el régimen jurídico al que deben acomodar sus actuaciones los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación.

Hemos citado el artículo 14 CE porque antes que nada se hace necesario precisar que el derecho fundamental concernido es el derecho de igualdad reconocido por dicho precepto. Como menciona la STC 84/2004, de 10 de mayo, haciéndose eco de reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional «el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las administraciones públicas (STC 281/1993, F. 2), porque las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración... mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (ATC 298/1996, F. 3)».

Por ello, también en este supuesto, como en el dilucidado en la Sentencia de referencia del Tribunal Constitucional, el análisis de los Acuerdos ha de llevarse a cabo conforme a los criterios que se derivan del derecho a la igualdad garantizado en el art. 14 CE, recordando a este respecto que su vulneración «la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable, es decir, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional (por todas, SSTC 134/1996, de 22 de julio, F. 5; 117/1998, de 2 de junio, F. 8; 46/1999, de 22 de marzo, F. 2; 200/1999, de 8 de noviembre, F. 3; y 200/2001, de 4 de octubre, F. 4; STC 34/2004, de 8 de marzo, F. 3)».

DCJA 5/2006 pár. 53 a 57

B) Art. 62.1.b) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio

[...] **el vicio de nulidad radical** de la letra b) del artículo 62.1 LRJPAC **comprende la incompetencia material o territorial y no jerárquica.** Esta exclusión, como es sabido, se circunscribe a las incompetencias por razón de la jerarquía o grado que, de

acuerdo con el artículo 67.3 LRJPAC, pueden ser convalidadas por el órgano competente que sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

El caso suscitado es reconducible a la incompetencia material que, de acuerdo con la norma legal, exige un «plus» ya que no basta la eventual incompetencia por razón de la materia sino que para que concurra la nulidad radical ha de tratarse de una «manifiesta incompetencia» expresión que la doctrina jurisprudencial, dentro de la casuística que la interpretación del concepto jurídico indeterminado «manifiesta» ha generado, ha identificado con la **vulneración de determinaciones competenciales expresas, claras y específicas.**

Las Mancomunidades municipales tienen personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines específicos, y se rigen por sus propios Estatutos, en los que se ha de regular, entre otros extremos, sus órganos de gobierno que, en todo caso, «serán representativos de los Ayuntamientos mancomunados» (párrafo in fine del artículo 44.2 de la LBRL).

[...] No cabe apreciar que medie una relación jerárquica de la Junta General con respecto al Presidente de la Comunidad, ya que cada uno de ellos tiene atribuidas sus respectivas funciones, guardando tal distribución un evidente paralelismo con el reparto establecido por la normativa local entre las competencias del Pleno de la Corporación y el Alcalde —tal y como hemos señalado se observa en la regla residual que hace explícita esa correlación recíproca, de un lado, entre Junta y Pleno, de otro, entre Presidente y Alcalde—.

Por ello, resulta trasladable la jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1996-Ar. 4305, 9 de diciembre de 1999-Ar. 9536, o las mas recientes de 24 de junio de 2004-Ar. 4985 y 16 de diciembre de 2004-Ar. 594/2005) que, atendidas las diferencias entre la Alcaldía y el Pleno, órganos plenamente diferenciados por las leyes y reglamentos de régimen local, con competencias —por razón de la materia— propias, peculiares y distintas, concluye que los actos dictados por el Alcalde en ejercicio de competencias atribuidas al Pleno merecen la calificación de nulidad de pleno derecho.

Ciertamente, esta doctrina señala la posible ratificación por el Pleno de la actuación del Alcalde, pero destacando que no se trata de una convalidación, sino de la asunción como propio del acto del Alcalde, de modo que la autoría del Pleno queda así realizada.

Tal posibilidad sólo es aplicable cuando el Pleno tiene la voluntad de asumir como propio lo actuado por el Alcalde, mientras que no cabe en el caso contrario cuando —como aquí sucede— el Pleno (la Junta General) no quiere ratificar el acto del Alcalde (Presidente), sino precisamente revisarlo de oficio.

[...] es obvio que un órgano unipersonal, el Presidente, no puede disponer de las facultades de un órgano pluripersonal, la Junta General, porque eso implica que

no existe intervención de las entidades municipales afectadas que son las representadas en éste órgano. La restricción que supone atribuir a la Mancomunidad la gestión de determinados servicios no significa que el municipio deje de tutelar su prestación.

En suma, al incumplirse la distribución de ámbitos de actuación entre los órganos que establecen los Estatutos de la Mancomunidad se están cercenando las competencias atribuidas a los municipios para representar y gobernar los intereses de sus ciudadanos, que las ejercen en este caso a través de la Junta General, y que son manifestación de la autonomía local consagrada en los artículos 137 y 140 CE.

DCJA 84/2006 pár. 17 a 29

C) Art. 62.1.e) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados

En cuanto a la que aquí se trae como fundamento de la nulidad, la del apartado e) del artículo 62.1 LRJPAC, esta Comisión viene asimismo señalando que dicha causa ha de interpretarse en el sentido de que conlleva una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación. Ahora bien, tal ausencia total de procedimiento debe ser materialmente entendida: **en el iter administrativo no pueden faltar los engarces formales necesarios para dictar el concreto acto** de que se trate, pues si faltan, tales ausencias o errores de tramitación provocan efectos irremediables en la validez del acto administrativo final.

