2007
MEMORIA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
DE EUSKADI

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

P.V.P.: 30€

MEMORIA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI 2007

AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
EUSKADI

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

Vitoria-Gasteiz, 2008

Edición: 1.ª, noviembre 2008

Tirada: 650 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: RGM, S.A.
Pol. Igeltzera, Pab. 1 bis - 48610 - Urduliz (Bizkaia)

Impresión: RGM, S.A.
Pol. Igeltzera, Pab. 1 bis - 48610 - Urduliz (Bizkaia)

ISSN: 1887-021X

Depósito Legal: BI-2630-06

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 11

ABREVIATURAS 13

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2007 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 45

CAPÍTULO I
FUNCIÓN CONSULTIVA 47
1. Ambito objetivo 47
2. Nueva consulta 50
3. Momento de la intervención de la Comisión 52
4. Carácter del dictamen 53
5. Parametros 54

A) Disposiciones generales 54
B) Actos administrativos 57

CAPÍTULO II
FUENTES DEL DERECHO 59
1. Principio de jerarquía normativa 59
2. Ley 60
A) Reserva de ley 60
Procedimientos de impugnación 60
Procedimiento investigador 61
Otorgamiento de personalidad jurídica 62
Derechos y libertades 62
Estatuto funcionarial 64
Infracciones y sanciones 65
B) Lex repetitae 66
3. Delegación legislativa 68
4. Reglamentos 73
A) Ejercicio de la potestad reglamentaria 73

CAPÍTULO III
EFICACIA DE LAS NORMAS 77
1. Derogación 77

CAPÍTULO IV
TÉCNICA NORMATIVA 79
1. Estilo de regulación 79
2. Estructura 81
3. Lenguaje 84
4. Normas modificativas 85
5. Parte final 86
6. Publicación 87
7. Remisiones 87
8. Título 87

CAPÍTULO V
DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 89
1. Generalidades 89
A) Territorio 89
B) Traslación de la normativa comunitaria 90
C) Proyección exterior 91
2. Lengua (art. 6.1 EAPV) 92
3. Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV) 92
4. Legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales (art. 10.3 del EAPV) 95

5. Estatuto de los funcionarios públicos (art. 10.4 EAPV) 96
6. 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) . . . 99
7. Agricultura y ganadería (art. 10.9 EAPV) 105
8. Asistencia social (art. 10.12 EAPV) 106
9. Fundaciones (art. 10.13 EAPV) 109
10. Investigación científica y técnica (art. 10.16 EAPV) 111
11. Cámaras agrarias (art. 10.21 EAPV) 111
12. Comercio Interior (art. 10.27 EAPV) 115
13. Vivienda (EAPV art. 10.31) 117
14. Transportes terrestres (EAPV art. 10.32) 118
15. Ejecución legislacion laboral (art. 12.2 EAPV) 119
16. Enseñanza (art. 16 EAPV) 124
17. Policía (art. 17 EAPV) 127
18. Sanidad interior (art. 18 EAPV) 129

CAPÍTULO VI
ÁREAS 131
1. Administración Pública 131
A) Altos cargos 131
B) Administración electrónica 140
C) Órganos colegiados 145
D) Entidades vinculadas o dependientes 147
E) Administración corporativa 149
F) Delegación de firma 150
G) Colaboración interadministrativa 150
H) Potestad sancionadora 151
2. Adopción 153
3. Autonomía municipal 155
4. Comercio 156
5. Fundaciones 159
A) Derecho de fundación 159
B) Gobierno de la fundación 160
C) El Protectorado 161
Interpretación de la voluntad fundacional 161
Control e inspección 163
Impugnación de las decisiones 165
D) Cobertura de vacantes del órgano de gobierno y gestión provisional 166
E) Autocontratación 168
F) Ingresos 169
G) Gastos de administración 171
H) Registro de fundaciones e inscripciones 172
Configuración 172

Inscripción constitutiva 173
Intervención del Protectorado 173
El sentido del silencio en los procedimientos de inscripción. 177
Inscripción obligatoria de resoluciones judiciales 179
Procedimiento 180
Subsanación 181
6. Libertad de empresa 182
7. Minería 185
8. Personal de las administraciones públicas 188
A) Tipología 188
B) Acceso 190
C) Incompatibilidades 192
D) Retribuciones 194
Profesionales sanitarios 194
Personal docente e investigador contratado de la UPV 196
E) Carrera profesional 200
F) Mérito y capacidad 202
G) Situaciones 202
H) La reclasificación 203
I) Promoción interna 204
9. Prevención de riesgos laborales 207
A) En el ámbito de las Administraciones Públicas 207
B) En la minería 209
10. Protección de datos 213
11. Sanidad 214
A) Segunda opinión médica 214
12. Sedes 216
13. Sistema monetario 217
14. Vivienda 217

CAPÍTULO VII
PROCEDIMIENTO 223
1. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general . . 223
A) Inicio 223
B) Audiencia 224
C) Participación de otras administraciones 225
D) Negociación o consulta con los representantes del personal 228
E) Comunicación a la Unión Europea 228
F) Memorias 229
G) Informes 234
2. Procedimiento Administrativo Común de los actos administrativos 236
A) Iniciación 236
B) Instrucción 238
Actos de trámite 238
La prueba 238

Audiencia de los interesados 242
Propuesta de resolución 243
Plazo para resolver 243
Suspensión 243
Motivación 244
3. Especialidades en el procedimiento administrativo 245
A) Procedimiento de revisión de oficio 245
Iniciación 245
Instrucción 245
B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial 246
Iniciación 246
Instrucción 254
C) Procedimiento de contratación administrativa 257

CAPÍTULO VIII
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 259
1. Generalidades 259
2. Daño 263
3. Relación de causalidad 266
Título de imputación 267
Estándares de funcionamiento 270
Concurrencia de causas 272
Conducta de la víctima 275
4. Antijuridicidad 276
5. Indemnización 280
Por daños materiales 280
Por lesiones 281
Por daño moral 282
Lucro cesante 283
Otros gastos 284
Pago 285
6. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 286
7. Responsabilidad patrimonial por sectores 289
A) Centros escolares 289
B) Función pública 296
Dilaciones en procesos selectivos 296
Acoso moral 304
C) Instalaciones deportivas 309
D) Mantenimiento de vías públicas 310
E) Servicios sanitarios 317
F) Servicios sociales 322
G) Servicio público portuario 324
H) Urbanismo 326

CAPÍTULO IX
REVISIÓN DE OFICIO 333
1. Ámbito de la potestad revisora 333
2. Límites a la revisión de oficio 334
3. Análisis de las causas de nulidad 336
A) Art. 62.1.a) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. 336
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 337
C) Art. 62.1. d) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. 338
D) 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 338
E) 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 340
F) Art. 62.1.g) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal 341

CAPÍTULO X
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 343
1. Extinción del contrato 343
A) Causas de resolución 343
Demora en el cumplimiento de los plazos 343
Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales 344
2. Modificación de contratos 346

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 30 de julio de 2008 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2007. 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 2007, que, siguiendo el modelo iniciado con la memoria del año anterior, se ha elaborado extrayendo de los dictámenes y acuerdos emitidos en este periodo los fragmentos más representativos de su posición con relación a las diversas cuestiones sobre las que se le ha consultado, respetando su tenor literal y clasificados por materias y voces. En la selección de dichos fragmentos se ha cuidado especialmente de evitar repeticiones de la doctrina incluida en la memoria anterior, salvo que el nuevo pronunciamiento matice o amplie la explicación dada en los dictámenes de los años anteriores. Asimismo, en cada pronunciamiento se identifica el dictamen o acuerdo del que procede, con el fin de que, quien esté interesado, pueda consultar el texto completo en la base de datos documental disponible en la siguiente dirección de internet: http://www.euskadi.net/comisionjuridica.

La presente edición de la memoria ha sido posible gracias a 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, y al trabajo del traductor, Sr. Alberto Amorrortu.

Para finalizar, 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 del Servicio Central de Publicaciones por la colaboración prestada en todos estos años en la edición de las memorias anuales.

ABREVIATURAS

ACJA / AACJA	Acuerdo / Acuerdos de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
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
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
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
LEMPE	Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud
LEPV	Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca
LFV	Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco

LG	Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno
LIA	Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia
LIMH	Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOSE	Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi
LPE	
LPEDG	Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
LPPV	Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco
LPRL	Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSS	Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco
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
LTPUI	Ley 2/2000, de 29 de junio, de Transporte Público Urbano e Interurbano de Viajeros en automóviles de turismo
pár.	Párrafo
ROFPR	Decreto 404/1994, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y del Registro de Fundaciones del País Vasco
RPV	Reglamento del Parlamento Vasco
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

PRIMERA PARTE

ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2007

CAPÍTULO I

COMPOSICIÓN

Durante este año ha causado baja como vocal de la Comisión don Luis Elicegui Mendizábal, a quien la Comisión agradece su aportación al funcionamiento de este órgano consultivo.

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

– Dña. Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.
– D. Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe.

En consecuencia, la composición de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi a 31 de diciembre de 2007 era 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.
Dña. Loreto Abaigar Echegoyen.
Dña. Ana Arcocha Azcue.
Dña. Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.
D. Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe.

Secretario:
D. Jesús M.ª Alonso Quilchano.

CAPÍTULO II

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Durante el año 2007 la Comisión, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre), ha iniciado los trabajos para el diseño de su emblema. A tal fin, por Resolución de 23 de julio de 2007, el Presidente de la Comisión aprobó la tramitación de un contrato menor para el diseño de la identidad corporativa. Previo análisis de las ofertas presentadas por las seis empresas a las que se solicitó un presupuesto, el Presidente, por Resolución de 17 de septiembre de 2007, adjudicó a la empresa Cryn Creativos, S.L. el contrato menor para el diseño de la identidad corporativa de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, por una cuantía de diez mil euros, impuestos incluidos.

Dicha empresa procedió a realizar diversos bocetos y en la sesión del día 26 de octubre de 2007, el Pleno acordó, entre las propuestas presentadas, el diseño básico del emblema. A partir de este momento, la empresa contratada continuó los trabajos para el diseño definitivo del emblema o marca corporativa de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi y sus distintas versiones, así como a la elaboración del Manual de identidad Corporativa, tareas que se desarrollaron durante el resto del año y principios del año siguiente. El Pleno, en su sesión del día 16 de enero de 2008, aprobó definitivamente tanto el emblema actual como el Manual de identidad Corporativa.

CAPÍTULO III

DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA

1. INTRODUCCIÓN

De los datos que sobre la función consultiva desarrollada en el año 2007 ofrecemos a continuación, se pueden extraer las siguientes conclusiones principales. La primera es que la función consultiva desarrollada por la Comisión sigue con la tendencia de crecimiento apuntada en la memoria anterior, habiendo experimentado con respecto al año anterior un incremento porcentual del 37% en cuanto a solicitudes de consultas recibidas y un 48% en el número de dictámenes emitidos. No obstante ese crecimiento, hay que destacar que el número de consultas pendientes de resolver al finalizar el año ha disminuido 4 puntos porcentuales con respecto al 2006, lo que es reflejo del esfuerzo realizado para evacuar las consultas recibidas dentro de los plazos establecidos.

En segundo lugar, y atendiendo al origen de las solicitudes de consultas recibidas, también en este año el número de consultas planteadas por las entidades locales supera a las solicitadas por los órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma, en un porcentaje que ha crecido en 3 puntos con respecto al registrado en el ejercicio anterior. Ello afianza la paulatina consolidación como órgano colegiado superior consultivo en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Por último, y teniendo en cuenta la tipología de los asuntos dictaminados, este año, en el que la legislatura se encuentra en su ecuador, ha aumentado de forma importante el número de dictámenes sobre disposiciones generales, ya que se han dictaminado 22 normas más que el año anterior. Ello no obstante, dicho crecimiento únicamente ha supuesto un aumento de 2 puntos porcentuales en la totalidad de la función consultiva general, ya que la mayor actividad se sigue registrando con relación a consultas sobre actos administrativos —con especial primacía de las recla-

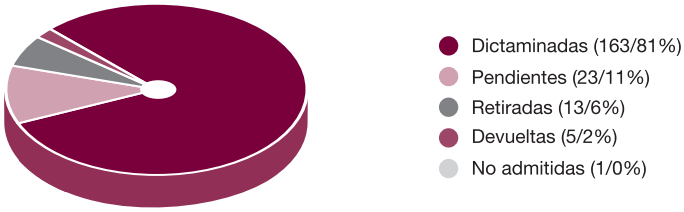
maciones de responsabilidad patrimonial—, que han experimentado un crecimiento mayor (38 dictámenes más).

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

2. DATOS SOBRE LAS CONSULTAS RECIBIDAS

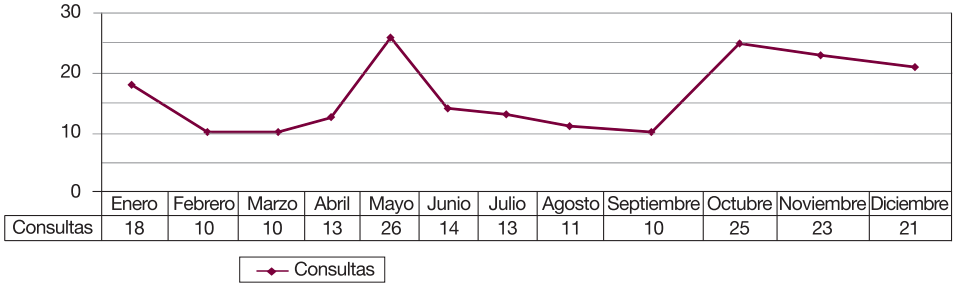
Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2007 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 205 solicitudes de consultas, de las cuales 1 no fue admitida a trámite por el Presidente debido a que se refería a un asunto en el que era manifiesta la falta de competencia de la Comisión para dictaminarlo, y 10 fueron retiradas por los órgano consultantes de forma inmediata a recibir la solicitud al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

De las 194 consultas admitidas a trámite 3 fueron posteriormente retiradas por el órgano consultante y 5 fueron devueltas por la Comisión, ya sea por el propio Presidente (2), ya sea por Acuerdo del Pleno (3) —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, bien porque no procedía emitir un nuevo dictamen sobre el asunto examinado— y 163 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:

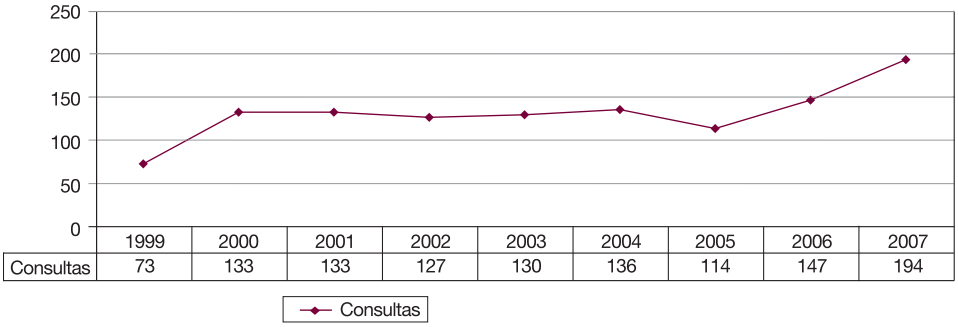
Evolución mensual de las consultas admitidas a trámite



	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Consultas	18	10	10	13	26	14	13	11	10	25	23	21

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



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Consultas	73	133	133	127	130	136	114	147	194

En cuanto a la tramitación de las consultas admitidas a trámite, debemos destacar que 11 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 6 consultas ampliación de información o ha requerido al órgano consultante para que justifique la realización de trámites no documentados en el expediente remitido. Todas las solicitudes de ampliación de información, salvo una que está pendiente, y los requerimientos tramitados fueron cumplimentados por los órganos consultantes a las que iban dirigidas, bien remitiendo la documentación solicitada, bien justificando la imposibilidad de dar satisfacción a lo solicitado.

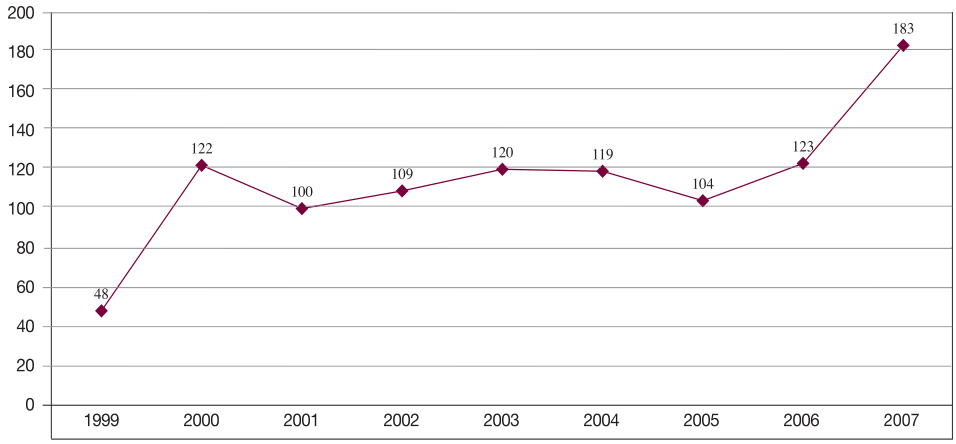
Asimismo, en 2 casos la Comisión, en base al principio de economía procesal, devolvió las consultas sin requerimiento previo, por estar acreditado en el expediente la no realización de trámites preceptivos.