En suma, la concurrencia de dicho vicio de nulidad, bien requiere un acto cuyo dictado se ha producido con total desconocimiento del procedimiento previsto, bien reclama una omisión o irregularidad grave que recaiga sobre alguno o algunos de los trámites esenciales en el procedimiento aplicable en el caso.

En este marco teórico, en el caso sometido a dictamen, el Ayuntamiento hace suyo el juicio de nulidad que expone la citada STSJPV de doce de diciembre de 2005, y que, en sintética descripción, sostiene que se da la causa del artículo 62.1.e) LRJPAC, al ser los actos de adjudicación objeto de revisión el resultado de un procedimiento de contratación que desconoció el expresamente establecido para supuestos como el planteado en artículo 137 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, concretamente se omitió el específico trámite que allí se determina para obtener el canon de la licitación de la nueva concesión, con evidente perjuicio para la esfera jurídica de la anterior concesionaria.

DCJA 104/2006 pár. 26 a 28

D) Art. 62.1.f) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

Una primera aproximación al contenido del mencionado artículo 62.1.f) LRJPAC, de la mano de la doctrina anteriormente citada, muestra que **los requisitos esenciales** a los que la ley hace referencia **son aquellos que definen la propia estructura del acto administrativo** sin venir referidos en otro motivo de nulidad, cuales son la falta de capacidad del sujeto, la falta de objeto, de la causa o del fin del acto administrativo. [...]

DCJA 32/2006 pár. 81

Véase también DCJA 28/2006 pár. 76

Siguiendo con palabras de aquél dictamen, «para entender concurrente el vicio recogido en el artículo 62.1.f) no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, pues si así se sostuviera se estaría produciendo un improcedente vaciamiento de los supuestos de nulidad relativa, que quedarían inmediatamente subsumidos en el citado apartado. El mencionado precepto exige algo más, pues **no basta con que el acto sea ilegal,** sino que además debe provocar que, en su virtud, el interesado adquiera facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. A través de esta última previsión el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos extremos en los que, no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedente le reconoció u otorgó».

DCJA 27/2006 pár. 11

Véase también DCJA 32/2006 pár. 66

En este sentido, el DCJA 54/2001 se expresaba en los siguientes términos: «los vicios de nulidad radical recogidos en el ordenamiento jurídico (fundamentalmente en el artículo 62 de la Ley 30/1992) deben ser objeto de una interpretación estricta, máxime en el caso concreto del vicio establecido en el artículo 62.1 apartado f), cuya interpretación amplia —dada su potencial «vis expansiva»— podría provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso recordar que, **dentro de la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad radical constituye la excepción frente a la regla general** (la anulabilidad)».

DCJA 28/2006 pár. 51

[...] «para entender concurrente el vicio recogido en el artículo 62.1.f) no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, pues si así se sostuviera se estaría produciendo un improcedente vaciamiento de los supuestos de nulidad relativa, que quedarían inmediatamente subsumidos en el citado apartado. El mencionado precepto exige algo más, pues **no basta con que el acto sea ilegal, sino que además debe provocar que, en su virtud, el interesado adquiera facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.** A través de esta última previsión el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos extremos en los que, no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que acto improcedente le reconoció u otorgó».

Pues bien, en el caso que dictaminamos, el acto cuestionado supone un **nombramiento funcionarial,** como agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, siendo el requisito argumentado durante el expediente como esencial el contenido en el artículo 4.f) del Decreto 315/1994, de 19 de julio, por el que se aprueba el reglamento de selección y formación de la Policía del País Vasco, el de:

> No haber sido condenado por delito doloso, ni separado del servicio de la Administración Pública ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. Será aplicable, no obstante, el beneficio de la rehabilitación, de acuerdo con las normas penales y administrativas, siempre que aquélla se acredite mediante el correspondiente documento oficial por parte del aspirante.

Ese es el precepto regulador del requisito, en relación con la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco y los artículos 40 y 44 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Al contrario de lo sostenido en el expediente, al menos para dilucidar el carácter esencial del requisito, no cabe acudir a los actos administrativos que, en aplicación de dicho precepto, lo reiteran, completan o concretan respecto de una convocatoria, aunque ésta sea la que culminó en el nombramiento del interesado.

El interesado ha sido condenado por un delito doloso, pues ese es el carácter del previsto en el artículo 379 del vigente Código Penal, carácter propio de la infracción que nos ocupa, e indudable a la vista del tratamiento que dicho Código otorga a las infracciones culposas, a diferencia del anterior delito de imprudencia, susceptible de vincularse a múltiples delitos, según su resultado. Es más, ni siquiera al haberse producido un resultado lesivo, como es el caso, por imprudencia, se altera la naturaleza dolosa del delito, en virtud de la regla específica prevista en el artículo 383 del Código Penal (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2001). En ese sentido, el literal de la sentencia penal origen del caso que nos ocupa, referida en los antecedentes, es del todo coherente con tal doctrina.

Ahora bien, **tal requisito no lo entendemos como esencial, a los efectos del repetido artículo 62.1.f) LRJPAC, por no reunir las características de ser básico, en el sentido aquí requerido, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:**

a) **Supone un plus respecto a los requisitos generales señalados en el ordenamiento para el acceso a la función pública en general** (artículo 30 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 1964).

b) **Se dirige a atender bienes jurídicos que refuerzan la autoridad policial, pero refiriéndose a conductas ajenas a la propia actividad como funcionario,** pues se trata de delitos no propiamente de este colectivo.

c) Entre los requisitos de acceso a la función pública policial, la propia formulación, antes transcrita, del que nos ocupa, **no se efectúa en los términos incondicionales** en que lo son otros requisitos, sino que se matiza con las posibilidades de rehabilitación.

d) **A diferencia de otros requisitos, una vez iniciada la relación funcionarial, la comisión de delito doloso no conlleva una especie de incapacitación para la función pública policial, sino que se regula dentro del régimen disciplinario,** como falta muy grave (artículo 92.2.a) de la Ley 4/1992, citada), y ello sólo en caso de que el delito lleve aparejada pena privativa de libertad, dando como consecuencia la extinción de la relación sólo como una posibilidad junto con la de suspensión de funciones (artículo 93.1 de la Ley 4/1992).

Coincide con la conclusión contraria a la revisión el Consejo de Estado, quien dictaminó contra la nulidad de un nombramiento careciendo del requisito de no estar procesado por delito doloso, según la Ley 17/1989. Es más, si bien con posterioridad y respecto al mismo caso, en el expediente 4995/1998, dictamen de 21 de enero de 1999, señala su carácter de anulable, en procedimiento regulado por la LRJPAC en su redacción anterior a la Ley 4/1999, debemos subrayar la diferencia con el caso que nos ocupa, pues allí bastaba la existencia de procesamiento, sin precisar condena, como aquí se requiere. Por ello, ni siquiera cabría la traslación mecánica de tal conclusión de anulabilidad al caso que nos ocupa.

También es de citar el dictamen del mismo órgano consultivo de 3 de febrero de 2000, en el que considera no esencial para el nombramiento funcionarial, a efectos de aplicación del reiterado artículo 62.1.f) LRJPAC, el requisito de no haber sido separado del servicio ni despedido por cualquiera de las Administraciones Públicas, similar, en su ratio, al que aquí estamos dictaminando.

Para terminar, la Comisión quiere señalar que nuestro pronunciamiento se ciñe a la nulidad del acto cuestionado, pero que no debe entenderse como un debilitamiento en general del requisito establecido, pues desde el punto de vista jurídico ya ha sido confirmada la posibilidad del normador de señalar esas conductas, en la vida privada, como susceptibles de sanción, en tanto se atiende a bienes jurídicos como la dignidad de la institución, en relación con el mantenimiento de la autoridad policial. Ni siquiera la imposición simultánea de ambas sanciones, la penal y la disciplinaria, infringe el principio non bis in idem, siempre que el bien jurídico protegido por el tipo

penal sea distinto del protegido por el régimen disciplinario funcionarial (pueden verse las Sentencias del Tribunal Constitucional 108/2004, de 2 de noviembre, y del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2004). En ese sentido, está en manos de la Administración adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de los requisitos exigidos, exigiendo todas las acreditaciones documentales y declaraciones de los aspirantes que se consideren convenientes en el momento de proceder al nombramiento y que eviten la consolidación de posiciones jurídicas contrarias al ordenamiento.

DCJA 27/2006 pár. 11 y 18

Al margen de lo expuesto, atendiendo a la causa ya mencionada que el Ayuntamiento presenta como motivo de la revisión de la licencia, a saber la titularidad pública del suelo sobre el que fue instalada la puerta puesta en relación con lo dispuesto en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, y admitiendo el hecho de que dicha titularidad sea pública, la Comisión considera oportuno efectuar, asimismo, determinadas consideraciones.

En primer lugar, la utilización, disfrute y aprovechamiento de los bienes de dominio y uso público por particulares constituye una opción prevista en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, bajo las formas de uso especial o privativo, conservando en todo caso la entidad local sobre el suelo afectado las prerrogativas de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio. Tales actuaciones tienen una especial incidencia en la actividad urbanística en cuanto actos de uso del suelo desarrollados por particulares y sometidos a la intervención previa de la Administración municipal.

En segundo lugar, conviene igualmente recordar, reiterando lo anteriormente señalado, que el supuesto contemplado en la letra f) del artículo 62.1 LRJPAC, tomado de la legislación urbanística y formulado actualmente de modo general, debe entenderse referido a aquellos casos en los que se aprecia la concesión o **reconocimiento de un derecho en el que, no sólo debe concurrir una infracción del ordenamiento jurídico sino que ésta debe estar directamente relacionada con la ausencia de un requisito** que, además de determinante del derecho otorgado o reconocido, **sea esencial para su adquisición o ejercicio, hasta el punto de que su ausencia conlleva la propia inexistencia del derecho o facultad.** Dicho requisito esencial tiene, en primer lugar, que venir definido de manera conforme a la ley, y, además, afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo como al precepto de la ley de cuya contravención se trata.

Es necesario, por tanto, en tal supuesto que se produzca una carencia de los requisitos básicos para la adquisición de los derechos o de las facultades bien estén referidos a las condiciones del sujeto, bien al objeto sobre el que recaiga la actividad, y que dichos actos determinen el nacimiento de dichos derechos o facultades.