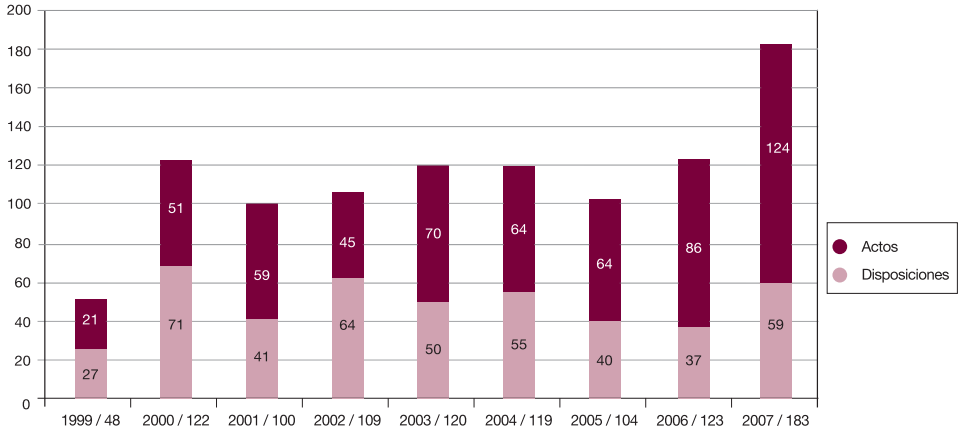
Finalmente hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 39 sesiones ordinarias y no ha celebrado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

3. DATOS SOBRE LOS DICTÁMENES EMITIDOS

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 183 dictámenes (*téngase en cuenta que 23 de esos dictámenes corresponden a expedientes remitidos a esta Comisión en el año 2006*), que en función de una primera clasificación general de las consultas se distribuyen de la forma siguiente:

En los siguientes cuadros puede observarse la comparativa 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):

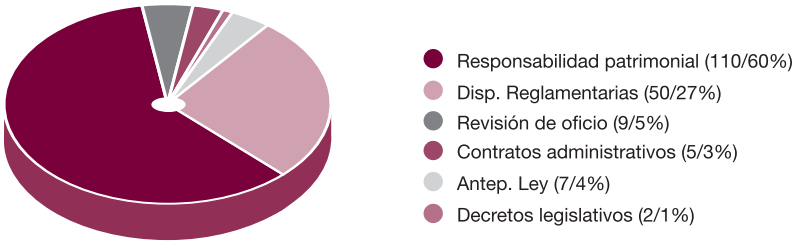




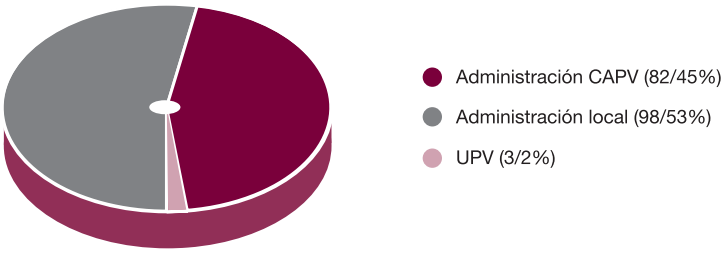
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

Anteproyectos de Ley	7
Proyectos de decretos legislativos	2
Proyectos de disposiciones reglamentarias	50
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	9
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	0
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	5
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros	110
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	**183**

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:* 82 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente

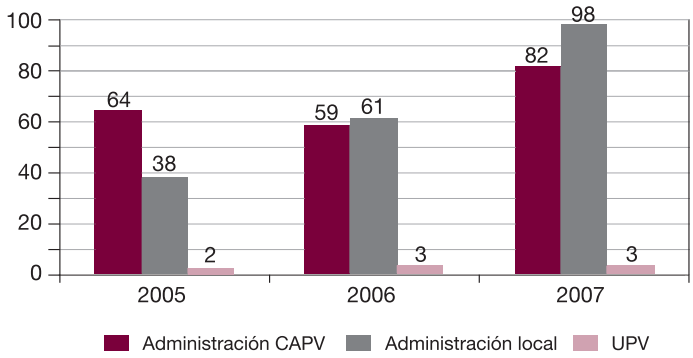
	DISPOSICIONES GENERALES	ACTOS ADMINISTRATIVOS	TOTAL
Presidencia	1	0	1
Vicepresidencia	1	0	1
Hacienda y Administración Pública	4	2	6
Justicia, Empleo y Seguridad Social	8	0	8
Interior	3	5	8
Industria, Comercio y Turismo	4	0	4
Vivienda y Asuntos Sociales	7	4	11
Educación, Universidades e Investigación	15	6	21
Sanidad	4	0	4
Cultura	3	0	3
Medio Ambiente y Ordenación del Territorio	5	0	5
Transportes y Obras Públicas	1	2	3
Agricultura, Pesca y Alimentación	3	1	4
Servicio vasco de salud-Osakidetza	3	0	3
TOTAL	**62**	**20**	**82**

b) *Universidad del País Vasco:* 3 dictámenes

c) *Administración Local*: 98 dictámenes distribuidos de la forma siguiente

	ACTOS ADMINISTRATIVOS
Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana-Abanto Zierbena	1
Ayuntamiento de Andoain	1
Ayuntamiento de Asparrena	1
Ayuntamiento de Astigarraga	1
Ayuntamiento de Arrasate	3
Ayuntamiento de Basauri	1
Ayuntamiento de Beasain	2
Ayuntamiento de Bilbao	34
Ayuntamiento de Deba	1
Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián	27
Ayuntamiento de Durango	4
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio	1
Ayuntamiento de Getxo	7
Ayuntamiento de Morga	1
Ayuntamiento de Plentzia	1
Ayuntamiento de Sestao	1
Ayuntamiento de Sondika	1
Ayuntamiento de Sopuerta	1
Ayuntamiento de Trespuentes	1
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	1
Ayuntamiento de Urkabustaiz	1
Ayuntamiento de Zamudio	1
Ayuntamiento de Zestoa	1
Ayuntamiento de Zuia	2
Bilbao Kirolak-Instituto municipal de deportes	1
Consorcio de Aguas de Rioja Alavesa	1
TOTAL	**98**

El gráfico comparativo con el año anterior es el siguiente:



En relación con los dictámenes emitidos se han formulado 5 votos particulares en los asuntos siguientes:

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR
Dictamen 36/2007	Consulta 6/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.T.L. como consecuencia de una caída en la carretera del Parque natural del Gorbeia	Sr. José Ignacio Peláez Berasategui
Dictamen 47/2007	Consulta 24/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la niña I.L.G. como consecuencia de una caída en el patio del Centro escolar … de …	Sra. M.ª Teresa Astigarraga Goenaga
Dictamen 67/2007	Consulta 51/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de la anulación por sentencia de la licencia otorgada por obras de reforma y ampliación de garajes y trasteros	Sr. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo
Dictamen 68/2007	Consulta 46/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa … como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido en el …	Sr. José Ignacio Peláez Berasategui
Dictamen 85/2007	Consulta 66/2007 sobre la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.M.L. como consecuencia de una caída en la vía pública.	Sr. Luis M.ª Eskubi Juaristi

4. RELACIÓN DE DICTÁMENES Y ACUERDOS

Anteproyectos de Ley (7)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
064/2007	Consulta 40/2007 del anteproyecto de Ley por la que se deroga la Ley 6/1990, de 15 de junio, de Cámaras Agrarias
118/2007	Consulta 99/2007 del anteproyecto de Ley de los principios de actuación y conducta de las personas que ocupan cargos públicos del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de las actividades compatibles con su desempeño
120/2007	Consulta 105/2007, del anteproyecto de Ley de tercera modificación de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, que regula la reclasificación de la escala básica de la Ertzaintza
132/2007	Consulta 149/2007 del anteproyecto de Ley de tercera modificación de la Ley de Policía del País Vasco, que regula la reclasificación de la escala básica de la Ertzaintza.
160/2007	Consulta 147/2007 del anteproyecto de Ley por la que se crea y regula la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo
165/2007	Consulta 135/2007 del anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial
167/2007	Consulta 146/2007 del anteproyecto de Ley de creación del Colegio de Terapeutas Ocupacionales del País Vasco

Decretos legislativos (2)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
100/2007	Consulta 85/2007 del proyecto de Decreto Legislativo de aprobación del texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco
131/2007	Consulta 136/2007 del proyecto de Decreto Legislativo de aprobación del texto refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi.

Proyectos de disposiciones reglamentarias (50)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
001/2007	Consulta 129/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula el procedimiento de elección y renovación parcial del Órgano Máximo de Representación de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
002/2007	Consulta 130/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula el procedimiento de elección y constitución del Consejo Escolar y la designación del Director o Directora de los centros docentes privados concertados de la Comunidad Autónoma del País Vasco
003/2007	Consulta 128/2006 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Transporte Urbano e Interurbano de viajeros de automóviles de turismo
018/2007	Consulta 144/2006 del proyecto de Decreto por el que se regula la realización de la fase de formación práctica en empresas, estudios o talleres (FFP), en los ciclos formativos de Artes Plásticas y Diseño
025/2007	Consulta 21/2007 sobre el proyecto de Decreto por el que se regula el desarrollo profesional de los profesionales sanitarios del grupo profesional B1, del ente público de derecho privado Osakidetza-Servicio vasco de salud
033/2007	Consulta 8/2007 del proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Protectorado de Fundaciones del País Vasco.
034/2007	Consulta 28/2007 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
037/2007	Consulta 9/2007 del proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Fundaciones del País Vasco
045/2007	Consulta 27/2007 sobre el proyecto de Decreto de modificación del Reglamento de recaudación de la Hacienda General del País Vasco.
063/2007	Consulta 60/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio de determinadas actividades de las Entidades de Previsión Social Voluntaria.
071/2007	Consulta 72/2007 del proyecto de Decreto por el que se determinan las circunscripciones escolares de la Comunidad Autónoma del País Vasco
084/2007	Consulta 59/2007 del proyecto de Decreto regulador de los recursos de acogida para mujeres víctimas de maltrato en el ámbito doméstico.
088/2007	Consulta 73/2007 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto 73/2001, de 24 de abril, de implantación en la Comunidad Autónoma del País Vasco de los estudios superiores de música, de acuerdo con la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo

N.º DICTAMEN	TÍTULO
090/2007	Consulta 75/2007 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula la inspección y revisión de las instalaciones de gas en servicio destinadas a usos domésticos, colectivos o comerciales
091/2007	Consulta 79/2007 sobre el proyecto de Decreto de requisitos de los establecimientos de audioprótesis.
099/2007	Consulta 82/2007 del Proyecto de Decreto por el que se regulan de las unidades administrativas encargadas del impulso y coordinación de las políticas de igualdad en los departamentos del Gobierno Vasco, así como en sus organismos autónomos y entes públicos.
101/2007	Consulta 77/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las diputaciones forales en materia de adopción de personas menores de edad
102/2007	Consulta 91/2007 del proyecto de Decreto sobre ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el sistema sanitario de Euskadi
103/2007	Consulta 89/2007 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto de ayudas a los planes de reconversión y reestructuración de viñedo en la Comunidad Autónoma del País Vasco
107/2007	Consulta 96/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para obtener la evaluación y acreditación de Uniqual, Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco, por parte del personal docente e investigador contratado de la UPV/EHU, del profesorado de las universidades privadas en posesión del título de doctor; y para obtener el informe previo a la contratación de profesor colaborador y asociado de la UPV/EHU.
113/2007	Consulta 92/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos
114/2007	Consulta 100/2007 del proyecto de Decreto por el que se constituye la Comisión Permanente Sectorial para la Atención a la Infancia y la Adolescencia
121/2007	Consulta 108/2007 del proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de la Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco
125/2007	Consulta 112/2007 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de los estudios superiores de Diseño, en la especialidad de Diseño Gráfico, así como la prueba de acceso, para el ámbito territorial de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
126/2007	Consulta 113/2007 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de enseñanzas profesionales de música y el acceso a dichas enseñanzas, para el ámbito territorial de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
127/2007	Consulta 114/2007 del proyecto de Decreto por el que se dispone la implantación en la Comunidad Autónoma de Euskadi de las enseñanzas de idiomas de régimen especial y se establece el currículo de los niveles básico e intermedio de dichas enseñanzas.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
128/2007	Consulta 134/2007 del proyecto de Decreto de modificación y refundición de la normativa de organización y funcionamiento del Consejo Asesor del Euskera.
133/2007	Consulta 104/2007, del proyecto de Decreto por el que se regula la tramitación de los procedimientos para la comunicación de los proyectos resumen de voladuras especiales para minería y obra civil.
134/2007	Consulta 121/2007, del proyecto de Decreto por el que se regula la creación, regulación y funcionamiento del Observatorio de la Infancia y la Adolescencia.
135/2007	Consulta 111/2007, del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas profesionales de danza y el acceso a dichas enseñanzas, para el ámbito territorial de competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
136/2007	Consulta 116/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Vasco de Universidades
137/2007	Consulta 122/2007 del proyecto de Decreto por el que se crea el Consejo Vasco de Investigación.
139/2007	Consulta 120/2007, del proyecto de Decreto por el que se establece el reglamento de organización y funcionamiento de la Defensoría de la Infancia y la Adolescencia.
140/2007	Consulta 130/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo del Agua del País Vasco.
141/2007	Consulta 131/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula la composición y régimen de funcionamiento del Consejo de Administración de la Agencia Vasca del Agua.
142/2007	Consulta 132/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula la Asamblea de Usuarios de la Agencia Vasca del Agua.
153/2007	Consulta 142/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Asesor de Museos de Euskadi.
154/2007	Consulta 143/2007 del proyecto de Decreto por el que se determinan el objeto y procedimiento de acreditación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por las operadoras de televisión bajo régimen de dependencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco.
155/2007	Consulta 138/2007 del proyecto de Decreto de funciones, composición y régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de Política Territorial del País Vasco.
159/2007	Consulta 139/2007 del proyecto de Decreto sobre el régimen jurídico de las viviendas de protección pública y las medidas financieras en materia de vivienda y suelo
163/2007	Consulta 158/2007 del proyecto de Decreto sobre Inspección de Seguridad y Salud Laborales de la Comunidad Autonomía del País Vasco

N.º DICTAMEN	TÍTULO
164/2007	Consulta 159/2007 del proyecto de Decreto del procedimiento para la imposición de medidas correctoras por incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas Vascas
166/2007	Consulta 151/2007 del proyecto de Decreto por el que se regulan las ayudas económicas para el desarrollo de la fase de prácticas en empresa de los programas de Iniciación Profesional
168/2007	Consulta 173/2007 del proyecto de Decreto por el que se aprueban los estatutos de la Agencia Vasca del Agua
169/2007	Consulta 155/2007 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto de ayudas a la apicultura en la Comunidad Autónoma del País Vasco
172/2007	Consulta 160/2007 del proyecto de Decreto sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales de las cooperativas de la Comunidad Autónoma del País Vasco
173/2007	Consulta 161/2007 del proyecto de Decreto sobre el procedimiento de imposición de sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito minero, canteras y túneles
174/2007	Consulta 165/2007 del proyecto de Decreto por el que se regula el Consejo Vasco de Seguridad Industrial
175/2007	Consulta 164/2007 del proyecto de Decreto de retribuciones del personal docente e investigador contratado de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
176/2007	Consulta 182/2007 sobre el proyecto de Decreto por el que se regula el desarrollo profesional del personal fijo de las categorías no sanitarias y las del área sanitaria de formación profesional de grado superior y medio del ente público de derecho privado Osakidetza-Servicio Vasco de Salud

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (110)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
004/2007	Consulta 133/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don D.L.E. como consecuencia de una caída en la Ertzainetxea de ...
005/2007	Consulta 126/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.O.Y. y otros como consecuencia del incendio que se produjo en el caserío …

N.º DICTAMEN	TÍTULO
006/2007	Consulta 142/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don C.S.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
007/2007	Consulta 137/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.A.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
008/2007	Consulta 134/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don I.S.A. como consecuencia de una accidente en la vía publica
009/2007	Consulta 127/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ... como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios
010/2007	Consulta 138/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña …, don … y don ... como consecuencia de la muerte de su hijo y hermano
011/2007	Consulta 136/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L. de L. como consecuencia de una caída en la vía pública
013/2007	Consulta 143/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por M.B., S.A. como consecuencia de la rotura de una tubería
014/2007	Consulta 149/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.ª A. A. E. como consecuencia de una caída en la vía pública
016/2007	Consulta 1/2007 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.ª.L.T.G. como consecuencia de una caída en la Plaza del Mercado de Durango
020/2007	Consulta 145/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña S.L.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
021/2007	Consulta 146/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.I. como consecuencia de una caída en las escaleras situadas en
022/2007	Consulta 12/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.ª.S.C.E., como consecuencia de una caída en el Puerto de Donostia-San Sebastián
023/2007	Consulta 140/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña P.A.R. como consecuencia de un atropello en la carretera GI-631
024/2007	Consulta 147/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño J.C.B. como consecuencia de una caída en la Piscina Municipal

N.º DICTAMEN	TÍTULO
026/2007	Consulta 3/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de una inundación de sus instalaciones
027/2007	Consulta 5/2007 sobre la reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la 'Sociedad Cooperativa …' como consecuencia de las raíces de una serie de árboles plantados por el Ayuntamiento
029/2007	Consulta 150/2006 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por … como consecuencia de la ejecución de una obra pública.
30/2007	Consulta 2/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña V.R.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
031/2007	Consulta 10/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.S.D. como consecuencia de las incidencias producidas en su nombramiento como funcionario de carrera
032/2007	Consulta 19/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don L.M.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
036/2007	Consulta 6/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.T.L. como consecuencia de una caída en la carretera del Parque natural del Gorbeia
038/2007	Consulta 15/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño M.C.A. como consecuencia de una accidente ocurrido en el patio del CEP …
039/2007	Consulta 16/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por doña M.J.L.E. como consecuencia de una caída en el aparcamiento de la zona bajo el Rectorado de la UPV/EHU.
040/2007	Consulta 13/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.M.H. como consecuencia de las filtraciones e inundaciones en el local del negocio que regenta.
041/2007	Consulta 14/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … nº … como consecuencia de las filtraciones e inundaciones en el sótano
043/2007	Consulta 20/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.Q.E. como consecuencia de una caída en la vía pública
044/2007	Consulta 17/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por las lesiones sufridas por don E.A.A. como consecuencia de un accidente de circulación.
046/2007	Consulta 25/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.F.G. como consecuencia de la suspensión cautelar de funciones dictada en el marco de un procedimiento disciplinario.
047/2007	Consulta 24/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la niña I.L.G. como consecuencia de una caída en el patio del Centro escolar … de ….

N.º DICTAMEN	TÍTULO
048/2007	Consulta 23/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.F.M. como consecuencia de una caída en el Puerto de …
049/2007	Consulta 22/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña G.G.O. como consecuencia de una caída en la vía pública.
050/2007	Consulta 29/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.A.E. como consecuencia de una caída en la vía pública.
051/2007	Consulta 26/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.J.P.S. como consecuencia de un resbalón acaecido en el frontón 1 del polideportivo de …
052/2007	Consulta 33/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.T.N. como consecuencia de una caída en la vía pública.
053/2007	Consulta 31/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por … como consecuencia de la anulación judicial de la licencia urbanística que le otorgó el Ayuntamiento.
054/2007	Consulta 36/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.S.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
055/2007	Consulta 37/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña O.C.F. como consecuencia de un accidente sufrido con su ciclomotor en la vía pública
056/2007	Consulta 34/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.Z.A. como consecuencia de una caída en las escaleras exteriores del portal de su vivienda
057/2007	Consulta 35/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.L.U. como consecuencia de una caída en la vía pública
058/2007	Consulta 41/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.T.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
059/2007	Consulta 43/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don T.L.A. como consecuencia de las obras de construcción del aparcamiento de …
060/2007	Consulta 45/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.C.P. como consecuencia de una caída en la vía pública
061/2007	Consulta 42/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los vecinos y Comunidad de Propietarios de … como consecuencia de la anulación de una licencia urbanística
062/2007	Consulta 39/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don E.Q.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
065/2007	Consulta 48/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don C.B.Z. como consecuencia de una caída en la vía pública.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
066/2007	Consulta 49/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
067/2007	Consulta 51/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de la anulación por sentencia de la licencia otorgada por obras de reforma y ampliación de garajes y trasteros
068/2007	Consulta 46/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa … como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido en el …
069/2007	Consulta 47/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.B.R. como consecuencia de un accidente de circulación ocurrido en el Paseo …
070/2007	Consulta 44/2007 sobre la reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas por don P.L.A.Z. y doña M.I.A.I., don J.A.C.U. y doña C.G.Z., don L.M.C.G. y doña M.G.C.Z., y doña M.E.A. y don J.J.R. d. G. por los daños sufridos como consecuencia de un ascensor panorámico entre las calles …
072/2007	Consulta 50/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … como consecuencia de la construcción de un aparcamiento
073/2007	Consulta 56/2007 sobre la responsabilidad patrimonial formulada por doña A.N.J.D.C. por los daños sufridos como consecuencia de una caída en la vía pública
074/2007	Consulta 55/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por doña A.M.R.G. por los daños sufridos como consecuencia de la construcción del aparcamiento sito en …
076/2007	Consulta 52/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la compañía de seguros … como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por una inundación
077/2007	Consulta 38/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña F.G.F. como consecuencia de una caída en la vía pública.
078/2007	Consulta 54/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.O.L. como consecuencia de una caída en la vía pública.
079/2007	Consulta 70/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.B. como consecuencia de una caída en la vía pública.
080/2007	Consulta 57/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.A.C. como consecuencia de una caída en la vía pública
081/2007	Consulta 58/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña G.R.C. como consecuencia de una caída en la vía pública
082/2007	Consulta 61/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña V.L.M. como consecuencia de una caída en la vía pública