DCJA 15/2006 pár. 55 a 58

4. INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS

La **restauración integral de la legalidad urbanística** presuntamente conculcada exigiría indudablemente, en todo caso, actuar, no solo sobre los instrumentos del planeamiento y el propiamente reparcelatorio, sino sobre los actos municipales de otorgamiento de licencia, con los consiguientes efectos sobre el proceso edificatorio, aspectos estos últimos sobre los que el Ayuntamiento no se pronuncia, pero que debieran ir ligados en una secuencia lógica al proceso iniciado.

El planteamiento indicado, en cuanto restauración integral de la legalidad urbanística presuntamente conculcada, exigiría necesariamente **valorar previamente las consecuencias tanto jurídicas como económicas derivadas de una posible anulación del conjunto de actuaciones realizadas de desarrollo de la UE,** en función de la magnitud de la ilegalidad presuntamente detectada, **a efectos de determinar la factibilidad de tal medida.**

DCJA 28/2006 pár. 41 a 42

Véase también DCJA 32/2006 pár. 50

Por lo que respecta al primero de los motivos en que se fundamenta la nulidad —reparto de un aprovechamiento superior al permitido por el Plan—, hemos de recordar, como se indica en el Decreto de incoación del expediente, que efectivamente esta Comisión dictaminó a favor de la nulidad del Estudio de Detalle que sirve de antecedente a la reparcelación que nos ocupa (en el repetido DCJA 84/2005). Y que su pronunciamiento favorable se sustentó sobre el carácter de instrumentos del planeamiento que **los Estudios de Detalle ostentan,** pues participan de tal **naturaleza de disposición general,** y en su virtud, una contravención de lo dispuesto en las leyes o en otras disposiciones administrativas de rango superior, se constituye, en su caso, en causa de nulidad de pleno derecho, por aplicación del artículo 62.2 LRJPAC. No hay paralelismo, por tanto, entre el análisis jurídico del Estudio referido y la reparcelación que ahora tratamos.

DCJA 32/2006 pár. 77

Igualmente, debemos **excluir un posible efecto anulatorio del acto firme objeto de la revisión, como consecuencia de la eventual declaración de nulidad del Estudio de Detalle,** pues, ni se aporta al expediente la declaración de nulidad de éste, ni tal consecuencia puede inferirse de lo dispuesto por el artículo 102.4 LRJPAC, en aras del principio de seguridad jurídica.

[...] En este contexto, entender que dicha adquisición de aprovechamientos superior a la establecida en el PGOU (Plan general de Ordenación Urbana) es trasladable de

forma automática al ámbito de la letra f) del artículo 62.1 de la LRJPAC, implicaría considerar la nulidad de pleno derecho como el instrumento casi único de combatir los actos urbanísticos irregulares. Por ello, el término «requisitos esenciales» que contiene el precepto, referido a la adquisición de derechos, para su estimación como causa de nulidad radical por su colisión con la ordenación urbanística, exige a nuestro juicio que la discrepancia apreciada tenga un carácter sustancial, bien por su magnitud, bien por el tratamiento que el legislador y el planeamiento reservan a dicha cuestión.

DCJA 32/2006 pár. 78 a 80

El dictado del Decreto se sustenta sobre las consideraciones recogidas tanto en el informe del Arquitecto consultado como en el emitido por la Secretaría General, según los cuales, la aprobación de los Estudios de Detalle vulneraría el PGOU, lo cual, dada la naturaleza de disposición general de aquellos instrumentos, podría dar lugar a su revisión por aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 102, en relación al artículo 62.2, ambos de la LRJPAC.

Efectivamente, puede afirmarse que mayoritariamente se estima que los Estudios de Detalle —calificados como último escalón de los planes de ordenación o pieza intermedia entre aquellos planes y las licencias— tienen carácter de instrumento de planeamiento, de cuya naturaleza de disposición general participan. Por ello, las disposiciones de tal clase que vulneren lo dispuesto en las Leyes o en otras disposiciones administrativas de rango superior incurrirían en causa de nulidad de pleno derecho (artículo 62.2 LRJPAC).

A tenor de lo establecido en los artículos 6 y 14 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, así como en los artículos 65 y 66 del Reglamento de Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la precitada Ley, aprobado por Real Decreto 2159/1978 (en adelante, RP), **los Estudios de Detalle constituyen un plan derivado, ejecutivo, de carácter no necesario y de función complementaria de las determinaciones del Plan General en suelo urbano.**

En tal sentido, los Estudios de Detalle cumplen una doble función: completar un determinado planeamiento urbanístico previo y adaptar dichas determinaciones. Y ello con amplias limitaciones, pues están sometidos a las siguientes reglas: el mantenimiento de las líneas fundamentales del Plan que complementan, la inalterabilidad del aprovechamiento urbanístico de los terrenos, la prohibición de ocasionar perjuicios o de modificar las condiciones de ordenación de los predios colindantes y la prohibición de invadir ámbitos de ordenación reservados al Plan General.

Expresamente el artículo 65.1 RP acota la «exclusiva finalidad» de los Estudios de Detalle.

[...] Los apartados 3, 4 y 6 del mismo artículo 65 RP añaden nuevas limitaciones expresas al eventual contenido de los Estudios de Detalle, reafirmando con ello su carácter derivado y no innovativo con respecto a los instrumentos superiores de planeamiento.

[...] Así pues, estamos ante un tipo de instrumento urbanístico de contornos limitados y subordinados, con funciones de complemento, adaptación y desarrollo, pero sin ningún carácter innovativo, en forma tal que ni siquiera en supuestos de alineaciones y rasantes de ordenación de volúmenes conforme a las especificaciones del Plan, que constituye su único contenido posible, puede dejar de cumplir el Plan al que sirve de especificación o detalle y, por ello, incurre en ilegalidad si, excediéndose de ese fin subordinado y complementario, intenta colmar un vacío de ordenación urbanística o adopta determinaciones originarias que son propias de los Planes (SS TS de 21 de enero de 1981, Aranzadi 181; y de 12 de noviembre de 1984, Aranzadi 5388).

[...] incluso para el caso de que se detectaran errores materiales en el PGOU, sus propias normas (artículo 1.2.3, apartado 3), lejos de autorizar su corrección automática, a través del correspondiente instrumento de desarrollo, establecen la necesidad de seguir un procedimiento específico de corrección, mediante acuerdo del Ayuntamiento en pleno y publicación oficial —supuesto que, a nuestro entender, no concurre en el que nos ocupa, pues en éste exige una interpretación de las determinaciones gráficas, lo que lo distingue de la observación de un simple error.

En definitiva, el caso analizado nos trasladaría ante una modificación puntual del PGOU, procedimiento al que habría que acudir si se considerara necesario alterar los datos máximos de edificabilidad materializable contenidos en el artículo 8.2.1, apartado 6, del PGOU, al que nos hemos referido.

En conclusión, dada la naturaleza derivada del Estudio de Detalle —el cual, como ha quedado dicho más arriba, es de carácter marcadamente subordinado y complementario, carente de contenido innovativo—, una vez constatado que contradice el Plan General en el señalamiento del aprovechamiento urbanístico, ha de afirmarse que incurre en causa de nulidad de pleno derecho por vulnerar dicha determinación fundamental del planeamiento, que vicia en su integridad el contenido del acto jurídico dictaminado, lo que hace innecesario entrar en el análisis de los restantes motivos de nulidad que han sido invocados en el expediente.

DCJA 16/2006 pár. 17 a 38 y 50 a 52

Como punto de partida, y tal y como ya se dijo en el DCJA 84/2005, debe recordarse que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (en adelante, LS 76), y en los artículos 71 y siguientes RGU, se entiende por reparcelación la agrupación o integración del conjunto de las fincas comprendidas en el po-

lígono o unidad de actuación para su nueva división ajustada al Plan, con adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios de las primitivas, en proporción a sus respectivos derechos, y a la Administración competente, en la parte que le corresponda.

Según los citados preceptos, constituye el objeto de la reparcelación la distribución justa entre los interesados de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística; la regularización de las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del planeamiento y la situación sobre parcelas determinadas y en zonas aptas para la edificación del aprovechamiento establecido por el Plan.

Nos encontramos, pues, ante una técnica de redistribución del aprovechamiento urbanístico en una unidad de ejecución determinada; en definitiva, se trata de un conjunto de operaciones que tienen como finalidad la formación de parcelas que incorporan la justa distribución de los beneficios y cargas que derivan del planeamiento.

Efectivamente, la reparcelación sirve al principio de subrogación real, en la medida en que las parcelas resultantes que se adjudiquen a los propietarios sustituyen a las primitivas, sin solución de continuidad en las respectivas titularidades, estableciéndose, en su caso, también indemnizaciones o compensaciones precisas para que quede plenamente cumplido, dentro de la unidad reparcelable, el mencionado principio equidistributivo de los beneficios y cargas de la ordenación urbanística.

La adjudicación de solares constituye, pues, el núcleo esencial de la reparcelación, en la medida en que en la operación se refleja propiamente el objetivo de la finalidad de equidistribución que dicho proceso persigue.

Dicho esto, debe igualmente constatarse que el **Proyecto de Reparcelación no constituye una figura de planeamiento urbanístico,** sino que realiza una función instrumental en la ejecución del planeamiento y en concreto en el desarrollo urbanístico de la unidad de ejecución. No le corresponde la fijación ni la modificación del aprovechamiento urbanístico, cuya determinación está legalmente atribuida en exclusiva al Plan, ni en consecuencia su modificación.

DCJA 32/2006 pár. 68 a 73

Véase también DCJA 28/2006 pár. 54 a 60

La Comisión considera que la tramitación de un expediente de revisión de oficio en base a una de las causa del artículo 62.1 de la LRJPAC, precisa por su excepcionalidad y efectos, una instrucción rigurosa que permita al órgano consultivo, previamente al análisis de la idoneidad de la causa de nulidad propuesta, conocer con la mayor exactitud y precisión los elementos de hecho que justifican la tramitación del expediente revisorio y la norma infringida, aspectos estos que deberían haberse documentado con mayor claridad en el expediente sometido a consulta.

Por su parte, **la normativa en vigor en materia de suelo y ordenación urbana contiene,** junto a la previsión general de revisión de oficio de actos en materia de urbanismo, **un tratamiento específico en materia de revisión de licencias urbanísticas, en el que se aplica la nulidad de pleno derecho a supuestos determinados y expresamente tasados.**

En este sentido, el artículo 302 de la Ley del Suelo (LS) (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio), declarado vigente, tras la STC de 20 de marzo de 1997, por la Disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, establece que las Corporaciones locales podrán revisar de oficio sus actos en materia de urbanismo conforme a los artículos 109 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA) (actualmente artículos 102 y siguientes de la LRJPAC).