N.º DICTAMEN	TÍTULO
083/2007	Consulta 65/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la comunidad de propietarios de la calle … como consecuencia de las obras de construcción del aparcamiento …
085/2007	Consulta 66/2007 sobre la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.M.L. como consecuencia de una caída en la vía pública.
086/2007	Consulta 68/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.V.S.M. como consecuencia de una caída en la vía pública.
087/2007	Consulta 67/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.M.G. como consecuencia de una caída.
092/2007	Consulta 80/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.R.N.M. y otros propietarios de las plazas de garaje sitas en el edificio contiguo a unas obras de promoción de viviendas sociales en el municipio de Arrigorriaga
093/2007	Consulta 69/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.A.L. con motivo de la caída del techo de un centro educativo de la UPV-EHU
094/2007	Consulta 81/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.V.S. con motivo del accidente sufrido con su ciclomotor en la vía pública.
096/2007	Consulta 76/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña Á.F.G. como consecuencia de una caída en la vía pública.
097/2007	Consulta 84/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de Calderas de los inmuebles … y …, de Bilbao, como consecuencia de las inundaciones sufridas por aguas fecales
098/2007	Consulta 88/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.S.A. como consecuencia de una caída en la vía pública.
104/2007	Consulta 90/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.S.C.E. como consecuencia de una caída en el puerto de Donostia
105/2007	Consulta 87/2007, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
108/2007	Consulta 102/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.H.U. como consecuencia de una caída en la vía pública
109/2007	Consulta 86/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.M.V. como consecuencia de una caída en la vía pública
110/2007	Consulta 93/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.Z.G. como consecuencia de una caída en la vía pública

N.º DICTAMEN	TÍTULO
111/2007	Consulta 94/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.A. como consecuencia de un accidente de circulación
112/2007	Consulta 98/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.D.M. como consecuencia de una caída en el local …
115/2007	Consulta 97/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la comunidad de propietarios del … de la calle … de … como consecuencia de las obras de construcción de unas viviendas sociales.
116/2007	Consulta 95/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.B.C. en una jornada organizada por el Departamento de Agricultura y Pesca
117/2007	Consulta 103/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.P.B.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
119/2007	Consulta 101/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.L.Z. como consecuencia de la inactividad de la administración municipal en las actuaciones relativas a la contaminación acústica de un hotel
122/2007	Consulta 106/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.A.P., como consecuencia del trato recibido por su superior
123/2007	Consulta 110/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por doña E.P. de A. como consecuencia de una caída en la vía pública
124/2007	Consulta 107/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.B.M. como consecuencia de una caída en la vía pública.
129/2007	Consulta 115/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por doña L.P.A. como consecuencia de una caída en la vía pública de Donostia-San Sebastián.
138/2007	Consulta 125/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle …, y la Comunidad de Garajes de la calle …, con motivo de la construcción del aparcamiento en el subsuelo de la Plaza … de Bilbao.
143/2007	Consulta 109/2007 sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.J.G.O., doña M.C.M.R., don G.P.G.A., don J.M.R.P. y doña A.E.U.B., como consecuencia de la demora en la toma de posesión tras el desarrollo de la OPE 2000
144/2007	Consulta 118/2007 sobre las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por el Sr. G., Sra. D.V., Sra. D., Sr. B., Sr. G., Sra. S., Sr. L., Sr. M., Sr. A., Sr. M., Sra. S., Sra. H., Sr. D., Sra. I., Sra. P., Sr. S., Sr. P., Sra. A., Sr. R., Sr. G. y Sra. R. como consecuencia de la demora en la toma de posesión tras el desarrollo de la OPE 2000.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
146/2007	Consulta 126/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.B.G.G. como consecuencia de la no ejecución de la orden de demolición de unas obras acordada por el Ayuntamiento de Getxo.
147/2007	Consulta 127/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don C.R.R. como consecuencia de una caída en la vía pública.
148/2007	Consulta 137/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.I.M. como consecuencia de la construcción de un aparcamiento.
149/2007	Consulta 140/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … como consecuencia de las obras de construcción del aparcamiento del …
150/2007	Consulta 141/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.A.C. como consecuencia de las obras de construcción del aparcamiento …
151/2007	Consulta 128/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.E.A. con motivo de una caída en la vía pública.
152/2007	Consulta 129/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.L.I. como consecuencia de una caída en la vía pública.
156/2007	Consulta 144/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.B.B.M. como consecuencia de una caída en la vía pública.
157/2007	Consulta 133/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.A.D.S. con motivo de una caída en la vía pública.
158/2007	Consulta 123/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don M. y doña M.A.U.M. con motivo del fallecimiento de su madre en la Residencia pública de …
161/2007	Consulta 152/2007 sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por don R.R.M. con motivo de un accidente de circulación
162/2007	Consulta 148/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.F.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
170/2007	Consulta 157/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la niña L.A.O. como consecuencia de una caída en el patio de un Centro Educativo
171/2007	Consulta 150/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.P.E. como consecuencia de un escape de agua en su vivienda
177/2007	Consulta 156/2007 sobre la reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por don F.E.B. como consecuencia de un accidente de circulación

N.º DICTAMEN	TÍTULO
178/2007	Consulta 166/2007 sobre la reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por la niña D.P.E. por la asistencia médica recibida del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza
180/2007	Consulta 170/2007 sobre responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don I.S.A. con motivo de un accidente de circulación
181/2007	Consulta 174/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.V.C.M. como consecuencia de su exclusión de las listas de candidatos a sustituciones en los Conservatorios de Música de Grado Medio
182/2007	Consulta 163/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.U.M. con motivo del fallecimiento de su esposo como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.
183/2007	Consulta 168/2007 sobre la reclamación de responsabilidad por los daños sufridos por don J.A.F.F. como consecuencia de un accidente de circulación

Revisión de oficio (9)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
012/2007	Consulta 151/2006 sobre el expediente de revisión de oficio de la adjudicación de la licencia municipal de autotaxi nº … a don A.F.P.
015/2007	Consulta 148/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del Decreto del Alcalde de Sestao de 28 de julio de 2005 en la parte que otorga licencia municipal a la mercantil «E.F., S.A.», para la ejecución de las obras bajo rasante correspondientes al depósito subterráneo de recirculación de agua, prensa, laminadora y planta de tratamientos en el ámbito de «L.N» parcela …
019/2007	Consulta 141/2006 sobre el expediente de revisión de oficio del acto de estimación por silencio administrativo de la solicitud de 3 de abril de 2003, en reclamación de compensación horaria y cantidad, efectuada por doña M.G.A.E.
028/2007	Consulta 11/2007 sobre el expediente de revisión de oficio de los Acuerdos del Ayuntamiento de Zuia de 19 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002, por el que se ratifica el Acuerdo del Concejo de Markina sobre enajenación de un tramo de camino previamente desafectado y por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el acuerdo anterior, respectivamente.
089/2007	Consulta 63/2007 sobre el expediente de revisión de oficio de la Resolución del Alcalde 13 de marzo de 1995 y del Acuerdo del Pleno municipal de 21 de marzo de 1995, relativos a la aprobación del Convenio Urbanístico con P. S.A.
095/2007	Consulta 78/2007 sobre la revisión de oficio de la venta por parte del Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales de una vivienda de promoción pública en régimen de acceso diferido a la propiedad en el término municipal de Abanto y Ciérvana-Abanto Zierbena.

N.º DICTAMEN	TÍTULO
106/2007	Consulta 83/2007 sobre el expediente de revisión de oficio del Acuerdo de la Asamblea Vecinal de Trespuentes, de 19 de enero de 2005, por el que se resolvió asumir los costes y gastos de defensa jurídica de su Regidor-Presidente en relación al artículo publicado por éste en el Diario de Noticias de Álava
130/2007	Consulta 117/2007 sobre el expediente de revisión de oficio de los acuerdos municipales adoptados los días 21 de mayo de 1991, 20 de octubre de 1992 y 26 de enero de 1993, relativos al cierre realizado por don F.B.S. en un camino cerca del caserío...
179/2007	Consulta 154/2007 sobre el expediente de revisión de oficio del Decreto 243/2007, de 7 de junio, por el que se reconoce el carácter indefinido de la relación laboral de un puesto calificado de personal eventual

Contratos administrativos (5)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
017/2007	Consulta 139/2006 sobre el expediente de resolución del contrato de 'Consultoría y Asistencia de Arquitecto Superior para la realización de informes técnicos preceptivos habituales' adjudicado a la empresa ...
035/2007	Consulta 18/2007 sobre el expediente de resolución de la Concesión de obra y servicio del hotel rural en el terreno de la "Taberna Mayor".
042/2007	Consulta 30/2007 sobre el expediente de resolución del contrato suscrito con … para la construcción y posterior concesión de la explotación de conjuntos residenciales de viviendas o habitaciones para estudiantes, profesores y personal de administración y servicios del Campus de Álava de UPV/EHU.
075/2007	Consulta 71/2007 sobre el expediente de resolución del contrato de suministro de productos de alimentación para las residencias municipales de mayores de Vitoria-Gasteiz suscrito con la empresa …
145/2007	Consulta 145/2007 sobre el expediente de modificación del contrato de mantenimiento, reparación y optimización de la red de aguas de Bilbao suscrito entre el Ayuntamiento y la mercantil

Acuerdos de devolución (3)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
1/2007	Acuerdo de inadmisión de la Consulta 32/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don J.A.L.Z. por los daños derivados de la ocupación temporal de una finca de su propiedad
3/2007	Acuerdo de devolución de la Consulta 53/2007 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.G.L.C. como consecuencia de una caída en la vía pública
4/2007	Acuerdo de devolución de la Consulta 74/2007 sobre el expediente de revisión de oficio de la Orden del Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, de 24 de junio de 2005, por la que se resolvía el expediente tramitado por daños sufridos en el caserío … de Beizama (Gipuzkoa)

SEGUNDA PARTE

EXTRACTO DE LA DOCTRINA

CAPÍTULO I

FUNCIÓN CONSULTIVA

1. ÁMBITO OBJETIVO

En cualquier caso, aún admitida la procedencia de la **acumulación**, es preciso analizar cuáles son sus consecuencias en la aplicación de las reglas establecidas por la Ley 9/2004, de 24 de noviembre de 2004, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE), para delimitar el ámbito de actuación del órgano consultivo.

Ello, por cuanto que de las 11 reclamaciones formuladas sólo una de ellas supera los 6.000 euros. En concreto, la de don J.R.N.M. supera esa cantidad, al ser titular de dos parcelas de garaje.

Como es sabido, de acuerdo con el artículo 3.1.k) LCJAE, la Comisión debe ser consultada en las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones incluidas en su ámbito de actuación cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros.

Para el examen propuesto hay que partir por recordar la relevancia, incluso de orden constitucional, del asesoramiento a la Administración activa que presta, al tratarse, en palabras de la STC 204/1992 de una «importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, a consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo».

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, da una idea de su importancia su misma constitucionalización (artículo 106.2 CE) y, como ha dicho el Consejo de Estado y esta Comisión comparte, ésta se conecta con la concepción del Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) y opera también como medio para hacer posible que los servicios públicos cumplan una

función transformadora y de remoción de obstáculos a la solidaridad y a la igualación (artículo 9.2 CE).

Ahora bien, sin necesidad de entrar en un análisis exhaustivo, a lo que ahora importa, también hay que decir que tal garantía procedimental en lo que se refiere a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se encuentra matizada, en primer lugar, porque tal intervención no tiene la categoría de «norma básica del régimen jurídico de las administraciones públicas o parte del procedimiento administrativo común» (artículo 149.1.18ª CE), ya que no se encuentra así definida en la LRJPAC, que guarda silencio al respecto. En segundo lugar, porque la CAPV en legítimo ejercicio de su competencia para establecer las especialidades de procedimiento administrativo que deriven de su organización propia (artículo 10.6 EAPV) ha articulado esa intervención no en todos los procedimientos de responsabilidad patrimonial sino en algunos, como ya hemos visto, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros. En suma, la LCJAE ha acotado el ámbito de la función consultiva, en el caso de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, sin que requiera la intervención de la Comisión en todos los asuntos de esta índole.

Para hallar el fundamento a esta suerte de *summa gravaminis* para el acceso al dictamen de esta Comisión, es preciso acudir a lo previsto en la disposición adicional 1ª LCJAE, cuando habilita al Gobierno «en atención al volumen de las consultas que se sometan al conocimiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi», para que actualice el límite mínimo de cuantía en los asuntos sobre responsabilidad patrimonial que deban ser dictaminados por dicho órgano consultivo.

El legislador pretende cabalmente preservar el adecuado ejercicio de la función consultiva, que podría ponerse en peligro si el número de asuntos que se someten al órgano pudieran llegar a colapsarlo o llevarle a no prestar con el rigor necesario y la rapidez y eficacia exigibles la labor de asesoramiento que constituye su razón de ser. Se trataría, pues, de disciplinar la labor consultiva salvaguardando al mismo tiempo que pueda hacer doctrina en la materia.

Además, de su propia determinación se infiere que el legislador quiere distinguir los asuntos en función del montante económico de la reclamación, atribuyendo menor importancia en abstracto a los que no superen ese mínimo, actos que tienen una incidencia patrimonial menos acusada en la situación y derechos de los particulares, por lo que no aprecia la necesidad de la intervención institucional de un órgano consultivo.

Este criterio cuantitativo también rige en otros órganos consultivos (Consejo de Estado, Cataluña, Navarra, Andalucía, La Rioja, Islas Baleares y Castilla-La Mancha, siendo muy amplio el abanico, que comprende desde los 600 euros hasta los 50.000 euros), y se puede afirmar que reúne una doble ventaja, ofrece un tratamiento general y resulta de sencilla aplicación.

De otro lado, no podemos ignorar que la LCJAE, en los artículos 2 y 3, delimita los ámbitos de actuación subjetiva y objetiva que corresponden a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. De su lectura se concluye que los supuestos de intervención están legalmente tasados, por lo que no son posibles las consultas (ni, en consecuencia, la intervención) potestativas. El régimen de la Ley ha sido completado por el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, que es explícito al respecto, artículos 18, 21 y 28.2 a); cuando se aprecie la falta de competencia de la Comisión un Acuerdo pondrá término al procedimiento de consulta.

Asimismo, resulta oportuno señalar que solo en esos casos el referido dictamen es preceptivo y, aunque no es vinculante, si es determinante para la resolución del procedimiento, pues fija o permite fijar el contenido de la resolución, lo que tiene efectos tanto sobre el procedimiento [artículo 83.3 y 42.5 c) LRJPAC], como sobre la resolución que se dicte sin haberse recabado [artículo 62.1 e)].

A partir de estos datos, no existiendo ni en la LCJAE ni en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado mediante Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, un precepto específico que regule las consecuencias que para su intervención tiene el que el órgano instructor del procedimiento acumule dos o más reclamaciones de responsabilidad conexas, esta Comisión entiende que tal circunstancia le debe ser indiferente, pues **en la determinación de la cuantía ha de atender al valor de cada una de las pretensiones individualmente consideradas**. Esto es, en el caso de una acumulación de pretensiones ejercidas por una pluralidad de sujetos, cada una habrá de ser contemplada aisladamente, sin que quepa la suma de todas ellas para fijar de forma conjunta el importe de lo reclamado.

No se trata sólo de preservar la vigencia de una regla común para todos los supuestos, sino también de garantizar la seguridad jurídica, en su vertiente de certeza en la aplicación del derecho, a fin de que el dictamen de la Comisión no quedé a expensas de que la Administración instructora decida si procede o no la acumulación —que es potestativa para el órgano y conforme al literal de la LRJPAC ni tan siquiera es susceptible de recurso por el interesado—, y se atribuya al criterio fijado por la LCJAE para delimitar el ámbito de actuación del órgano consultivo un simple contenido dispositivo.

De otra parte, la trascendencia económica de la reclamación para cada uno de los reclamantes no se altera por efecto de la acumulación, pues sigue teniendo el mismo impacto en su patrimonio, sin que conforme al diseño legal sea preciso que se active la garantía procedimental que supone la intervención del órgano consultivo a fin de que la Administración resuelva con mayor rigor y certeza la pretensión que han formulado.

Es más, la acumulación puede revelar incluso que se trata de asuntos menores, frecuentes y repetidos que son precisamente aquellos en los que se quiere evitar la necesidad de un pronunciamiento de la Comisión.

En el hipotético caso de que una de las reclamaciones objeto de acumulación alcance el mínimo requerido por la Ley, la respuesta ha de ser la misma, ello **no implica que la acumulación comunique a las reclamaciones de cuantía inferior la preceptividad del informe de esta Comisión, pues cada una debe ser objeto de un escrutinio diferenciado**.

Cuando se produzca ese supuesto, el examen se habrá de centrar exclusivamente en la reclamación que supera los 6.000 euros y procederá de forma coherente la devolución de la consulta en lo que se refiere a las demás. Ahora bien, es lógico pensar que tal informe ayude a la Administración actuante a formar su juicio en aquellas reclamaciones de cuantía inferior, y por tanto espere para resolver a conocer lo que la Comisión exprese en su dictamen.

Esa regla de valoración individualizada responde, finalmente, al criterio establecido por el artículo 41.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para determinar la cuantía de la pretensión Es cierto que dicha Ley procesal no es de aplicación supletoria, pero sí que existe una cierta coincidencia en tanto que la cuantía, al margen de su trascendencia para la recurribilidad de la Sentencia que se dicte, también es determinante en algunos casos para fijar la competencia de los órganos jurisdiccionales [artículo 8.1 c), 8.2 b) y 8.3].

Al legislador interesa, para dilucidar el reparto, el valor de la pretensión en términos económicos, como aquí sucede, por lo que no es irrazonable que exista una cierta sintonía aplicativa, aunque, como decimos e insistimos, ni es lo mismo un procedimiento administrativo —en el que se inserta la intervención de la Comisión— y un proceso contencioso-administrativo —pese a que puedan compartir algunos principios inspiradores—, ni mucho menos lo es la actividad que desarrolla la Comisión y la que corresponde al órgano jurisdiccional —pese a que ambos pueden ser en último término garantes de la legalidad de la actuación administrativa—.

DCJA 92/2007 pár. 11-30

2. NUEVA CONSULTA

Lo primero a dilucidar es el fundamento para una **nueva intervención** ya que, como se ha señalado, el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado como consecuencia de la reclamación formulada por doña M.L.G.L. por las lesiones sufridas como consecuencia de una caída en la vía pública fue dictaminado por la Comisión.

Para el examen propuesto (si en el caso procede o no una segunda intervención) ha de atenderse al artículo 29 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, que establece los supuestos de nueva consulta en los siguientes términos: «Si, tras la emisión del dictamen, el asunto sobre el que verse

es objeto de modificaciones sustanciales que introducen nuevos contenidos que no responden a las sugerencias o propuestas efectuadas por la comisión o las exceden, se ha de realizar una nueva consulta sobre dichos cambios».

Por su parte, el artículo 28.2 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado mediante Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, prevé que al procedimiento de consulta pondrá término un Acuerdo cuando el Pleno o la Sección a la que se ha atribuido su conocimiento aprecie «que el asunto ha sido previamente dictaminado sin que existan modificaciones sustanciales o cuando las modificaciones sustanciales que introducen nuevos contenidos responden a las sugerencias o propuestas efectuadas por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi».

Hasta la fecha, la Comisión no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuándo procede una segunda consulta en el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Ello no obstante, los parámetros de enjuiciamiento utilizados por la Comisión en los DDCJA 10/2000, 73/2000, 93/2000 y 118/2000, entre otros, para el caso de proyectos normativos, pueden servir para tal fin, con las adaptaciones o matizaciones que sean precisas, fundamentalmente ya que tanto en éstos (expedientes de responsabilidad) como en aquellos (procedimientos de elaboración de una disposición de carácter general), se trata de un dictamen preceptivo pero no vinculante.

Hemos dicho que **procederá un nuevo examen sólo de concurrir «modificaciones sustanciales»; concepto jurídico indeterminado** para cuya concreción, siguiendo el literal del artículo, habrá de estarse a la conexión de aquéllas con lo analizado en el anterior Dictamen. O, dicho de otra forma, dictaminado un determinado asunto, la Comisión sólo tendrá que volver a examinarlo cuando de su nueva elaboración se colija la existencia de elementos o aspectos sustantivos distintos de los examinados en el anterior informe que, por su relevancia, reclamen un nuevo análisis.