Por su parte, en materia de licencias, el artículo 255.2 de la LS, declarado igualmente en vigor por la norma de referencia, acota la aplicación de la nulidad de pleno derecho a las licencias u órdenes que se otorguen con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres (parques y jardines públicos) previstos en los planes.

Valga citar, a título meramente informativo, que el esquema de la LS en materia de nulidad de licencias se completaba junto al precepto citado con la previsión del artículo 254.1 (las licencias cuyo contenido constituya manifiestamente alguna de las infracciones urbanísticas graves definidas en dicha Ley deberán ser revisadas dentro de los cuatro años desde la fecha de expedición por la Corporación Municipal que las otorgó a través de alguno de los procedimientos previstos en el artículo 110 de la LPA).

Como es sabido el mencionado precepto fue declarado nulo por la STC 61/1997, por falta de competencia estatal, al entender el Alto Tribunal, de un lado, que **«el Estado sólo puede añadir en el ámbito urbanístico nuevas normas de procedimiento cuando ostente alguna competencia materia», y de otro lado «que en este caso la "materia" de que se trata son las condiciones básicas a que se refiere el art. 149.1.1.º CE que, en ningún caso, como hemos insistido, autorizan a imponer conductas a la Administración, prohibición que abiertamente sobrepasa el precepto ahora enjuiciado cuya razón de ser no es, conforme a su propio tenor literal, el establecimiento de alguna norma de procedimiento —antes al contrario, se remite a la legislación de procedimiento común—, sino precisamente obligar a la revisión de las licencias u órdenes de ejecución, cuando además tal institución ha sido configurada con carácter potestativo en la legislación de procedimiento administrativo común».**

No obstante, dada la ausencia de norma autonómica, es preciso señalar que el esquema apuntado permanece en vigor en cierta medida, teniendo en cuenta que la derogación de la LS operada por la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en cuanto afecta a su disposición derogatoria, recupera la vigencia del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de

abril, cuyo artículo 187.1 contiene un precepto de contenido similar al analizado, en el que se prevé el recurso al procedimiento previsto en el artículo 110 de la LPA, en los supuestos de infracciones por incumplimiento de las normas relativas al uso del suelo.

Debe igualmente recordarse que la concesión de las licencias municipales se realiza a salvo del derecho de propiedad (artículo 12.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales) (RS). Quiere ello decir que **el acto de concesión de licencia no tiene en cuenta los aspectos concerniente a la propiedad,** aunque ello no impida a la Administración actuante examinar, siquiera sea liminarmente, la titularidad del suelo afectado.

DCJA 15/2006 pár. 47 a 54

CAPÍTULO X

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

A) Ejecución del contrato

Además, de todo lo anterior se desprende que el parámetro para la exigencia del nivel de prestación del servicio y para el cumplimiento del contrato concesional debe ser el establecido en el **pliego de condiciones,** que es la **auténtica ley del contrato** (STS de 28 de junio 2004 RA 5448), y no el previsto en el proyecto presentado por la concesionaria.

DCJA 55/2006 pár. 35

De otro lado, es de ver que la Dirección facultativa ha cursado las órdenes e instrucciones en la ejecución necesarias y si la contratista tenía alguna discrepancia debe recordarse que la misma en modo alguno justifica su decisión unilateral de no concluir las obras, pues no puede condicionar la realización de las obras a su libre albedrío, sin la conformidad ni de la Dirección facultativa ni de la Administración contratante.

En este sentido, conforme al artículo 143 de la LCAP, el Pliego de cláusulas administrativas particulares (apartado 12.1) y el propio contrato (cláusula primera), la adjudicataria estaba obligada a ejecutar las obras, con estricta sujeción al proyecto y los pliegos de condiciones económico-administrativas y de prescripciones técnicas que lo regían, y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diere al contratista el Director facultativo de las obras.

Por su parte, el artículo 59 LCAP residencia en el órgano de contratación «la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su

cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta».

Como ha indicado esta Comisión de forma reiterada la Administración contratante, por un lado, es dueña de la obra, en el sentido más civil y ordinario del término, circunstancia que no puede desvirtuar con los hechos el comportamiento de ningún contratista, y por otro, ostenta una serie de prerrogativas para intervenir en la obra en defensa del interés público, que constituye al contratista en una situación legalmente prevista y configurada. Por ello, **los acuerdos que adopte la Administración contratante en relación con la ejecución de la obra, podrán recurrirse, pero en todo caso deben cumplirse.**

DCJA 62/2006 pár. 43 a 46

Véase también DCJA 12/2006 pár. 43

En ese sentido, no hay ninguna duda de que no permite el ordenamiento la interrupción de la prestación del servicio por el incumplimiento contractual de la otra parte, esto es, de la Administración contratante.