Por tanto, en primer término, procede examinar el nuevo proyecto conforme al criterio descrito: la conexión de las innovaciones (en su tramitación y en su contenido) con las consideraciones del Dictamen anterior.

Del contraste entre el expediente anterior y el nuevo se constata que los documentos que se añaden son debidos a nuestro informe.

Así lo expresa la instructora del mismo, pues refiere como antecedentes de la decisión de retroacción el informe emitido por la Ingeniería Municipal que se recaba, precisamente, «a la vista del contenido de este Dictamen».

Tal constatación permite deducir, sin excesivo esfuerzo, que **el nuevo enfoque** del asunto —si es que realmente existen las modificaciones sustanciales que en todo caso son exigibles— **deriva de las «sugerencias o propuestas» formuladas por**

esta Comisión, lo que obliga a inadmitir la nueva consulta pues la misma no entra dentro del ámbito objetivo de su función consultiva.

ACJA 3/2007 pár. 6-15

En un supuesto de segunda consulta sobre un mismo proyecto normativo, el órgano consultivo antecedente tomó a partir del DCJA 10/2000 los criterios fijados por la STS de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993\102040), a fin de apreciar si los cambios introducidos en la misma podían calificarse como «**modificaciones sustanciales**». De acuerdo con dichos criterios, entendió que sólo cabía interpretar como tales los **elementos o aspectos sustantivos distintos de los examinados en el anterior informe y que, además, ostentaran una relevancia sustancial**.

DCJA 63/2007 pár. 5

Por último, la Comisión ha recordado que el trámite de audiencia es un trámite esencial 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.

Pues bien, es indudable que en el expediente tramitado y que dio origen al DCJA 93/2006 fueron cumplimentados tales trámites y que primero el instructor y luego esta Comisión entendieron que la instrucción había culminado correctamente, pues se conocían todos los elementos necesarios para que la resolución pudiera dictarse.

Hay que pensar, por tanto, que se ha cumplido la secuencia de procedimiento diseñada por el Reglamento y **sólo circunstancias excepcionales, como puede ser la incorporación de nuevas pruebas que puedan conducir a otra valoración de los hechos**, **pueden justificar que se rehaga la instrucción para dar pie a una nueva intervención de éste órgano.**

ACJA 3/2007 pár. 23-25

3. MOMENTO DE LA INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN

Cumple en principio señalar que cuando el expediente se remite a esta Comisión los procedimientos administrativos en los cuales deba solicitarse su dictamen han de estar tramitados en su integridad, puesto que **la consulta se efectúa en el momento inmediatamente anterior a la aprobación de la norma** o la adopción de la resolución o acuerdo de que se trate, tal y como prevé el artículo 20.3 de la Ley 9/2004.

ACJA 3/2007 pár. 17

4. CARÁCTER DEL DICTAMEN

De forma contradictoria, el procedimiento, simultáneamente, se encuentra concluido, pues se ha dictado la resolución que le pone término y, a la vez sigue su curso, pues de otro modo no tiene sentido que se solicite la petición de informe a esta Comisión, cuya intervención se produce en el seno de un procedimiento cuya instrucción no ha finalizado, al tratarse de un acto encaminado a formar la opinión del órgano que ha de decidir la petición formulada por la reclamante —el dictamen se ha de pronunciar, conforme al artículo 12.2 del Reglamento sobre la existencia o no de de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización—.

Esta Comisión, ante la disyuntiva de devolver el expediente, al no tener sentido su intervención en una fase ya ejecutiva, o dictaminar, cumpliendo su función institucional conforme a su Ley de creación y el reglamento de responsabilidad patrimonial, estima que debe acoger esta última solución, pues no puede ignorar que la Resolución, de 29 de enero de 2007, de la Delegada de Servicios Generales del Ayuntamiento se encuentra aquejada de un grave defecto, no convalidable ni subsanable, ya que pone fin a **un procedimiento en el que precisamente se ha omitido su Dictamen, trámite legalmente preceptivo y determinante para la resolución.**

Como señala el Consejo de Estado en su Dictamen de 8 de julio de 1999 (exp. 2072/1999): «Por informes preceptivos, han de entenderse los obligatorios conforme al ordenamiento jurídico. Por otra parte, han de considerarse informes determinantes del contenido de la resolución los que fijan o permiten fijar su sentido; los que definen el alcance de la resolución, por utilizar la expresión de la acepción sexta y jurídica del verbo «determinar» contenida en el Diccionario de la Lengua Española. Esta especial incidencia en la resolución, comporta que no todos los informes evacuados en el seno de un procedimiento puedan ser calificados de determinantes, pues no todos ellos, aunque ayuden a formar el juicio de la Administración Pública, tienen la eficacia descrita. Sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto, de tal suerte que, sin ellos, no cabría hacerlo».

Desde luego, entre ellos, se encuentra el **Dictamen de esta Comisión**, por cuanto el legislador autonómico lo ha impuesto para decidir sobre la declaración de responsabilidad como «un **elemento conformador de la propia voluntad administrativa**».

No hay que olvidar que la intervención de la Comisión y su dictamen constituye una importantísima garantía del interés general y de la legalidad objetiva y, como consecuencia de ello, de los derechos y legítimos intereses de quienes son parte de un determinado procedimiento administrativo.

DCJA 55/2007, pár. 11-15

5. PARAMETROS

A) Disposiciones generales

Desde el inicio de su labor (entre otros, DDCJA 39/1999 y 84/2003), la Comisión viene resaltando los **distintos contornos que adquiere su intervención en razón del concreto objeto** (proyectos de norma de rango legal, de rango reglamentario, de actos administrativos, etc.) sobre el que, en cada caso, ejerce su función consultiva.

En el terreno de la producción normativa, ha señalado que **el juicio de legalidad** que conlleva el ejercicio de la función consultiva **integra,** en esencia, **tres grandes ámbitos de análisis: (i) el de los requisitos procedimentales** —cuya ausencia o defectuoso cumplimiento puede conducir a la nulidad de la disposición—; (ii) **el del contenido material de la futura norma,** mediante el examen de su constitucionalidad y legalidad, tanto por su respeto formal a la Ley, como por su respeto material a los principios generales del derecho; y (iii) **el de la congruencia del futuro producto normativo con el resto del ordenamiento jurídico y la adecuación de medios y fines.**

La **especificidad de los anteproyectos de Ley** se observa en cada uno de estos tres ámbitos, ya 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).

Los anteproyectos de Ley conllevan, por tanto, un mayor nivel de opción «sobre la forma de crear derecho» que, en orden a la intervención de la Comisión, se traduce en una interpretación más restrictiva de lo que su función conlleva respecto de otros productos normativos, a fin de respetar los límites que derivan de la dimensión política de toda Ley, en cuanto expresión de la voluntad popular.

Por ello, la Comisión ha advertido que la identidad del régimen de elaboración que la LPEDG establece para aquéllos y las iniciativas reglamentarias termina ahí.

Así, ha señalado que **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 es radicalmente distinta a 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 excepcionales pue-

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

Esta sustancial diferencia hace que el examen de los procedimientos de elaboración de los anteproyectos de Ley por la Comisión s**e haya traducido esencialmente en el examen de su contribución al acierto de la regulación proyectada, esto es, a su racionalidad** —entendida como utilidad para alcanzar los objetivos propuestos a través de la concreta regulación proyectada—.

En efecto, el someter a los anteproyectos de Ley a un *iter* procedimental tasado persigue la finalidad de facilitar el conocimiento del fundamento objetivo de la norma proyectada (saber las premisas fácticas y jurídicas tomadas en consideración, las opciones barajadas, las razones que otorgan sentido al concreto contenido y estructura del texto final) y permitir a su través el necesario análisis de la relación entre los objetivos perseguidos por la iniciativa normativa y su contenido.

Ello se realiza por la Comisión mediante la indagación de los trámites realizados con una perspectiva sustantiva (atendiendo a la finalidad y sentido de cada uno), al permitir conocer si la reflexión de la que deja constancia el expediente de elaboración es la exigida por la iniciativa sometida a su consideración.

DCJA 165/2007 pár. 26-34

Como ha señalado la Comisión, en el examen que le corresponde sobre los **proyectos de reglamento ejecutivo debe atender con prioridad a las reglas que rigen la relación del reglamento con la Ley**, pero sin olvidar que dichas reglas no se reducen a la observancia del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE), sino que a**lcanza también el examen de la funcionalidad propia del reglamento ejecutivo en nuestro ordenamiento jurídico, sintetizada en su carácter de complemento necesario de la Ley**, a fin de hacer eficaz su contenido y permitir el adecuado cumplimiento de sus principios y mandatos.

Con esta base teórica, la Comisión, en el examen de los proyectos de reglamento ejecutivo, viene exponiendo consideraciones atinentes a las posibles contradicciones entre dichos proyectos y la Ley de la que traen causa, pero también referidas a posibles excesos, por adentrarse en regulaciones prohibidas por otras normas del ordenamiento, así como a posibles defectos de regulación, pues ello defrauda la señalada función primordial del reglamento ejecutivo que da sentido a su existencia.

Los dos primeros ámbitos encuentran fundamento en los principios de legalidad y de jerarquía normativa (artículo 9.3 CE, 62.2 LRJPAC y 63 LG), bien en relación con la concreta norma cuyo desarrollo acomete el reglamento, bien en relación con el resto de normas de rango superior que integran el límite para el ejercicio de la potestad reglamentaria; mientras que el tercer ámbito encuentra su razón de ser en la exigencia del adecuado fundamento objetivo, lo que, en el caso del reglamento eje-

cutivo, se centra esencialmente en validar su contribución al logro de los objetivos de la Ley que viene a completar, atendiendo para ello al examen del contenido necesario (en cuanto mínimo imprescindible) exigible para que la norma legal despliegue con plenitud su eficacia.

DCJA 139/2007 pár. 76-78

Como viene reiterando la Comisión, **queda fuera de su cometido la elección entre las opciones legítimas que en su función de complemento puede acoger una norma reglamentaria de desarrollo** —por ser una tarea que compete al titular de la potestad reglamentaria—, siendo, sin embargo, objeto propio de su labor el deslinde de aquellos contenidos de los proyectos reglamentarios que no encuentran debido soporte en la norma legal que ampara su dictado o que contradicen otros preceptos del ordenamiento jurídico que por exigencias del principio de legalidad vienen obligados a respetar.

DCJA 139/2007 pár. 92

La Comisión considera que **queda fuera de su labor consultiva la elección entre las posibles opciones normativas de las que dispone el titular de la potestad reglamentaria**, pues aquélla ha de contraerse a la valoración de si las elegidas e incorporadas al concreto proyecto normativo sometido a su consideración resultan o no conformes a derecho. Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el análisis del procedimiento, el examen de la adecuación a derecho del contenido del proyecto exige su contraste con la LAESP.

DCJA 113/2007 pár. 119

Como primera consideración de orden general, cabe ya avanzar que, respecto del contenido de la futura norma cuyo fin es fijar pautas organizativas (con claridad, los Capítulos IX y X, pero también preceptos ubicados en el Capítulo III), la Comisión estima que su examen arroja un resultado positivo y, por ello, el Dictamen no va a detenerse en dicho contenido, típico de **los denominados reglamentos organizativos que, salvo excepciones que encuentran su razón de ser en normas de rango legal, quedan extramuros del ámbito de competencia de la Comisión** (artículo 3 LCJAE) y que se desenvuelve en un ámbito en el que el normador reglamentario goza de amplio margen de discrecionalidad, pues corresponde a éste decidir la distribución de funciones entre los órganos de la Administración.

Como segunda consideración general, cabe señalar que bien temprano la Comisión (por todos DCJA 39/1999) ha manifestado su preocupación por el a**decuado cumplimiento del principio de seguridad jurídica** (artículo 9.3 CE) que es, desde luego (por todas STC 150/1990) «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad», pero

también integra la garantía que encierra el meritado principio que la norma proyectada enuncie con la claridad y precisión adecuadas sus mensajes normativos, exigencia de claridad que ha de concretarse en cada caso; operación para la cual resulta criterio esencial el tomar en consideración el círculo de destinatarios afectados por la regulación.

Que **el citado principio de seguridad jurídica ha de ser utilizado como parámetro para valorar toda iniciativa normativa es algo que deriva de su carácter de principio general del derecho y que, por tanto, queda subsumido en el examen que a esta Comisión corresponde de acuerdo con el artículo 4 de su Ley de creación**.

La Comisión considera que, si cualquier producto normativo debe ser examinado a la luz del meritado principio general del derecho, con mayor razón habrá de integrar el examen que a ella corresponde un proyecto que tiene como destinatarios a todas las personas físicas y jurídicas que puedan participar en los procedimientos administrativos cuya tramitación y resolución corresponda a las administraciones y entidades que el proyecto contempla y que opten por utilizar medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

DCJA 113/2007 pár. 130-133

Desde el punto de vista jurídico, el criterio decisivo para dilucidar su conformidad a derecho conduce a afrontar su enjuiciamiento conforme al **principio de interdicción de la arbitrariedad**, que la jurisprudencia ha acogido también como limite a la potestad reglamentaria, establecida para todos los poderes públicos por el artículo 9.3 de la CE. Este principio supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la naturaleza de las cosas o a la esencia de las instituciones (STS de 15 de junio de 2005 Arz. 5870).

DCJA 154/2007 pár. 105

B) Actos administrativos

Pero, en todo caso y a lo que aquí se examina, la Comisión constata que **ni material ni formalmente hay en el expediente remitido una identificación del supuesto o supuestos legales de nulidad** (de entre los tasados legalmente —artículo 62.1 LRJ-PAC) que, a juicio del órgano consultante, pueden concurrir en el acto objeto de revisión y dan sentido y fundamento al inicio del procedimiento.

La **Comisión no puede suplir al órgano competente** en esa labor por impedirlo el derecho de defensa de los interesados en el procedimiento.

ACJA 4/2007 pár. 16-17

Hemos señalado el estricto criterio que rige nuestra doctrina en materia de revisiones por nulidad. Y a eso se limita nuestro examen, pues no nos está sometido (artículo 3.1 de la Ley 9/2004 citada, a contrario *sensu*), el estudio de la legalidad en general de los actos, ni de la anulabilidad en particular, por lo que, con independencia de los complementos que se pudieran introducir en el procedimiento, **nunca nos correspondería pronunciarnos sobre tal anulabilidad,** como **tampoco nos correspondería intervenir en cualquier otro procedimiento dirigido a la ineficacia del acto.**

DCJA 130/2007 pár. 20

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO

1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Desde la perspectiva intraordinamental la producción de normas jurídicas autonómicas ha de respetar el principio de jerarquía normativa en el marco del ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma. Más precisamente, en esta cuestión, el proyecto que ejecuta la ley autonómica y a la que se encuentra subordinado, no tiene suficiente cobertura en la misma.

Las modificaciones introducidas en la normativa básica no permiten que un reglamento autonómico las desarrolle, aún cuando se trate del ejercicio de una competencia compartida, haciendo abstracción de lo regulado en la Ley autonómica.

De otra parte, hay que excluir que la ley básica estatal pueda ser directamente aplicable en este caso, no sólo por la naturaleza material de las bases —el mínimo común denominador normativo ha de hacerse efectivo a través de las normas autonómicas— también por su propio contenido, porque ella misma contempla la ineludible intermediación de una norma autonómica, la cual ha de tener, por las razones que hemos dejado señaladas, el rango legal necesario.

DCJA 25/2007, pár. 33-35

Véase DCJA 176/2007 pár. 35-37

2. LEY

A) Reserva de ley

La reserva de Ley «[…]entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. **Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes**, **por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.** El principio, no excluye, ciertamente la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador. **Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria**, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (la ya citada, STC 83/84).

DCJA 165/2007 pár. 80

Como es doctrina de esta Comisión, las reservas materiales a la ley que contiene la CE (en este caso, artículo 34 CE en relación con el artículo 53.1 CE) **vinculan por igual al legislador estatal y al autonómico, sin que las reglas de distribución competencial que resulten de aplicación en la materia alteren dicho presupuesto**: es el legislador el que podrá, en su caso, acometer la regulación de la denominación de las fundaciones.

DCJA 37/2007 pár. 211

Procedimientos de impugnación

El artículo 21 del proyecto que establece la irrecurribilidad de las decisiones de la Defensora o el Defensor de la Infancia y Adolescencia, en tanto, de acuerdo con el esquema que acoge el proyecto, aquéllas pueden tener como destinatarias a las personas físicas o jurídicas privadas contra las que se dirigió la queja o la actuación de oficio, no encuentra tampoco, a juicio de la Comisión, adecuada cobertura en la LIA —que guarda silencio al respecto—.

Conviene recordar, en primer término, que **la posibilidad de establecer cauces alternativos está reservada a la Ley**, de acuerdo con el artículo 107.2 de la LRJPAC: «Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada en supuestos o ámbitos sectoriales

determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo».

Y, en segundo lugar, cabe de nuevo advertir que, siendo cierto que una previsión semejante se contempla en el artículo 22 de la Ley del Ararteko, ésta se contiene en una norma de rango legal, sistemáticamente ubicada tras el precepto legal que regula los supuestos de rechazo de las quejas (artículo 22) y encuentra su razón de ser en que las destinatarias de las decisiones y actividad de dicha Institución son las administraciones públicas, cuya posición en orden al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) es, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional (por todas, STC 175/2001), no idéntica a la de los particulares.

Por el contrario, cuando se crean órganos, como el que diseña el proyecto, que pueden proyectar su intervención —y, por tanto, sus decisiones— sobre personas privadas, la posibilidad de acudir a los tribunales que asiste a éstas deriva del artículo 24 CE […].

DCJA 139/2007 pár. 107-110

Procedimiento investigador

Son, sin duda, varias las posibilidades que se abren al reglamento para concretar los postulados de la LIA en relación con la Defensoría para la Infancia y la Adolescencia, pero, ceñidos al examen de la concreta opción que analizamos, estima la Comisión que en el contenido funcional que la LIA atribuye a la Defensoría para la Infancia y la Adolescencia no cabe entender implícito —como parece asumir el proyecto— que dicho órgano se encuentre facultado para realizar un procedimiento investigador en los términos contemplados en el proyecto (respecto de personas físicas y jurídicas, públicas y privadas), pues tal atribución funcional en nuestro vigente ordenamiento ha de ser expresamente contemplada en una norma con rango de ley que deberá, además, contener los elementos nucleares para permitir que un órgano de la Administración (al margen de su configuración autónoma o independiente) pueda requerir de modo coactivo a los particulares su colaboración en un procedimiento como el que propone el proyecto.

En suma, el órgano proponente puede completar los postulados de la LIA, pero al hacerlo no puede soslayar que, dentro de la legítima facultad de concretar y completar dicho contenido que corresponde al titular de la potestad reglamentaria, los transcritos apartados del artículo 97 de la LIA no realizan una atribución de facultades investigadoras en los términos previstos en la iniciativa.

Conforme a lo antes señalado, el examen de legalidad de los proyectos de reglamento como el aquí enjuiciado reclama atender no sólo a la Ley cuyo complemento se pretende, sino al resto del ordenamiento jurídico.

Este examen confirma, desde otra perspectiva, la precedentes conclusión interpretativa, pues, de acuerdo con el principio rector de nuestro ordenamiento jurídico que impone la interpretación de las normas a la luz del texto constitucional, no puede obviarse que conforme al artículo 31.3 CE «**sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales con arreglo a la ley**»; precepto cuya principal funcionalidad se produce en el ámbito tributario pero no se agota en éste, proyectando la exigencia de una norma de rango legal también para el establecimiento de un deber de colaboración como el que propone el proyecto, tal y como se recoge con claridad en el artículo 29 de la LRJPAC —«**los ciudadanos están obligados a facilitar a la Administración informes, inspecciones y otros actos de investigación sólo en los casos previstos por la Ley**»—, cuyo inmediato antecedente era el artículo 27 de la hoy derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 que admitía la imposición de dicho deber de colaboración también en norma reglamentaria (posibilidad hoy arrumbada).