DCJA 55/2006 pár. 39

En relación a la segunda consideración realizada por la contratista, el que los defectos se deben a un deficiente uso y conservación de la obra, es preciso advertir que **durante el desarrollo de las obras el contratista es responsable de los defectos que en la construcción pudieran advertirse, estando obligado a cumplir las instrucciones de la Dirección de obra para su debida reparación, e incluso sigue siendo responsable de los mismos durante el plazo de garantía de un año** que comienza a correr desde la recepción a conformidad de las obras formalizada en el correspondiente Acta de recepción de las obras.

Así se deduce de lo dispuesto en los artículos 110 y 147.3 LCAP, del Pliego de cláusulas Administrativas (apartado 21.3) e incluso del propio contrato (Cláusula Quinta).

Aunque el artículo 143.3 LCAP no hable ahora de una posterior recepción definitiva, el Director facultativo de la obra ha de redactar dentro del plazo de quince días anteriores al cumplimiento del plazo de garantía un informe sobre el estado de las obras y si éste fuera favorable, será entonces cuando el contratista quede relevado de toda responsabilidad, salvo los vicios ocultos.

Entre la recepción y el informe, conforme al artículo 167.1 del Reglamento General, el contratista queda a cargo de la conservación y policía de las obras, con arreglo a lo previsto en los pliegos y a las instrucciones que diere el director de la obra. En consecuencia los defectos que fueren observados dan lugar a que el Di-

rector facultativo de la obra le pueda dar las instrucciones precisas para la reparación. Sólo quedaría exonerado si las deficiencias se debieran, exclusivamente, al uso de lo construido.

DCJA 62/2006 pár. 38 a 41

B) Cumplimiento y recepción

No debemos olvidar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 del LCAP, «el contrato se extingue por **cumplimiento** o por resolución». Añadiendo el artículo 110 del mismo texto legal que «El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto. En todo caso, **su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad** dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de las características del objeto del contrato». Por lo tanto, dado que no existe ese acto formal y positivo de recepción o conformidad, debe entenderse que el contrato no se ha extinguido por su cumplimiento, sin que a estos efectos tenga relevancia el hecho de haber pagado la factura, máxime cuando la propia adjudicataria no considera que ese hecho supusiera la finalización del proyecto.

DCJA 56/2006 pár. 27

En lo que ahora nos interesa, la constatación de la ejecución o cumplimiento del contrato de obras actualmente se materializa en la recepción, sin adjetivos, aunque sigue siendo un acto expreso y formal de la Administración con dos posibilidades (artículo 147.2 LCAP). Una, cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, permite dar las instrucciones precisas y detalladas para remediar los defectos observados. Y otra, si está en condiciones de ser recibida, comienza entonces el plazo de garantía.

Con ser un acto formal y expreso, no podemos ignorar que el artículo 147.6 LCAP ha contemplado una excepción, según el mismo «siempre que por razones excepcionales de interés público, debidamente motivadas en el expediente, el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurran dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propios del acto de recepción de las obras y en los términos que reglamentariamente se establezcan». Tal previsión ha sido desarrollada por el artículo 168 del Reglamento General exigiendo, en todo caso, el levantamiento de la correspondiente acta de comprobación de las obras, produciendo los efectos de la recepción si las obras estuvieren finalizadas y fueren conformes con las prescripciones previstas en el contrato, mientras que si se observaran defectos, deberán detallarse junto con las instrucciones precisas y el plazo fijado para subsanarlos.

En realidad, el legislador ha recogido la posibilidad de la recepción tácita, lo que ya había contemplado anteriormente la doctrina del Tribunal Supremo, para garantizar los derechos del contratista, a fin de que la recepción no pueda dilatarse indefinidamente ni quede a la libre voluntad de la Administración.

Conforme a esa doctrina, la recepción debe producirse en el perentorio término del artículo 110.2 LCAP o el que se determine en el pliego de cláusulas administrativas, y cuando se supere, podrá entenderse que ha existido la recepción «si se ha producido algún hecho concluyente del que pueda inferirse, por modo excepcional, que la recepción provisional de las obras ha tenido lugar tácitamente» (por todas STS de 26 de abril de 1985 (Arz. 2238).

En este caso, **no puede afirmarse que se haya producido una recepción tácita** porque no ha existido un acta de comprobación como exige alternativamente el RGLC, ni tan siquiera se puede decir que se haya producido la adscripción de la obra al uso público, ya que su propio objeto —el adecentamiento de las fachadas del Ayuntamiento— hace difícil imaginar cómo se pueda producir tal eventualidad, ni menos aún que lo haya sido sin que se hubieran manifestado reservas frente al contratista sobre el estado de la obra. Es obvio que tanto la modificación contractual como la retención de la certificación son suficientemente concluyentes sobre la voluntad del Ayuntamiento, satisfacer el mayor coste en que incurrió el contratista, pero condicionar su abono a que subsanara una serie de defectos en la realización de las obras que habían sido constatados por la dirección facultativa.

DCJA 62/2006 pár. 33 a 37

C) Causas de resolución

El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista

En relación con la propuesta de rescisión de la concesión por mutuo acuerdo hay que observar que si bien era posible en el primer momento, con posterioridad, al producirse el **abandono de la concesión,** deja de serlo ya que el artículo 113.4[3] de la LCAP establece que sólo lo será cuando no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

DCJA 55/2006 pár. 29

[3] Actual art. 112.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En virtud de la disposición transitoria primera de dicho texto es aplicable la Ley 13/1995, hoy derogada, ya que la convocatoria de adjudicación del contrato se publicó en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el día 16 de diciembre de 1999, y que la Ley 53/1999 no introdujo modificaciones en los preceptos que resultan de aplicación en este caso.

Demora en el cumplimiento de los plazos

A partir de dicha fecha, y sin necesidad de requerir de ninguna intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 LCAP), concurría dicha causa extintiva del contrato, porque, como se reconoce en la doctrina de esta Comisión, **el simple vencimiento de los plazos sin que la prestación del contratista esté realizada implica «ipso iure» la calificación de incumplimiento,** pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo es una condición esencial (DCJA 77/2005).

DCJA 12/2006 pár. 32

Véanse también DDCJA 56/2006 pár. 20 y 21, 11/2006 pár. 26 y 27, 39/2006 pár. 9 y 10 y 62/2006 pár. 26

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

El artículo 112.10[4] de la LCAP establece que el incumplimiento de las obligaciones de la Administración originará la resolución sólo en los casos previstos en la ley, lo que significa que no basta cualquier incumplimiento de la Administración para que proceda la resolución del contrato, sino que **es necesario que se trate de un incumplimiento de obligaciones expresamente impuestas** a ésta por la legislación de contratos, y no se aprecia en este caso que el Ayuntamiento haya incurrido en incumplimiento contractual relevante.

DCJA 55/2006 pár. 34

En definitiva, lo que ha acontecido en el supuesto analizado es que la concesionaria **decidió unilateralmente abandonar la prestación del servicio** y no cumplir lo estipulado en el contrato adjudicado, dando lugar con ello a un incumplimiento grave del contrato únicamente a ella imputable, conducta que implica un incumplimiento incardinable en la letra g) del artículo 112 de la LCAP.[5]

DCJA 55/2006 pár. 40

[4] Actual art. 113.10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En virtud de la disposición transitoria primera de dicho texto es aplicable la Ley 13/1995, hoy derogada, ya que la convocatoria de adjudicación del contrato se publicó en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el día 16 de diciembre de 1999, y que la Ley 53/1999 no introdujo modificaciones en los preceptos que resultan de aplicación en este caso.

[5] Actual art. 111.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En virtud de la disposición transitoria primera de dicho texto es aplicable la Ley 13/1995, hoy derogada, ya que la convocatoria de adjudicación del contrato se publicó en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el día 16 de diciembre de 1999, y que la Ley 53/1999 no introdujo modificaciones en los preceptos que resultan de aplicación en este caso.

D) Efectos de la resolución

De conformidad con el artículo 113.4 de la LCAP, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será **incautada la garantía** y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

DCJA 12/2006 pár. 45

Véase también DDCJA 59/2006 pár. 15 y 39/2006 pár. 13

En **el esquema diseñado por la normativa de contratación, la secuencia es, en primer lugar, la resolución contractual, y en segundo lugar, la liquidación de los efectos derivados de la resolución** que serán distintos, en el presente caso, en función de la parte a quien se puedan atribuir los incumplimientos que mutuamente se imputan.

En cualquier caso, ha de resaltarse el hecho de que puede resolverse la discrepancia mediante la tramitación de dos procedimientos diferentes o mejor dicho sucesivos, que finalizan con dos actos de distinto alcance. Mientras que en la resolución contractual se trata de analizar si concurre una causa que habilite la decisión de resolver el contrato administrativo (y, en su caso, los efectos de la misma en función de quién haya incumplido), **el procedimiento de liquidación se dirige a establecer la cantidad concreta que debe ser abonada por una de las partes en función de lo que se haya establecido en el acuerdo anterior.**

DCJA 55/2006 pár. 15 y 16

Dado que concurre un incumplimiento sustancial del **contratista** la consecuencia será, según establecen los artículos 167 y 170[6] de la LCAP, que **estará obligada a abonar a la Administración los daños y perjuicios** que efectivamente le haya irrogado y la **Administración tendrá que abonar al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla,** teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

DCJA 55/2006 pár. 43

[6] Actual art. 169 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En virtud de la disposición transitoria primera de dicho texto es aplicable la Ley 13/1995, hoy derogada, ya que la convocatoria de adjudicación del contrato se publicó en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el día 16 de diciembre de 1999, y que la Ley 53/1999 no introdujo modificaciones en los preceptos que resultan de aplicación en este caso.

Respecto a lo que sí ha discutido, hay que decir que si bien los impagos del contratista a los subcontratistas no entran estrictamente dentro de la liquidación a que da lugar la resolución del contrato, ello no quiere decir que los **pagos pendientes a favor de la contratista** no **pueden ser objeto de compensación con derechos a favor del Ayuntamiento** –siempre que se trate de deudas vencidas, liquidas y exigibles– o, como es el caso, para el cumplimiento de las obligaciones que el Ayuntamiento tenga con respecto a terceros subcontratistas derivadas de la ejecución del contrato, por razón de los trabajos encargados y materiales que aportaron.

Partiendo, eso sí, de que se tales créditos se encuentran debidamente acreditados y que la contratista no ha cuestionado que sea deudora. En este caso la facilidad de la prueba obliga a que recaiga en la contratista la carga de probar que ya ha abonado el precio que le reclaman.

DCJA 62/2006 pár. 50 a 51

Véase también DCJA 59/2006 pár. 17