DCJA 139/2007 pár. 93-96

Otorgamiento de personalidad jurídica

Ya adelantábamos allí (DCJA 92/2004, pár. 52 y siguientes) que **la voluntad de otorgar personalidad jurídica a un ente con facultades,** en parte, **constitutivas de potestades administrativas, requería una ley,** según acabó incorporándose al texto de la Ley. Esa formalidad es la que se viene a cumplir.

DCJA 160/2007 pár. 9

Derechos y libertades

Al ser una modificación relevante, que afecta a la propia definición de la obligación, a su contenido esencial o principal, entendemos que se encuentra sometida a la reserva de ley y, por tanto, requiere su incorporación mediante una fuente con rango de ley, reserva que puede cubrir sin problemas la ley autonómica.

La reserva de ley del artículo 53.1 de la CE, que se extiende por los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, implica la exigencia de que **determinadas materias, y muy especialmente las relativas a ámbitos relacionados con la libertad y la propiedad de los ciudadanos, sólo puedan ser reguladas por sus representantes en el parlamento**, o en las palabras del Tribunal Constitucional implica «una garantía de la autodisposición de la comunidad sobre sí misma» (STC 19/1987, fundamento jurídico 4.º).

DCJA 154/2007 pár. 74 y 75

Debemos precisar finalmente **que el derecho de fundación es un derecho de configuración legal, pues lo es «con arreglo a la Ley»** según dispone el artículo 34 CE, sometido al principio de reserva legal del artículo 53.1 CE, con respecto al cual cabe recordar lo que recientemente decía la STC 112/2006, de 5 de abril:

> Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, F. 4, dejara sentado que el mismo «entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; F. 4 y 184/2003, de 23 de octubre F. 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar «que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes»; y, de otra, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley «[…] garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas».
>
> En el terreno de los límites hemos tenido ocasión de resaltar (por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 11) que cuando la Constitución no contempla la posibilidad de que un poder público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los poderes públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los poderes públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 CE). Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de Ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro poder público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la Ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, F. 4).
>
> No hemos excluido, sin embargo, que las Leyes «contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el

cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», criterio «contradicho con evidencia mediante cláusulas legales[…] en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir».

En esa misma línea, este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 3, tuvo ocasión de decir que esta reserva de Ley «prohíbe[…] toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada [estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora] por reglamentos independientes o extra legem, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos».

DCJA 33/2007 pár. 33

Las disposiciones reglamentarias no son vía adecuada para establecer, directamente *ex norma*, **limitaciones del derecho de propiedad** —en términos civiles, derecho real de dominio—. […]

DCJA 159/2007 pár. 117

Estatuto funcionarial

Ello no obstante, no podemos olvidar que la regulación tiene asimismo proyección en el ámbito del personal estatutario y que el **artículo 103.3 CE establece una reserva para la regulación por Ley de diversos ámbitos de la función pública, entre los que se encuentra el estatuto de los funcionarios públicos**. Establecida pacíficamente la inserción del personal estatutario de los Sistemas de Salud en el ámbito del artículo 149.1.18ª y 10.4 EAPV, se suscita la cuestión de si la norma proyectada se inscribe en los contornos del estatuto a los que alcanza la reserva de ley del artículo 103.3 CE.

Las consecuencias del **sistema de desarrollo profesional** en el estatuto funcionarial han de considerarse como accesorias o reflejas, por la fuerza de irradiación que tiene sobre cualquier ámbito y muy destacadamente sobre el sistema sanitario público, **sin que alcancen, pese a su innegable importancia, una entidad que exija que su inserción en el ordenamiento autonómico tenga que ser dispuesta por el legislador** mediante una modificación expresa de la LOSE.

[…]

La regulación del artículo 12 del proyecto **incide en una esfera sometida a la reserva de ley, como es el régimen retributivo**, y aún en el caso de que no lo estu-

viera, opera el principio de congelación de rango, esto es la reserva de ley en sentido formal, por cuanto que la propia LOSE ha sustraído éste ámbito a la vía reglamentaria impidiendo que se intervenga y se altere la estructura que ella ha previsto.

Al configurarse un nuevo complemento enteramente independiente, de la misma forma en que lo contempla el artículo 43.2 e) LEMPE, dotado de características propias, sin que se articule como un factor a valorar para la percepción de alguno de los complementos previstos en la LOSE —si es que pudiera quedar integrado en alguno de ellos—, **tendrá que ser una Ley** la que reformando la LOSE incorpore el nuevo concepto en el ordenamiento autonómico.

DCJA 25/2007 pár. 26-32

Véase también DCJA 176/2007 pár. 28-34

También hay que decir, como última consideración general, que **una regulación que atañe al acceso, a las condiciones de la promoción interna y a la clasificación de los diferentes Cuerpos se encuentra reservada a la ley.** La reserva legal del artículo 103.3 CE obliga al legislador autonómico, al igual que la del artículo 23.2 CE que se remite a una regulación de las condiciones de acceso conforme a los requisitos «que señalen las leyes».

Por lo tanto, la forma y rango que adopta el anteproyecto, Ley, es, precisamente, la requerida para regular la materia. Aunque ello no excluye que, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada pueda ser completada por el Gobierno, como ya advirtió la STC 99/1987 (FJ 3.a.).

DCJA 120/2007, pár. 72-73

Infracciones y sanciones

De igual forma, en el artículo 7.1 debería suprimirse la referencia a la prescripción de las infracciones (que es una materia incluida en la reserva de ley del artículo 25.1 CE), limitándose a identificar las decisiones que deberán adoptar los órganos competentes de producirse la prescripción. En efecto, el núcleo del artículo 7 (coincidente con el artículo 7 del Real Decreto 928/1998 —que aprueba el Reglamento General sobre Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (SS)— y regulado también en el artículo 4 de la LISOS) **incide en una materia relativa a los plazos de prescripción de las infracciones, que ha de ser normada en una Ley** (artículo 25.1 CE y artículo 132.1 LRJPAC), por lo que no debe incluirse en el proyecto.

DCJA 172/2007 pár. 59

En el artículo 27 se contemplan **limitaciones a la facultad de contratar con la Administración** por la comisión de infracciones administrativas muy graves en materia de seguridad y salud en el trabajo, a las personas condenadas por sentencia firme por delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo y delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, o personas condenadas o sancionadas con carácter firme por delito o infracción grave en materia de disciplina de mercado, profesional o de integración laboral de minusválidos o muy grave en materia social. Añade que el alcance de la prohibición se fija en un procedimiento con la duración que prevé. Se puede observar, como paradójico, aunque no es decisivo a la hora de valorar el artículo, que las limitaciones se amplían a supuestos que no están en la órbita de la prevención de riesgos laborales: disciplina de mercado, integración de minusválidos, etc.

La materia contemplada en ese artículo 27 **está reservada a Ley**, por lo que no debe figurar en el texto dictaminado sin la expresa cita del precepto legal que ampara dicha prohibición, debiendo, asimismo, señalarse que, de hecho, las limitaciones y procedimiento que menciona se prevén en los artículos 20 y 21 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que explica que el artículo 54 LPRL, en el que se inspira el ahora analizado, contenga la remisión a la Ley entonces vigente en esa materia de contratación.

DCJA 172/2007, pár. 71-72

B) Lex repetitae

Aunque esta Comisión no valida en general la inclusión en reglamento de preceptos legales estatales, menos aún en materias de reserva legal en las que además existe una Ley autonómica de cabecera cuyo desarrollo se acomete, en este caso, **la necesidad de sistematizar y dar un contenido completo a una cuestión que, de lo contrario, habrían de resolver los operadores jurídicos** —órgano de gobierno, Protectorado y el Juez que ha de dilucidarla— con criterios que figuran en diferentes Leyes, **hace aconsejable que excepcionalmente se acuda a una práctica distinta**.

DCJA 33/2007 pár. 109

En recta aplicación de la doctrina constitucional transcrita, si ya la reproducción en ley autonómica de ley estatal provoca los riesgos allí descritos y exige, para evitar la afectación negativa al sistema de fuentes, la aplicación —caso por caso— de los dos criterios establecidos, **cuando la reproducción se lleva a cabo en un reglamento autonómico, sin cita alguna de la procedencia y origen de tal contenido que, además, completa y sistematiza en forma distinta, acometiendo una regulación propia y autónoma del régimen jurídico de la denominación de las fun-**

daciones, incluso trayendo previsiones de otras normativas (vgr. del Reglamento del Registro Mercantil), **el juicio solo puede ser negativo**.

Estima la Comisión que el riesgo para el sistema de fuentes que pretende conjurar la doctrina constitucional transcrita es el que materializa el proyecto, que trae el contenido de la LFE en una forma que supone, a la postre, una suerte de reinterpretación de aquél.

DCJA 37/2007 pár 208-209

Sobre la cuestión de la **inserción de preceptos legales en normas reglamentarias** ha de tenerse en cuenta que, según criterio constante, **su enjuiciamiento debe ser realizado en orden a la consecución de la mayor claridad y facilidad en la aplicación de la norma**, pero siempre salvaguardando que quede adecuada **constancia del superior rango de los preceptos reproducidos**, cautela que en el caso no se aprecia.

Por lo que el órgano proponente deberá escoger el método (bien señalándolo con claridad en la parte expositiva, bien indicando en cada precepto reproducido el origen legal de su contenido), a fin de evitar la confusión sobre la fuente, legal o reglamentaria, de cada contenido.

DCJA 139/2007 pár 115-116

A salvo del marco competencial y normativo general delimitado anteriormente que ampara la normación efectuada en el proyecto —normas autonómicas y estatales—, y de la previsión específica contenida en la disposición adicional tercera 2.b) de la LPRL —en cuya virtud, en relación con el personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, las funciones que la Ley atribuye a las autoridades laborales y a la ITSS podrán ser atribuidas a órganos diferentes—, así como del ámbito de actuación reservado a los órganos autonómicos en materia de vigilancia y control de la materia preventiva en el sector de minas, cantera y túneles, esta Comisión traslada a este dictamen los problemas que puede suscitar la práctica de repetir en normas de desarrollo reglamentario autonómico preceptos legales, bien de normas estatales de directa aplicación por estar dictadas en virtud de títulos competenciales exclusivos del Estado (legislación laboral o procesal), bien de normas estatales básicas —esto es, la utilización de la técnica de la *lex repetita*—. Las consecuencias de normar en esta forma han sido reiteradamente expuestas en la doctrina constitucional (por todas, STC 135/2006, de 27 de abril —RTC 2006\135, que recuerda la STC 341/2005, F.9 —RTC 2005\341—).

No obstante lo anterior, es oportuno indicar también que una lectura conjunta de los pronunciamientos del TC que se han ocupado del tema (SSTC 40/1981, 26/1982, 146/1993, 29/1994, 162/1996, etc.) permite deducir que **esa técnica es constitu-**

cionalmente aceptable siempre que se respeten los respectivos ámbitos competenciales y se cumplan las exigencias de la seguridad jurídica. En resumen, la llamada a las normas estatales debe ajustarse a la reproducción sólo de aquellos mandatos normativos que sean imprescindibles para la comprensión y coherencia del proyecto y que tal técnica legislativa puede realizarse mediante la reproducción del mensaje normativo —con exactitud e integridad—, o bien mediante la simple remisión al precepto estatal, con la indicación de la norma originaria y su carácter básico. Si se prescinde de la referencia a la norma de origen, o aquélla se hace incorrectamente, la reproducción normativa puede generar confusión en los destinatarios acerca de cuál sea el rango de la previsión normativa y crea la apariencia incorrecta de que aquella norma precisa de ésta para su puesta en efecto, cuando no es así, salvo aspectos muy puntuales.

En su virtud, tal y como se presenta la redacción de los preceptos en el proyecto informado de manera idéntica a la Ley 42/1997, en cumplimiento de la doctrina relativa a la *lex repetita*, sería correcto que el órgano proponente fundamentara que la reproducción o llamada a las normas estatales son imprescindibles para la comprensión y coherencia del proyecto, y exponer, de la manera que estime más adecuada —ya sea en el articulado o en la parte expositiva, con motivo del detalle de la estructura del Decreto—, además el marco normativo y competencial, la Ley que se transcribe y los preceptos a los que afecta, así como el carácter básico de los que se reproducen en el Decreto, con mención de los aspectos en los que se aparta de aquéllos, especificando, en su caso, las disposiciones que se dictan en desarrollo de la legislación básica.

DCJA 163/2007 pár. 62-64

3. DELEGACIÓN LEGISLATIVA

Tratándose del primer texto refundido que se nos somete a dictamen, repasaremos el régimen de la delegación legislativa y en particular el de la refundición.

Respecto a una refundición proyectada, tuvimos ocasión de pronunciarnos en DCJA 2/2002 (párrafos 169 y siguientes), respecto a la peculiaridad derivada de la ausencia en EAPV del régimen de requisitos y límites de la delegación legislativa, y a lo ceñido del RPV al procedimiento, aspecto que hemos recogido más arriba.

Ahora bien, el artículo 149 del Reglamento tiene como consecuencia fundamental la retención por el Parlamento, en todo caso, de la potestad de aprobar o dar su conformidad a la refundición presentada por el Gobierno, y antes de que pueda surtir efecto jurídico alguno. De esa suerte, la votación favorable por el Parlamento supone una especie de convalidación muy próxima a la aprobación formal del texto, que nos llevó, en aquél dictamen, a analizar si nos encontramos en puridad ante una regulación de la delegación legislativa y ante una forma de control parlamentario en

sentido estricto o si, por el contrario, se trata de una suerte de colaboración del Gobierno en la redacción de una auténtica Ley formal por más que ésta se apruebe por el procedimiento de lectura única. Pero una aprobación expresa y solemne que, en todo caso, y ese es otro rasgo digno de mención, solo puede otorgar el Pleno de la Cámara.

Como allí decíamos, la singularidad del régimen descrito es de la máxima importancia, pues es consustancial a la delegación legislativa que a través de ella se encuadre el ejercicio de la potestad para producir normas con fuerza de Ley en un marco necesariamente más estrecho que aquél en el que se mueve el titular originario del poder legislativo (STC 51/1982, FJ 1). Sin embargo, conforme al juego de los artículos 52 LG y 119.2 y 149 RPV, si bien el encuadramiento carece de la rigidez necesaria en cuanto a los requisitos y límites, ello se compensa con la reserva de la aprobación parlamentaria de la norma resultante de la delegación, pues aunque ésta se haga en lectura única, quien ha de darla es el Parlamento en Pleno.

Por otra parte, **la delegación legislativa, en sus dos modalidades, está configurada en el texto constitucional (artículos 82 a 85 y 153 a]CE) con proyección sobre el conjunto del ordenamiento de modo tal que los principios que allí se establecen imponen unos límites y unos requisitos que son aplicables tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.**

Desde esa perspectiva, puede construirse una doctrina en torno a los **límites materiales de la delegación legislativa autonómica** tomando como referencia el artículo 82 CE al que, como hemos advertido, siguen los Estatutos de Autonomía y los Reglamentos parlamentarios de otras Comunidades Autónomas. De ahí cobra su fuerza el contenido del artículo 52 LG, que no es sino el vehículo que explicita en el ordenamiento autonómico el concepto y el régimen aplicable a la delegación legislativa de acuerdo con su configuración constitucional.

La plena retención por el Parlamento de la potestad de aprobar o rechazar el Decreto-Legislativo elaborado por el Gobierno, que establecen los artículos 52 LG y 149 RPV, no desmiente ni matiza la conclusión anterior. Muy al contrario, lejos de permitir una relajación o excepción a los límites generales al empleo de ese expediente, se suma a ellos y los refuerza.

Pero, aun en la hipótesis, que allí manejábamos, de que se admitiera que una Ley posterior pueda obviar la disciplina del artículo 52 LG siempre que, finalmente, el Parlamento dé su aprobación al producto de la autorización legislativa que haya conferido, tal previsión sólo cabría pensarla respecto a la Ley delegante y nunca al Acuerdo de ratificación. Por ello, en el caso que nos ocupa, se refuerza, si cabe, la inalterabilidad del régimen de delegación legislativa, y dada la práctica identidad de previsiones, de aplicabilidad de la doctrina consultiva y jurisprudencial respecto a las previsiones estatales.

Los límites marcados por el reiterado régimen de normación delegada se reducen (artículo 52.2 y 4 LG) a:

a) respetar el límite temporal para el dictado del texto refundido;

b) ceñirse al ámbito, o perímetro, a que se refiere el contenido de la delegación; y

c) no exceder la regularización, aclaración y armonización de los textos legales a refundir, y ello siempre que, como es el caso, así se haya previsto en la Ley delegante.

El respeto de los dos primeros límites es de fácil comprobación y valoración, más allá de los criterios de oportunidad sobre la conveniencia de incluir unos u otros textos legislativos siempre que se respete la vigencia de los no refundidos. Sólo queda subrayar el carácter esencial del plazo otorgado para la aprobación, en el mismo sentido señalado por el Consejo de Estado (Dictámenes 409/1999 y 2535/2003, entre otros), si bien, en el caso que nos ocupa, resulta holgado el tiempo restante del plazo otorgado.

Sin embargo, la veda a la innovación material normativa que constituye el tercer límite, la refundición o codificación *a droit constant*, no impide el aprovechamiento de posibilidades; so pena de reducir la delegación a la mera formulación de un texto único (opción alternativa a la que aquí se ha ejercido) o de privarle de cualquier utilidad y, por ello, sentido. De este modo, el texto refundido puede alcanzar, y debe hacerlo en todo lo que supone armonización con disposiciones vigentes, a:

a) Incluir las reformas expresas introducidas en el texto a refundir;

b) armonizar el texto con las modificaciones producidas en el resto del mismo, en el ordenamiento autonómico, en el estatal y, en su caso, en el europeo;

c) reestructurar y presentar los contenidos, inalterados, en la forma más conveniente a la seguridad jurídica, en tanto proporcione certeza en el conocimiento de la norma aplicable en cada caso. En virtud de esta posibilidad, cabe alterar divisiones, subdivisiones y numeraciones de la Ley;

d) homogeneizar el texto de la Ley de que se trate, máxime si se persigue incorporar a los textos más antiguos los cambios formales introducidos en reformas posteriores o, sobre todo, incorporar valores transversales recibidos o reforzados por el ordenamiento tras la vigencia del texto a refundir. Así, por ejemplo y en lo que pudiera resultar de aplicación, una refundición podría adecuar el lenguaje utilizado a los valores de igualdad de mujeres y hombres o el de igualdad de parejas de hecho y matrimoniales, con independencia de la orientación sexual de quienes las integran, ex leyes 4/2005, de 18 de febrero, y 2/2003, de 7 de mayo, respectivamente; y

e) corregir errores tipográficos, gramaticales, aritméticos o materiales, sin alterar en absoluto el sentido de lo refundido;

Debe tenerse en cuenta que las rúbricas de artículos y divisiones (no su numeración) son susceptibles de modificación sólo respetando los mismos límites que atan al propio texto dispositivo, en tanto aquéllas constituyen elemento esencial de la interpretación de lo rubricado, y puede llegar a ser concluyente sobre su ámbito.

Todo lo que lo anterior tiene de lingüístico debe respetar el carácter auténtico de las dos versiones, en ambos idiomas oficiales. Es decir que, en el caso de proyectos elaborados en castellano, la versión refundida en euskera debe atender, sobre todo, al texto inicial en ese mismo idioma y no exactamente como una nueva traducción de la versión castellana. Los cambios en el texto de cada idioma están sujetos a los límites generales antes señalados, pudiendo producir cambios distintos en uno u otro caso, como puede ser la actualización terminológica que, en euskera viene siendo más habitual que en castellano, cabiendo dicha actualización en virtud de la letra d) anteriormente recogida.

Además del régimen jurídico-formal, y como decíamos en el reiterado DCJA 2/2002, **para proceder a la refundición debe valorarse si se da el presupuesto lógico de una refundición, en uno solo, de varios textos legales.** Esto es, la coexistencia de diversas normas legales distintas que regulen una misma materia, debido al entrecruzamiento típico de la legislación sectorial, por ser distintos los títulos competenciales, o haberse dictado bajo principios y orientaciones divergentes o al menos no plenamente coincidentes. Y que eso suceda de forma tal que se planteen dificultades objetivas para saber cuáles están vigentes, y en qué parte, y cuáles no, o se produzcan contradicciones o lagunas, aparentes o reales, que comprometan seriamente la seguridad jurídica. La cuestión ha sido apreciada, en sentido favorable, por el Parlamento Vasco, al aprobar la habilitación que nos ocupa, de forma acumulativa con la publicación actualizada, permanentemente, del texto legal, técnica que, en muchos casos, puede evitar la refundición formal.

DCJA 100/2007 pár. 25-38

El perímetro del texto refundido viene limitado por la ley habilitante y, por otro lado, por el sentido de mejora de la seguridad jurídica, obteniendo «un texto único». Si no podemos decir que el proyecto infrinja la disposición habilitadora contenida en la Ley 6/2007, **sí resulta excesivo incluir en el texto refundido los contenidos de las leyes afectadas por la refundición estrictamente modificativos de otras leyes** (disposiciones finales primera a séptima del texto refundido dictaminado).

Tal exceso se debe a que el perímetro adecuado de la refundición es el de la LPE, aunque el literal de la disposición antes transcrita se refiera a la misma con la numeración y fecha de la Ley del Parlamento Vasco que, además de la regulación referida en su título, presenta contenidos estrictamente modificativos.

DCJA 131/2007 pár. 24-25

El texto puede efectuar, y así lo hace, la necesaria **corrección de errores tipográficos, gramaticales, aritméticos o materiales,** sin alterar en absoluto el sentido de lo refundido, por ejemplo, al uniformar la grafía «patrimonio de Euskadi».

La Comisión constata que, respecto al articulado del texto refundido y a sus disposiciones adicionales, el mismo es fiel a los textos a refundir. Tal constatación se limita a la versión en castellano del texto, única remitida para consulta.

Recordamos que la **versión en euskera de la refundición**, máxime tratándose de un texto en el que sólo procede su unificación, y a fin de posibilitar el carácter auténtico de ambas versiones, debe obtenerse a partir de los textos hoy publicados en el Boletín Oficial del País Vasco y vigentes, y no como traducción de la versión refundida en castellano. Tampoco cabría introducir modificaciones basadas en la alteración de criterios lingüísticos, pues la autorización no alcanza a la regularización, aclaración o armonización de textos y, por otra parte, el menor tiempo transcurrido hace desaconsejable acoger criterios distintos de los tenidos en cuenta hace tan poco tiempo por el Parlamento Vasco.

DCJA 131/2007 pár. 33-35

La disposición derogatoria del Decreto Legislativo no debe incluir la cláusula genérica relativa a las disposiciones que se opongan al mismo, por cuanto **el texto refundido no puede, so pena de incurrir en exceso ultra vires, contradecir disposiciones anteriores,** limitándose su innovación al aspecto formal y en absoluto a su contenido, inalterado. La Comisión está en condiciones de afirmar, ya hemos dicho que se trata de una reproducción fiel, que tal contradicción no existe pero, para el supuesto de que se diera, al rebasar los límites antes analizados, alterando el sentido del texto legal, la refundición perdería, en esos extremos, la fuerza de Ley y quedaría bajo el control de los tribunales ordinarios (artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa).

DCJA 131/2007 pár. 38

Según la repetida disposición final primera de la Ley 3/2006, el ámbito de la refundición autorizada se ciñe a la LTPP, en la cual se encuentran integradas todas las modificaciones que luego detallaremos. No se introducen, en el refundido, textos procedentes de disposiciones distintas, pero, sin embargo, sí existen preceptos de la LTPP que no se incluyen en el texto refundido que dictaminamos.

Efectivamente, en lo que constituye una alteración formal no justificada, se sacan de la LTPP para ubicarlos en el Decreto Legislativo como instrumento distinto:

a) disposición transitoria segunda (denominación idéntica a la del proyecto), introducida por el artículo 29.30 de la Ley 4/1999, de 29 de diciembre, relativa a determinados supuestos de la Tarifa T-4 de puertos;

b) disposición final segunda (primera, en el proyecto), relativa a la adaptación normativa derivada de la transferencia de servicios a la Comunidad Autónoma;

c) disposición final tercera (segunda, en el proyecto), relativa al desarrollo y ejecución de la propia Ley; y

d) disposición final cuarta (tercera, en el proyecto), relativa a la publicación en internet de un texto actualizado de la propia Ley. Ello, según ya adelantábamos en DCJA 93/2005, párrafo 52, requiere un ajuste de redacción, señalando «[…]actualizado de esta Ley y la información[…]».

Todos los cuales deben ser incluidos, con el propio valor y fuerza de Ley que tienen desde que fueron aprobados por el Parlamento Vasco, en el cuerpo del texto refundido de la Ley de que forman parte, y no en el Decreto Legislativo cuyo contenido está a disposición del ejecutivo.

DCJA 100/2007 pár. 39-41

4. REGLAMENTOS

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Para la aprobación de los desarrollos como el que nos ocupa, la disposición final tercera de la **LA señala un plazo de un año**, desde su entrada en vigor, producida a los 6 meses de su publicación en el BOPV, según la disposición final cuarta de la propia ley. Nos encontramos, por tanto, dentro de dicho plazo y su respeto no plantea problemas. No obstante, **recordamos el carácter no esencial**, desde el punto de vista jurídico, **de ese tipo de previsiones**, cuando, como es el caso, se trata del ejercicio de la potestad reglamentaria, originariamente atribuida al Gobierno (artículo 29 EAPV), y especialmente en el ámbito estrictamente organizativo.

DCJA 141/2007, pár. 19

Véanse DDCJA 139/2007 pár. 51 y 140/2007 pár. 20

En efecto, ha de tomarse en consideración que el proyecto afecta a una materia «fundaciones» sobre la que, como hemos señalado, se proyecta una reserva material de ley (artículo 34 CE en relación al artículo 53.1 CE).

Por ello, de acuerdo con la doctrina, se trata de una norma reglamentaria que debe contar con un contenido reconducible a las funciones de aplicación, desarrollo o interpretación del contenido de la LFV.

En dicha operación normativa, atendida la materia sobre la que se proyecta, **el reglamento, por un lado, no podrá limitar derechos o situaciones favorables que**

contemple la LFV (tampoco por la vía de endurecer las obligaciones que allí figuren) y, por otro, deberá incluir lo necesario para permitir la correcta aplicación de los contenidos de la LFV cuyo desarrollo acomete. Deberá, en definitiva, cumplir la función de complemento indispensable (sin incurrir en excesos ni en defectos respecto a la LFV) que corresponde al reglamento ejecutivo en nuestro vigente ordenamiento jurídico.

Y, tal cometido debe realizarse teniendo en cuenta que la LFV predetermina el contenido del proyecto no sólo en sentido negativo, sino que también éste ha de atender al entero contenido de aquélla, para cumplir adecuadamente su función, tomando, por ello, en consideración su estructura, criterios y principios inspiradores.

DCJA 37/2007 pár. 52-55

La regulación legal demanda un desarrollo reglamentario a fin de hacer posible la evaluación del personal docente e investigador contratado y así lo exige la propia LSUV, en algunos casos de forma explícita y en otros implícitamente.

En ese sentido, sin embargo, **la labor de complemento de la ley que para su aplicación eficaz corresponde cumplir al reglamento no se alcanza en un aspecto capital, el de la determinación de los criterios o indicadores de evaluación**.

Si bien es cierto que el artículo 83 c) de la LSUV atribuye al Consejo de Administración de Uniqual la función de aprobar los indicadores o criterios de evaluación, acreditación y certificación de carácter general, que deberán ser internacionalmente acreditados, tal previsión debe ser interpretada en el conjunto de la LSUV y, en concreto, sin ignorar las llamadas a la regulación reglamentaria que efectúa el mismo cuerpo legal, lo que como ya hemos visto hace de forma específica en los artículos 19 1. b), artículo 20.1 c), artículo 21.2 d) y artículo 22.2 LSUV.

Por ello, en el DCJA 31/2006 ya advertíamos que la aprobación de tales indicadores o criterios por parte del Consejo de Administración de Uniqual debía ser debidamente integrada con el desarrollo reglamentario que la LSUV establece en los preceptos antes citados, porque, concluíamos, el «supuesto, a juicio de la Comisión, es similar al que concurre en la aprobación por el citado Consejo de Administración de los estatutos de la Agencia (y su modificación) función o competencia que —como hemos razonado— debe ejercerse, de acuerdo con la LSUV, respetando la competencia del Gobierno, titular de la potestad reglamentaria» (párrafo 65).

De forma coherente, el artículo 9.d) del Decreto 138/2006, de 27 de junio, por el que se aprueban los estatutos de Uniqual, cuando relaciona el elenco de funciones que corresponden al Consejo de Administración de la Agencia ya prevé que los citados indicadores o criterios serán aprobados mediante Decreto.

Por ese motivo, en la medida en que el proyecto se limita a los aspectos adjetivos de la regulación y se restringe a dibujar el procedimiento para llevar a efecto la eva-

luación o el informe previo, mientras que se desentiende de los aspectos sustantivos, de los indicadores o criterios con los que se habrá de juzgar a los candidatos, para atribuir de forma integra en su artículo 6 al Consejo de Administración de la Agencia su determinación, no está cumpliendo la labor de complemento de la ley que está obligado a ejercer.

A juicio de esta Comisión, **el Gobierno no puede dejar sin concretar en la norma, cuando menos, cuáles son los indicadores o criterios generales que permiten a los candidatos obtener la evaluación positiva o el informe favorable.** Se trata como decimos de que el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria originaria y al que se remite el legislador para que establezca el régimen de tales evaluaciones, defina con la mayor precisión posible los elementos primordiales por los que se ha de regir la misma, sin perjuicio de que previamente deban ser aprobados por el Consejo de Administración de la Agencia cuya facultad de iniciativa también le reconoce la Ley.

También considera, en el caso de la figura del personal investigador contratado, que es preciso llenar de contenido la previsión legal del artículo 27.2 LSUV cuando exige que la evaluación positiva de la Agencia lo sea «en coordinación» con el Consejo Vasco de Investigación y cualesquiera instituciones que pudieran existir al efecto en la Comunidad Autónoma vasca.

Pues bien, existe una omisión absoluta al papel que debe jugar el citado Consejo en la evaluación del personal investigador contratado, lo que deberá corregirse a fin de dar debida ejecución a lo querido por el legislador autonómico.

DCJA 107/2007, pár. 38-46

Ahora bien, **atendida la naturaleza de la Agencia, cuya potestad reglamentaria para dictar normas con eficacia *ad extra* debe ser considerada como algo excepcional e interpretada de forma restrictiva,** estima la Comisión que el Gobierno, en tanto que titular de la potestad reglamentaria originaria, no puede dejar sin concretar en la norma, cuando menos, cuáles son los parámetros generales de evaluación de la actividad investigadora que permiten a los candidatos obtener la evaluación positiva.

El esquema a seguir es coherente con el utilizado en otros ámbitos a los que extiende su actividad evaluadora: evaluación para la contratación (artículo 6.1 del Decreto 192/2007, de 13 de noviembre) y evaluación de méritos ligados a complementos retributivos adicionales (artículo 6.2 del Decreto 209/2006, de 17 de octubre).

Se trata, como decimos, de que el Gobierno defina con la mayor precisión posible los elementos primordiales por los que se ha de regir la misma, sin perjuicio de que previamente deban ser aprobados por el Consejo de Administración de la Agencia, cuya facultad de iniciativa también le reconoce la Ley.

DCJA 175/2007, pár. 74-76

CAPÍTULO III

EFICACIA DE LAS NORMAS

1. DEROGACIÓN

[…] Téngase en cuenta que **tampoco es necesario derogar las leyes modificativas de otra que se deroga**, pues las primeras se encuentran integradas en ella desde que se aprobaron.

[…]

Con mayor razón, si cabe, debe suprimirse la disposición derogatoria contenida en el texto refundido, pues su contenido innovador del ordenamiento se perfeccionó en su momento y, con ello, se agotó. Es cierto que existe algún precedente de este uso, pero carece de todo sentido e introduce inseguridad jurídica sobre la situación normativa antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo. Por si subyace la antigua cuestión al respecto, diremos que **ninguna duda cabe de que por la derogación proyectada de la ley derogante** (la 5/2006) **no recupera su vigor la primeramente derogada**, por ejemplo la 14/1983 (artículo 2.2, inciso final, del Código Civil, en la redacción dada en 1974).

DCJA 131/2007, pár. 29-31

CAPÍTULO IV

TÉCNICA NORMATIVA

1. ESTILO DE REGULACIÓN

Ahora bien, en el juicio de adecuación del proyecto a las exigencias del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), debe someterse a la consideración del órgano redactor lo alejado que de aquél principio resulta contar en el ordenamiento autonómico con dos normas distintas destinadas ambas a establecer el currículo y el régimen general de los estudios superiores de Diseño.

En efecto, cuando la Comisión informó el proyecto de Decreto 78/2006, de 1 de abril, nada señaló sobre la incorporación a éste de toda la regulación correspondiente a los estudios superiores de diseño, junto a la de la especialidad de diseño de interiores, por considerar que era una opción posible, al tratarse de la primera vez que se fijaba el currículo de dichos estudios en la CAPV y se abordaba, también por primera vez, la regulación de una de sus cuatro especialidades (la de interiores).

Sin embargo, dicha valoración no puede ser la misma, si, como ahora se hace, al implantar una segunda especialidad (la de Diseño Gráfico), se reproduce toda la regulación de los estudios superiores de diseño.

Como hemos señalado en el examen del procedimiento, el proyecto que ahora se informa se confecciona como si el Decreto 78/2006, de 11 de abril, no se hubiera dictado.

Esta norma contiene ya la común a los estudios superiores de diseño, fijando cuanto corresponde al título, finalidad, objetivos generales, estructura, materias troncales, proyecto final de carrera, criterios de evaluación, características de evaluación, modalidades de acceso a dichos estudios, acceso directo, con requisitos académicos y sin ellos; prueba de acceso para quien cuente con requisitos académicos y para quien no cuente con ellos; forma de calificar las pruebas de acceso, reglas que

regirán la convocatoria de las pruebas de acceso, así como las reglas para admitir al alumnado en los centros públicos y centros privados concertados.

Siendo esto así, **no parece adecuado a la seguridad jurídica** (siempre desde la perspectiva de las personas destinatarias —en especial, los potenciales alumnos y alumnas—) **reproducir todo el régimen de los Estudios Superiores de Diseño** (título, finalidad, los objetivos generales o las pruebas de acceso y formas de evaluación, etc.) **cada vez que se aborde la regulación de una nueva especialidad, como si aquél variase en función de cada especialidad, lo que en modo alguno sucede**.

La precedente consideración trasciende además la mera sugerencia de técnica normativa cuando se constata que, entre la publicación del Decreto 78/2006, de 11 de abril y el que ahora nos ocupa, ha entrado en vigor la LOE —que ha producido la derogación de la Ley 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo que era la norma cabecera para los estudios superiores de diseño cuando se dicta aquél y así se recoge en su parte expositiva—.

Por tanto, resulta más adecuado para la correcta inteligencia por sus destinatarios de la normativa vigente en la CAPV para cursar los estudios superiores de diseño, ya en la especialidad de Interiores, ya en la de Diseño Gráfico, aprovechar la ocasión para adaptar las referencias al marco normativo vigente (LOE) en la regulación común de los estudios superiores de diseño, fijando a continuación la que corresponde a las dos especialidades (la de interiores y la de diseño gráfico).

Este objetivo no resulta de difícil consecución pues basta con reformar en lo necesario el citado Decreto 78/2006, de 11 de abril, e incorporar a éste la regulación de la nueva especialidad, lo que permitirá contar en la CAPV con un reglamento que constituya el cuerpo normativo completo de la regulación de los estudios superiores de diseño con las dos especialidades que se imparten en la CAPV, cumpliendo así la futura norma con las tres cualidades de buena técnica que de antiguo señala la doctrina ha de concitar un reglamento: la complitud, la claridad y el uso fácil por sus destinatarios (operadores jurídicos y legos).

DCJA 125/2007 pár. 45-53

El artículo 3.3 contiene **explicaciones y constataciones no normativas que no deben ubicarse en la parte dispositiva** del Decreto proyectado sino, como mucho, en la parte expositiva.

DCJA 18/2007 pár. 25

En los textos normativos **debe evitarse el uso de abreviaturas**. Así, por ejemplo, «Vº Bº» en el artículo 10.1 y «nº» en el artículo 16.2, deben sustituirse por las palabras completas. En el último de los casos, la apariencia de fórmula matemática

debe integrarse con el texto general del apartado 2, sin que el uso de signos matemáticos facilite en nada su comprensión respecto del uso de palabras.

DCJA 18/2007 pár. 41

Cabe advertir que **deben evitarse conceptos jurídicos indeterminados** como «que dispongan de vivienda de forma estable» recogido en el artículo 12.1.a) o «razones objetivas» recogido en el artículo 33.3, ya que son de difícil concreción y sin duda conllevan una incertidumbre jurídica para los interesados. Por ello, y como exigencia del principio de seguridad jurídica, se sugiere la utilización de términos precisos o que contenga indicios de las situaciones a que se puede referir.

DCJA 101/2007 pár. 124

En cuanto a la referencia que se hace a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter general, sugerimos sustituir tal alusión por una más genérica referida a la protección de datos de carácter personal, dado que de este modo no se supedita el mandato recogido a los avatares que pudiera sufrir la citada Ley.

DCJA 101/2007 pár. 132

La **alusión a disposiciones debe ser por su denominación oficial**. Así, en lugar de «Ley 1/2006» debe decir «Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas», o en lugar de «Ley de Control Económico y de Contabilidad del País Vasco», debe decir «Ley 14/1994, de 30 de junio, de Control Económico y de Contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi».

Igual consideración merece la alusión a instituciones y por lo tanto la Agencia debe denominarse de conformidad con el nombre oficial que le otorga su norma de creación. De este modo, la LA opta por «Agencia Vasca del Agua» cuando utiliza como lengua de comunicación el castellano y «Uraren Euskal Agentzia» cuando la lengua es el euskera.

DCJA 168/2007 pár 63 y 64

Véase DCJA 140/2007 pár. 24

2. ESTRUCTURA

La fórmula de incorporación a la iniciativa del Reglamento del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos

laborales en el ámbito minero, canteras y túneles que venimos analizando, como anexo al Decreto, cuyo artículo 1 es la aprobación de aquél, no resulta adecuada desde la perspectiva de técnica normativa, ya que **no existen razones para hacer tal distinción entre el Decreto aprobatorio y el Reglamento incluido como Anexo,** siendo así que **provienen del mismo órgano la propuesta de la iniciativa** en que se concretan tanto la **aprobación del Reglamento mediante Decreto, como el contenido sustantivo de éste, participando ambos de la misma naturaleza jurídica y disponiendo de un procedimiento de elaboración único, y, por ello, idéntico**. Es por ello que resulta más ajustada a la práctica de técnica normativa articulada en supuestos similares la integración de los preceptos del Reglamento como contenido sustantivo del Proyecto y no como parte separada del mismo, en forma de Anexo.

DCJA 173/2007 pár. 73

Véase DCJA 164/2007 pár. 59 y 172/2007 pár. 73

De entrada, la Comisión quiere llamar la atención sobre la forma en la que se ordena la materia en el proyecto remitido.

Ello por cuanto c**ontenidos relevantes de la regulación se dejan a los Anexos** I, II, III y sin que se considere adecuadamente cuál es el propósito y finalidad de los mismos. Tales Anexos identifican los requisitos que ha de reunir cada tipo de recurso [Recursos de acogida para víctimas de maltrato doméstico] «independientemente de su titularidad pública o privada», según el artículo 2.1, y en el caso de las entidades privadas establecen los elementos reglados que han de cumplir para ser autorizadas por la Administración competente, a tenor del artículo 9.2 del proyecto.

Estima la Comisión que **no parece que sean los Anexos I, II y III el lugar más adecuado para** perfilar y precisar el tiempo de estancia en cada uno de los recursos. Tampoco le parece que lo sean para **establecer** los requisitos de acceso, la forma en que se ordena el procedimiento de ingreso y para delimitar las causas que ponen fin a la estancia en el recurso, pues estamos ante **aspectos esenciales de la regulación que fijan el alcance de la prestación que se reconoce a las personas destinatarias.**

El Decreto desarrolla la Ley definiendo y completando el conjunto de prestaciones que garantizan la adecuada atención de las mujeres víctimas de maltrato doméstico, en particular diversifica los distintos tipos de alojamiento. También aborda la necesaria disponibilidad de recursos y la unificación de sus características para que cumplan unas condiciones mínimas de calidad y tengan unos criterios de funcionamiento comunes.

Pero la inserción en el ordenamiento de ambos contenidos ha de hacerse partiendo de su diferente sentido, pues es preciso distinguir convenientemente la regulación

del derecho, que atañe a la posición jurídica de la mujer ante los servicios sociales, y la articulación de los mecanismos precisos para garantizar su ejercicio, estableciendo requisitos que deben cumplir los centros encargados de hacerlos efectivos.

Esto es, la norma no puede tener una factura en la que se hagan intercambiables la posición jurídica que ocupan en cada uno de ellos sus respectivos destinatarios, las mujeres víctimas de violencia doméstica y los titulares de los recursos.

DCJA 84/2007 pár. 60-65

Asimismo, mejoraría la estructura interna de la futura norma, la utilización de un mismo criterio para clasificar internamente el contenido de los artículos.

A tal fin, siguiendo las Directrices para la elaboración de proyectos de normas, podría aplicarse el siguiente criterio: **si el artículo tiene diversos párrafos, se numera cada uno** (si solo hay uno, la numeración no es necesaria); **los apartados de cada párrafo no se numeran; si debe subdividirse un párrafo, se utilizan las letras**. En principio, los apartados no deben subdividirse, pero si excepcionalmente fuera necesario, cada división se numerará (1.º, 2.º, 3.º […]).

DCJA 125/2007 pár. 56 y 57

Véanse DDCJA 121/2007, pár. 49

Con carácter general sugerimos **reducir la extensión de los artículos**, pudiendo dividirlos en varios, guardando su coherencia temática y ordenando los mandatos, todo ello con la finalidad de facilitar su mejor comprensión y la certeza sobre su sentido.

DCJA 176/2007 pár. 80

Se debe hacer constar en la parte expositiva de la norma la realización de los trámites previstos en los artículos 19 a 22 de la Ley 4/2005, que prevé la Directriz Tercera aprobada por el Consejo de Gobierno en su sesión de 13 de febrero de 2007. **Este mandato puede materializarse, o bien en una referencia concreta a la emisión del Informe de Impacto en Función del Género, o bien en una alusión genérica a que han sido emitidos los informes preceptivos correspondientes**.

DCJA 159/2007 pár. 130

Por último, en la fórmula aprobatoria de la disposición, con la que se concluye la parte expositiva, hay que hacer referencia a la intervención de esta Comisión en la forma señalada en el artículo 30.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Co-

misión Jurídica Asesora de Euskadi. Así, **debe hacerse constar en la fórmula aprobatoria si el Decreto se aprueba conforme con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora o se aparta de él,** debiéndose utilizar la fórmula correspondiente según lo previsto en el artículo 33 del Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

DCJA 101/2007 pár. 139

También en ese lugar es preciso observar que **la expresión «oída»** para la intervención de esta Comisión **debe ceñirse a los casos en que la disposición o acto se aparta de su dictamen**. Así lo prevé el artículo 33 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre.

DCJA 107/2007 pár. 64

Véase DCJA 121/2007 pár. 48

3. LENGUAJE

En el anexo, las **denominaciones de las circunscripciones escolares** que se modifican en el sentido de mantener el término propio **sólo de una de las lenguas cooficiales merecen un juicio favorable de la Comisión, por cuanto se trata de establecer,** precisamente en la disposición proyectada, **un nombre propio, con carácter oficial y uniforme,** a utilizar en todos los actos y documentos que aludan a la circunscripción, entidad regulada precisamente por la disposición proyectada.

Se trata de una creación normativa *ex novo* y no de la referencia a un municipio, el cual sí debe ser objeto de referencia por su denominación estrictamente oficial, bilingüe en su caso. En todo caso, entendemos respetado el artículo 10 de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del Euskera, por cuanto, además de no tratarse propiamente de topónimos, se ha respetado la grafía del idioma original, según la entidad geográfica, municipal o comarcal, en que se basa la denominación.

Es más, la concisión en denominaciones oficiales, por analogía con lo antes dicho sobre títulos de disposiciones, nos lleva a sugerir la extensión del criterio de simplificación, usando un solo idioma, pero atendiendo a la grafía correcta, en circunscripciones que mantienen, en el proyecto, denominación bilingüe.

DCJA 71/2007 pár. 23 a 25

La Comisión valora favorablemente **el esfuerzo por el uso de un lenguaje no sexista,** pero recuerda que ello **no debe suponer menoscabo de la calidad lingüística** de los textos, a la vez que debe mantenerse con homogeneidad a lo largo del proyecto. Así, por ejemplo, en el artículo 3.2 sería conveniente sustituir «el Viceconsejero o Viceconsejera» por «el Viceconsejero o la Viceconsejera» y en el artículo 3.2.e) aludir al género femenino y no sólo al masculino: Director.

DCJA 140/2007 pár. 22

Finalmente, hemos de realizar una reflexión acerca de lo que se ha dado en llamar «uso no sexista del lenguaje», en el proyecto de Decreto. La Comisión viene recomendando que, respetando las instrucciones de utilización del lenguaje, conforme a las directrices del «III Plan de acción Positivo para las Mujeres de la Comunidad Autónoma: enfoque de género», **se utilice en el texto formulas alternativas que hagan más comprensible el lenguaje empleado**, que permitan la lectura «natural» del texto normativo.

DCJA 114/2007 pár. 45

Véase DCJA 135/2007 pár. 57

Evitando, en todo caso, **la creación de estructuras gramaticales incorrectas** de difícil interacción en castellano, como, por ejemplo: el uso de artículos de ambos géneros acompañando a un solo sustantivo, el empleo de barras separadoras a efectos de indicar en ambos géneros los artículos y sustantivos referidos a personas; la feminización de sustantivos de género común o neutro. Para cumplir con el citado objetivo, deben emplearse fórmulas gramaticalmente correctas mediante el uso de términos colectivos o de género neutro.

DCJA 114/2007 pár. 46

4. NORMAS MODIFICATIVAS

Las órdenes que se relacionan y se derogan tienen por objeto la designación de los miembros de la Comisión Gestora de una Cámara Agraria y diversas designaciones de miembros de las Juntas Arbitrales. Considera la Comisión que no es adecuado, en principio y como cuestión de técnica normativa, declarar la derogación de actos administrativos que no tienen vigencia sino efectos.

Una vez que la Ley entra en vigor despliega efectos directamente sobre las disposiciones de desarrollo a las que afecta y desde luego sobre algunos actos administrativos que quedaran automáticamente sin efecto, como es el caso de las de-

signaciones de miembros de una entidad que se extingue, por lo que se plantea la necesidad de incluir esas órdenes en la disposición derogatoria. Por ello, se sugiere reflexionar sobre la oportunidad de mantenerlas, y, si se considera de interés citarlas, para que conste expresamente su perdida de efectos, debería expresarse así en epígrafe aparte.

Las disposiciones finales primera a quinta modifican preceptos de diferentes decretos (la cuarta una orden). Hay que advertir que, **como criterio general, no se considera correcta la técnica de modificar a través de las disposiciones de una Ley normas de carácter reglamentario, que plantea problemas de rango y de claridad del ordenamiento jurídico al tener que buscar la norma modificadora de un Decreto en una Ley.**

En cualquier caso y visto el contenido del anteproyecto que, como hemos dicho, tiene por objeto extinguir las Cámaras Agrarias, si se considera oportuno incorporar a la Ley las modificaciones reglamentarias que se proponen será preciso, para evitar que las futuras modificaciones de esos preceptos deban realizarse mediante Ley, expresar en la propia Ley, en una nueva disposición final, que no por ese hecho pierden su carácter reglamentario y que las modificaciones posteriores de los mismos podrá ser efectuada por normas de nivel reglamentario.

DCJA 64/2007, pár. 59-62

5. PARTE FINAL

La **entrada en vigor del Decreto** se ha de fijar preferentemente **señalando el día, mes y año** en el que va a producirse. Sólo se fija por referencia a la publicación cuando deba entrar en vigor de forma inmediata. De todas formas, la fórmula empleada en modo alguno puede mantenerse, a lo sumo tendría que haberse dispuesto que entrará en vigor «en el plazo de un mes a partir del día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco».

DCJA 33/2007 pár. 178

Véase 37/2007 pár. 256

Y con relación a la disposición final segunda, debe señalarse **la entrada en vigor** de una forma correcta gramaticalmente, afirmándose que **tendrá lugar «el día siguiente al de su publicación».**

DCJA 114/2007 pár. 44

6. PUBLICACIÓN

El artículo 11.3, primer párrafo**,** impone la publicación en el Boletín Oficial del País Vasco de una resolución que, a su vez, se prevé que será sustituida normalmente por otro contenido tras el recurso de alzada, el cual también deberá publicarse. Como dijimos en DCJA 25/2007, y se incorporó en la aprobación del Decreto 35/2007 citado, puede resultar de interés, en aras de la economía y celeridad del proceso, suprimir la preceptividad de esa primera publicación, pues **lo limitado numéricamente de los interesados directos en la misma, y su carácter equiparable al de una resolución provisional,** en el sentido planteado por el proyecto, **aconsejan, por eficacia y economía, su sustitución por una difusión distinta, bien directamente a los interesados bien mediante los medios de difusión corporativos, incluso telemáticos,** solución adoptada por el referido Decreto 35/2007.

DCJA 176/2007 pár. 76

7. REMISIONES

Existen remisiones constantes a la Ley 25/1994. **Cuando son meramente identificativas del origen de la regulación (artículo 1.6 y 2.3) son innecesarias**, basta con que la parte expositiva del proyecto explique con claridad la operación jurídica que se pretende llevar a cabo, y cuando se efectúan remisiones sin traer los contenidos de la Ley al texto (artículo 1.1 y 1.3), éste resulta parcial e incompleto, lo que complica su aplicación y comprensión por los destinatarios.

DCJA 154/2007 pár. 114

8. TÍTULO

De acuerdo con las Directrices de técnica legislativa, el **título de la norma debe ser lo más breve, aunque completo y preciso, posible** (Directrices, el título, 6). Por lo tanto, debe suprimirse la alusión al aspecto estrictamente de creación. Es verdad que el proyecto incluye ese aspecto pero el mismo no agota su objeto por lo que resulta impreciso aludir sólo a él. Lo correcto es la utilización de la preposición «de» cuando se considera que la disposición regula completamente la materia que constituye su objeto, o la particula «sobre» si se quiere indicar que la materia es más amplia que la abarcada.

DCJA 137/2007 pár. 49

Véanse DDCJA 134/2007 pár. 51, 127/2007 pár. 48
y 155/2007 pár. 52

El título puede atender mejor a las Directrices de Técnica Legislativa, y en particular al criterio de concisión, si se suprime el giro «por el que se regula la composición y régimen de funcionamiento». La Comisión viene recordando que **la concisión en el título de las disposiciones no tiene por sentido simplificar su publicación, sino facilitar que las referencias en todos los instrumentos jurídicos pueda efectuarse a la denominación oficial**.

DCJA 140/2007 pár. 23

Véase DDCJA 174/2007 pár. 31 y 141/2007, pár 22

CAPÍTULO V

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1. GENERALIDADES

A) Territorio

En el supuesto de que se quiera establecer una regla aplicable de asunción de gastos cuando la persona empadronada en la Comunidad Autónoma del País Vasco sea atendida por un servicio de otra Comunidad Autónoma o, al revés, cuando la persona empadronada en otra Comunidad Autónoma sea atendida en un servicio de esta Comunidad, es obvio que la norma no puede proyectarse sobre un servicio de otra Comunidad Autónoma ni imponer obligaciones a las instituciones de aquella.

El territorio es uno de los criterios con arreglo al que se articula el reparto de competencias, funcionalidad que dimana de «la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades» (STC 44/1984, FJ 2º)**, y que sirve directamente, en ocasiones como la presente, para delimitar los respectivos ámbitos de actuación en el campo de los servicios sociales.**

Ello no impide la concertación de los oportunos acuerdos o convenios que permiten modular las exigencias del principio de territorialidad y flexibilizar el rigor excluyente que es inmanente a éste, aunque siempre con el límite inexcusable de la necesaria concurrencia de la voluntad del ente cuyas competencias puedan verse afectadas por mor de la iniciativa suscitada (SSTC 53/1988 y 101/1995).

DCJA 84/2007 pár. 106-108

B) Traslación de la normativa comunitaria

La norma comunitaria se dicta tomando en cuenta las libertades garantizadas en los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 49 (libertad de prestación de servicios dentro de la Comunidad) del Tratado y de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del mismo texto.

Conforme a su artículo 44, el plazo de transposición finaliza el 28 de diciembre de 2009.

No obstante, de acuerdo con su artículo 15. 6, a partir del 28 de diciembre de 2006 los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio que sean no discriminatorios (según el artículo 15.2) y que, además, no discriminen ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue sin ir más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y sin que puedan sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la jurisprudencia del TJCE (STJCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie) sobre el ámbito de disponibilidad de los Estados miembros durante el plazo concedido para trasponer una Directiva, según la cual, si bien éstos no vienen obligados a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo que establezca la Directiva **antes de expirar el plazo de transposición,** de la aplicación del párrafo segundo del artículo 5, en relación con el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, se deduce que durante dicho plazo **deberán abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la norma comunitaria.**

En la tarea de apreciar el cumplimiento de esa limitación durante el periodo de transposición el Tribunal ha distinguido dos supuestos.

En el primero, considera que si las medidas adoptadas durante el periodo de trasposición se presentan como una adaptación definitiva y completa del derecho interno, de detectarse su incompatibilidad con la Directiva, si permiten presumir que el resultado perseguido por ésta no podrá alcanzarse en el plazo establecido (juicio en el que se toma en cuenta asimismo si cabría su modificación dentro de dicho plazo) quedará vedada tal actuación al Estado miembro.

En el segundo caso, teniendo en cuenta las facultades que el Estado miembro tiene para adoptar disposiciones provisionales o dar ejecución a la Directiva por etapas (para lo que habrá de estarse a lo que se deduzca de la norma comunitaria), podría no derivarse la incompatibilidad de las disposiciones transitorias del Derecho nacional con la Directiva, al considerar que éstas no comprometen necesariamente el resultado perseguido por ésta.

Del expediente puede colegirse que se trata de una suerte de adaptación parcial (pues el régimen general se completa con la subsistencia transitoria de la licencia

comercial) y, por otro lado, la transposición —en cuanto adaptación del ordenamiento interno, también afecta al Estado, en cuanto titular de competencias que, como hemos visto, le permiten incidir en la regulación de la actividad comercial con soporte en otros títulos competenciales.

En esta ámbito de análisis, teniendo en cuenta el artículo 15. 6 de la Directiva y que la iniciativa no se contrae sólo a establecer el régimen general —amparado en razones urbanísticas y que suprime la licencia comercial— sino que modifica parcialmente el régimen de ésta, la conveniencia de razonar que la subsistencia de la licencia comercial está justificada por una razón imperiosa de interés general, es adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no va más allá de lo necesario para su consecución, sin que pueda sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, se revela elemento decisivo para afianzar la iniciativa correctamente dentro del margen de maniobra del que disponen los Estados miembros para adoptar medidas durante el periodo de transposición.

DCJA 165/2007 pár. 97-105

C) Proyección exterior

En el citado DCJA 92/2004 (pár. 7 y siguientes) analizamos las peculiaridades que, desde el punto de vista competencial, presenta la cooperación para el desarrollo, actividad que alcanza su plenitud con posterioridad a la plasmación del reparto competencial en el bloque de constitucionalidad.

Como allí dijimos, la particularidad de que la cooperación para el desarrollo suponga el ejercicio de atribuciones, en lo territorial y personal, en el exterior, no las convierte en «relaciones internacionales» a los efectos del artículo 149.1.3º CE, título competencial exclusivo del Estado que, como declaró la STC 165/1994, ha de interpretarse en sentido estricto a fin de evitar que cualquier actuación pública en el extranjero pueda calificarse como tal. Respetando los límites que allí se señalaron (*ius legationis, ius contrahendi* y política internacionales vinculadas a ellas), **las Comunidades Autónomas pueden dar al ejercicio de sus competencias propias la proyección exterior que requiera**, en este caso, su acción de cooperación para el desarrollo.

En la misma línea, hemos confirmado la posibilidad de proyección exterior de la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma en nuestro DCJA 69/2006, relativo también a la creación de un organismo con vocación de actuar precisamente en el exterior.

Lo expuesto significa que **el régimen competencial de la Comunidad Autónoma no se ve alterado por el hecho de que la cooperación se realice más allá de los límites territoriales del Estado**. Por tanto, se aplican a la misma las reglas ordinarias de reparto que si se realizaran en el ámbito espacial autonómico.

DCJA 160/2007 pár. 10-13

2. LENGUA (ART. 6.1 EAPV)

La doctrina constitucional sobre la materia de cooficialidad lingüística permite señalar que, superando unos primeros estadios titubeantes en torno a la existencia de una atribución competencial específica sobre la base del artículo 3.2 de la Constitución (CE) y el artículo 6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), se ha acabado por afirmar (por todas, STC 87/1997, analizando el equivalente artículo 3 del anterior Estatuto de Autonomía de Cataluña) el mandato y **la habilitación competencial de las Comunidades Autónomas con lengua propia para regular y desarrollar aspectos esenciales de la cooficialidad lingüística**.

DCJA 128/2007 pár. 22

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

De un modo instrumental para con la señalada competencia en materia de ordenación del territorio, pero con sustantividad propia si se analiza de forma autónoma, se ejercita también con el proyecto la **competencia de las Comunidades Autónomas** —y de nuestro artículo 10.2 EAPV— **para organizar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo** (STC 251/2006, FJ 9), en cuanto se trata de crear y regular un órgano como el Consejo Asesor de Política Territorial, que se adscribirá al Departamento competente en materia de Ordenación del Territorio. Para ello deberá **tener en cuenta**, no obstante, la correspondiente **normativa básica dictada al amparo del artículo 149.1.18ª de la CE, concretada en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre**, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) —Capítulo II del Título II—, con la depuración realizada en la diversa naturaleza de su articulado por la STC 50/1999.

DCJA 155/2007 pár. 30

Junto a ese titulo sustantivo cabe añadir el contendido en el artículo 10.2 EAPV que 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 (SSTC 35/1982, 165/1986, 13/1988 y 227/1988). Hemos declarado que «conformar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo» (STC 165/1986, FJ 6º), establecer cuáles son «los órganos e instituciones» que configuran las respectivas Administraciones (STC 35/1982, FJ 2º), son decisiones que corresponden únicamente a las Comunidades Autónomas».

Fuera de ese ámbito, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las administraciones públicas del artículo 149.1.18 CE, **el Estado puede establecer principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas**. En concreto, teniendo en cuenta la opción organizativa que recoge el proyecto, las bases que pudieran condicionar la iniciativa se encuentran contenidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

DCJA 134/2007 pár. 31-32

Véase DCJA 139/2007 pár. 47-48

El título autonómico es un título competencial exclusivo, artículo 10.2 EAPV, para la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno, que ha de ponerse en relación con el artículo 30 EAPV, donde se atribuye al Parlamento Vasco la regulación del Estatuto de los miembros del Gobierno, en un ámbito, el de la configuración de uno de los poderes de la Comunidad Autónoma, donde el campo de la autonomía política y el margen para decisiones libres y creadoras debe ser muy amplio.

Es obvia la competencia de la CAPV para ordenar la actividad de sus cargos públicos y para elegir el régimen de incompatibilidades, en cuanto instrumento que permite garantizar el adecuado ejercicio del poder público en el ámbito de las instituciones autonómicas conforme a los principios constitucionales que establece el artículo 103.1 CE.

Hay que pensar que tanto el Gobierno Vasco como los Consejeros y Consejeras que lo integran actúan con normalidad como órgano de la Administración, en tanto que el Gobierno ostenta las funciones administrativas del País Vasco (artículo 29 EAPV) —aunque en otras ocasiones actúa como órgano político y no ejerce potestades administrativas sino las funciones ejecutivas que también le caracterizan— y los Consejeros y Consejeras la representación, dirección, e inspección del Departamento del que son titulares (artículo 26 de la Ley de Gobierno).

Los restantes altos cargos se definen también en la ley de Gobierno (artículo 28 y ss) por serlo de la Administración del País Vasco, asumiendo la dirección y el ejercicio de las potestades que le son encomendadas por la norma que fije la estructura del Departamento correspondiente, mientras que los cargos del sector público engloban a quienes desempeñan las funciones de dirección y gestión en dos ámbitos muy distintos: el de las administraciones independientes y el denominado sector público empresarial.

Sin entrar ahora en mayores precisiones, basta decir que la sujeción a un mismo régimen ha sido una constante en la regulación de la materia por razones comprensibles: en el caso de las administraciones independientes para que la autonomía orga-

nizativa y funcional con la que se encuentran investidas no signifique ausencia de objetividad en su actuación ni merma en la imparcialidad de quienes lo conforman, y en el caso del sector público empresarial porque abarca un conjunto de organizaciones instrumentales llamadas a cumplir fines públicos, que se encuentran ligadas a la Administración por vínculos de titularidad, financiación o control, por lo que el sometimiento de sus cargos directivos a un mismo régimen también constituye una garantía del cumplimiento de los principios que rigen el actuar administrativo.

Por último, cabe constatar que en el ámbito del anteproyecto **el legislador estatal no ha impuesto ningún modelo específico,** desde la competencia que le reconoce el artículo 149.1.18º CE para fijar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, asumiendo que se trata de una cuestión que se refiere primordialmente a la organización y al funcionamiento interno, en este caso, de la Administración Vasca (por todas SSTC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3 y STC 97/2001, de 5 de abril, FJ 5).

La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado (en adelante LCI), se circunscribe estrictamente al ámbito de la Administración del Estado, por lo que la Comunidad Autónoma mantiene intacta su facultad de ordenación, sin límites específicos. Ello no obstante, se aprecia una sustancial coincidencia entre la regulación proyectada y la contenida en la citada LCI, lo cual es perfectamente posible si el legislador autonómico así lo estima conveniente, teniendo en cuenta que la regulación ha de responder a las mismas exigencias constitucionales y que si bien éstas admiten distintas fórmulas, nada impide que puedan resultar muy similares.

Desde la perspectiva de la distribución competencial en el interior de la Comunidad Autónoma, esto es, entre las instituciones comunes, los territorios históricos y los entes locales, opera una variación con respecto a la regulación de la Ley 32/1983, de 20 de diciembre, de incompatibilidades por el ejercicio de Funciones Públicas en la Comunidad Autónoma de Euskadi: mientras que ésta incluye a las instituciones forales y a las entidades locales dentro de su ámbito de aplicación, el anteproyecto que ahora se dictamina se ciñe al sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi conforme a su delimitación prevista en el artículo 7.4 de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, texto refundido aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, conforme a su nueva redacción dada por la disposición final sexta.2 de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio.

Entendemos que **la solución de no imponer ahora ninguna norma común para los cargos electivos y demás cargos públicos de los territorios históricos y entidades locales se encuentra dentro del ámbito de libre configuración del legislador.**

Esto es, la misma no debe entenderse, como alguno de los intervinientes en el procedimiento de elaboración han manifestado, como el establecimiento de un ámbito exento, carente de regulación, sino que hay que ver en tal decisión, en el caso de los territorios históricos, el **reconocimiento de la competencia normadora de la correspondiente Institución Foral**.

En efecto, esa exclusión tiene presente lo dispuesto en el artículo 37 EAPV —número 3 apartados a) a e)— que contiene y preserva lo que se ha denominado «núcleo intangible de la foralidad» y el artículo 7, a). 1 de la LTH que, en coherente sintonía con la previsión estatutaria, recoge la competencia de los territorios históricos para establecer la organización, régimen y funcionamiento de sus órganos

Y también toma en consideración que, en el caso de las Juntas Generales, la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa, ya establece las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los junteros directamente elegidos por el cuerpo electoral.

En lo que se refiere a las entidades locales, la decisión de ordenar la materia en el seno de la regulación específica en materia de régimen local, como cabe deducir de la intención del normador, tampoco debe merecer reproche.

Hoy, como es sabido, aparte de la regulación que, en lo que se refiere a las inelegibilidades e incompatibilidades, incorpora la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (artículos 177 y 178), es de ver que junto a ella el artículo 75 y la nueva disposición adicional 15ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL), cuya redacción definitiva obedece a la reforma introducida por la disposición adicional 9ª de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, establecen una ordenación muy detallada sobre el régimen de los miembros de las corporaciones locales y del personal que ocupe puestos directivos o de especial responsabilidad, a los que singularmente también son de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la LCI.

El art. 75 LBRL es «de indiscutible carácter básico, por cuanto atañe al régimen de incompatibilidades de los miembros de las Corporaciones locales» (STC 331/1993, FJ 4º B)».

Por tanto, el proyecto parece optar tácitamente por diferir la cuestión al momento en que la CAPV ejerza la competencia del art. 10. 4 EAPV en materia de régimen local —sin perjuicio del reparto que sobre la misma se deriva del artículo 37 EAPV y LTH—. Siendo esto así, la omisión de ese ámbito de regulación en el anteproyecto encuentra una justificación razonable.

DCJA 118/2007 pár. 40-55

4. LEGISLACIÓN ELECTORAL INTERIOR QUE AFECTE AL PARLAMENTO VASCO, JUNTAS GENERALES Y DIPUTACIONES FORALES (ART. 10.3 DEL EAPV)

La competencia reconocida por el artículo 10.3 EAPV en materia de legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales se encuentra condicionada por el mandato establecido en el artículo 26.5 EAPV

de que sea una ley electoral del Parlamento Vasco la que regule «la elección de sus miembros y fijará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad que afecten a los puestos o cargos que se desempeñen dentro de su ámbito territorial».

Esa reserva a un determinado tipo de ley, la Ley electoral, implica que sea ese concreto producto normativo el que regule tales cuestiones. Entiende esta Comisión que la doctrina de la STC 72/1984 es trasladable a la interpretación que debe darse del artículo 26.5 EAPV: «para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial».

DCJA 118/2007, pár. 148-149

5. ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS (ART. 10.4 EAPV)

Dado que la norma proyectada incide en la **carrera profesional** del personal desde la misma perspectiva y con unos mismos objetivos generales y principios que las que fueron objeto de nuestros DDCJA 82/2005 y 25/2007, son de aplicación las mismas apreciaciones que sobre el amparo competencial allí hicimos, por remisión, a su vez a nuestro Dictamen 43/2005, relativo al proyecto de Puestos Funcionales del Ente Público de Derecho Privado Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, aprobado por Decreto 186/2005, en tanto que la ordenación se ubica en el mismo sector del ordenamiento y existe una evidente afinidad en la materia que se regula en todas esas disposiciones, si bien desde una perspectiva distinta en el caso del último citado.

Como allí dijimos, la competencia en cuya virtud se actúa es la prevista en el artículo 10.4 EAPV, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia del Estatuto de los Funcionarios del País Vasco, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18º CE, precepto éste último que reserva al Estado, en lo que aquí interesa, el establecimiento de las bases del régimen estatutario de los funcionarios de la Administraciones Públicas.

Junto a ella también es relevante, y debe ser acogida como fundamento de la iniciativa, ya que como veremos el legislador estatal ha incardinado preferentemente la regulación en este título, la competencia en materia sanitaria. Así, a tenor del artículo 18.1 EAPV, corresponde al País Vasco el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior, competencia que se encuentra limitada por la del Estado, que según el artículo 149.1.16º CE tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad.

En ambos títulos la distribución atiende a los mismos criterios. En el régimen estatutario de los funcionarios públicos corresponde al Estado, ex artículo 149.1.18º CE, «fijar el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad funda-

mental 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» (STC 1/2003, FJ 8).

Mientras, en materia de sanidad, la STC 98/2004 señala que por bases «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 autonómicas, 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». Y añade que «ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según , F. 2; 42/1983, de 20 de mayo, F. 3; , F. 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2)».

Por tanto, respetando dicho marco básico, a la Comunidad Autónoma del País Vasco le corresponde su desarrollo legislativo y ejecución, tanto en su vertiente estatutaria funcionarial como respecto a su potestad para ordenar su propio sistema sanitario.

En general, los límites señalados por el Estado se encuentran en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LCCSNS), la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (en adelante LOPS) y la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud (en adelante, LEMPE). Como ya hemos dicho hay que tener en cuenta que el Estado ha operado desde dos ámbitos materiales: mientras que la LEMPE invoca el artículo 149.1.18ª CE, la LCCSNS y la LOPS invocan el artículo 149.1.16ª CE. Aunque también mencionan el artículo 149.1.1ª CE, que puede tener alguna funcionalidad respecto a otros contenidos de esas leyes, en lo que aquí nos ocupa es claro que el desarrollo profesional nada tiene que ver con la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales.

La LCCSNS (artículos 40 a 42) establece una relación directa entre el desarrollo profesional, la carrera profesional y la evaluación de competencias, si bien refiriendo su ámbito al de los profesionales en sentido estricto.

La LOPS dedica su Título III al desarrollo profesional y su reconocimiento. Este consiste en el reconocimiento público, expreso y de forma individualizada, del desarrollo alcanzado por un profesional sanitario en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, docentes y de investigación, así como en cuanto al cumplimiento de los objetivos asistenciales e investigadores de la organización en la que prestan sus servicios. Por su propio ámbito subjetivo (artículo 37, en relación con los artículos 6 y 7, LOPS), limitado a las personas licenciadas o diplomadas sanitarias, la regulación allí contenida no es de directa aplicación al personal al que se refiere el proyecto dictaminado, objeto del artículo 3 LOPS. Por esa razón, y porque lo reitera en su disposición transitoria segunda, no afecta al proyecto el plazo que esa disposición establece.

A su vez, la LEMPE prevé en su artículo 40 que las Comunidades Autónomas establecerán para el personal estatutario de sus servicios de salud los mecanismos de carrera profesional, cuya definición coincide con la de la LCCSNS. En lo que se refiere al sistema de desarrollo profesional éste se adecuará a los principios generales de la LOPS. Por último, la Comisión de Recursos Humanos fijará los principios y criterios generales de homologación de los sistemas de carrera profesional de los diferentes servicios de salud, a fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados, sus efectos profesionales y la libre circulación de los profesionales.

Cabe añadir que la LEMPE crea una retribución complementaria, el complemento de carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría (artículo 43.2 d).

Como bien se ve, el legislador estatal, de forma respetuosa con las competencias autonómicas, se ha limitado a establecer los principios generales que deben inspirar la regulación, principios de los que debe partir la Comunidad Autónoma al regular la cuestión objeto del Decreto proyectado. **En el ámbito subjetivo a que se refiere el proyecto, a diferencia del de los antes citados Decretos 395/2005 y 35/2007, tal regulación principial no conlleva una imposición estricta de implantación del completo sistema de desarrollo profesional, disponiendo la Comunidad Autónoma de mayor amplitud en las opciones, destacadamente en lo que respecta al aspecto retributivo.**

Por su parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), en el Capítulo II del Título III, regula el derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, y la evaluación del desempeño. En particular, su artículo 17 regula la carrera horizontal del personal, relacionada, entre otros factores, con la trayectoria y actuación profesionales, incluyendo, como facultativa para la ley autonómica, la retribución.

Sin embargo, la aplicabilidad de tal capítulo al caso se encuentra muy limitada por dos motivos: uno temporal y otro relativo al ámbito subjetivo. Efectivamente, la vigencia del referido capítulo está pospuesta hasta la de la Ley autonómica que desa-

rrolle el Estatuto Básico (disposición final cuarta.2) y, por otra parte, no resulta plenamente aplicable al personal estatutario de los servicios de salud (artículo 2.3).

DCJA 176/2006 pár. 9-22

6. 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)

En cuanto al contenido del proyecto atinente al establecimiento del cauce **procedimental para formular las quejas**, ha de señalarse la competencia autonómica que, **con base en el artículo 10.6 EAPV**, comprende, en palabras del Tribunal Constitucional: «sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia[...], coexisten numerosas **reglas especiales de procedimientos aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *rationae materiae***. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración» (por todas, STC 101/2006, de 30 de marzo, que recoge la doctrina del Alto Tribunal).

DCJA 139/2007 pár. 45

En lo que se refiere al procedimiento de verificación, el Tribunal Constitucional ha venido señalando con reiteración que las normas procedimentales ratione materiae deben ser dictadas por las Comunidades Autónomas competentes en el correspondiente sector material, respetando las reglas del procedimiento administrativo común.

En ese sentido se expresa la STC 175/2003, de 30 de septiembre, FJ 10, con cita de las anteriores SSTC 330/1994, de 15 de noviembre, 227/1988, de 29 de noviembre, 141/1993, de 22 de abril, 79/1992, de 28 de mayo, 186/1999, de 14 de octubre, 190/2000, de 13 de julio y 98/2001, de 5 de abril:

> En relación con el procedimiento administrativo hemos distinguido entre «procedimiento administrativo común» y **procedimientos «ratione materiae»**, de modo que el primero está integrado por los «principios o normas, que, por un lado, definen la estructura general del «iter» procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento», considerando todos estos aspectos propios de la competencia estatal regulada en el art. 149.1.18 CE.

> A continuación hemos matizado que «sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia […] coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa «ratione materiae». **La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales.** Antes bien, hay que entender **que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración** […] De lo contrario, es decir, si las competencias del régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones Autonómicas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, **cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla**, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

Así pues, puede concluirse que la Comunidad Autónoma puede establecer reglas procedimentales para ejercer su competencia en materia de fundaciones, con respeto, eso sí, de los principios o normas que definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, así como aquellas que encierran las garantías de los particulares en el seno del procedimiento.

DCJA 33/2007 pár. 139 a 141

Véase DCJA 37/2007 pár. 138 a 142

Siendo el descrito el contenido del proyecto, la competencia de la CAPV para su dictado resulta indubitada, al encontrar pleno acomodo en la atribución competencial que realiza el artículo 10. 6 EAPV, con carácter exclusivo, en los siguientes términos: «normas procesales y de procedimientos administrativos y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco».

En efecto, en cuanto la **norma proyectada persigue establecer el marco jurídico general para el desarrollo por medios electrónicos, telemáticos e informáticos de los procedimientos administrativos que en ejercicio de sus competencias tramitan la Administración General, sus organismos autónomos y entes públicos de derecho privado, cuando ejerzan potestades públicas**, es el artículo 10.6 EAPV el que proporciona el soporte competencial principal a la iniciativa reglamentaria.

Cuestión distinta es que al normar sobre dicha materia haya de atender a los ámbitos de competencia estatal delimitados en los apartados 18ª y 21ª del artículo 149 CE.

Así, en primer lugar, de la atribución del artículo 149.1 18ª CE, a lo que aquí interesa, resulta que el Estado tiene competencia en materia de «procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas»; atribución que, de acuerdo con una doctrina constitucional consolidada (entre otras, SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 98/2001, de 5 de abril; 16/2003, de 30 de enero), significa, en síntesis, que le corresponde establecer los principios o normas que definen la estructura general del *iter* procedimental para la realización de la actividad jurídica de la Administración y prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos; competencia estatal que convive con la que en forma adjetiva a las competencias sustantivas que para regular los diferentes sectores materiales, actividades o servicios tiene la CAPV para establecer los cauces procedimentales para el ejercicio de tales competencias sustantivas.

En palabras del Tribunal Constitucional; «sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las leyes generales sobre la materia[…], coexisten numerosas reglas especiales de procedimientos aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa rationae materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración» (por todas, STC 101/2006, de 30 de marzo).

De ahí que deba, asimismo, tomarse en cuenta la relación que guarda la iniciativa reglamentaria con el entero elenco competencial de la CAPV, ya que la opción normativa que articula supone a la postre la fijación de unas reglas comunes para todos aquellos procedimientos administrativos que, en virtud del criterio rationae *materiae, regule* y desarrolle la Administración de la CAPV, sus organismos autónomos y sus entes públicos de derecho privado cuando vayan a ser gestionados y tramitados a través de medios electrónicos, telemáticos e informáticos.

Así, en la perspectiva competencial que ahora nos ocupa, el proyecto resulta una suerte de «norma de procedimiento común de la CAPV para aquellos procedimientos administrativos especiales que vayan a ser tramitados y gestionados por medios electrónicos, telemáticos e informáticos».

[…]

En consonancia con el precedente deslinde competencial realizado, dos son las normas que, a juicio de la Comisión, deben ser reseñadas al identificar el marco normativo más importante en el examen de la iniciativa normativa.

La Ley 11/2007, de 22 junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAESP)

Este acercamiento se contrae al de aquellas partes de la LAESP que van a tener una especial incidencia en el contenido propuesto para el proyecto.

En primer término, debe así señalarse que la LAESP, se dicta con base en el artículo 149.1. 18 CE en concreto atendiendo a la atribución de competencia al Estado en los ámbitos «Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», por un lado y «procedimiento administrativo común», por otro.

En esta perspectiva, la nueva Ley es una suerte de «Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común cuando aquéllas se relacionan entre sí o con las personas por medios electrónicos»; su regulación viene así a añadirse o, si se quiere, a completar la de la LRJPAC, a fin de preservar las garantías que ésta consagra para los particulares sin que el empleo de medios informáticos, electrónicos o telemáticos altere dicho nivel de garantía. Debiendo reseñarse que la disposición derogatoria única de la LAESP expresamente deroga el apartado 9 del artículo 38, apartados números 2, 3 y 4 del artículo 45, apartado número 3 del artículo 59 y la disposición adicional decimoctava de la LRJPAC.

Por tanto, sin necesidad de adentrarnos ahora en la siempre compleja disección del sentido y alcance de los ámbitos competenciales esgrimidos por el Estado para el dictado de la LAESP, así como de la concreta calificación como básicos de los preceptos que enumera su disposición final primera, resulta indubitado que el contenido de dicha norma ha de ser tenido en cuenta por el normador reglamentario (estatal y autonómico) cuando —como propone el proyecto sometido a dictamen de la Comisión— se persigue la regulación de la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos y, en consecuencia, se erige en uno de los parámetros claves en orden al examen de su adecuación a la ley y al Derecho que corresponde el objeto del dictamen de la Comisión (artículo 4, Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi —en adelante, LCJAE—).

La LAESP adopta como premisa la obligación que, con directo fundamento en el principio de eficacia que proclama el artículo 103 CE, pesa sobre la Administración de transformarse en una Administración electrónica; pero, a diferencia de lo que sucedía hasta el momento con los contenidos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC, dicha transformación no queda en manos de las administraciones públicas que podrán ir adaptando sus estructuras y procedimientos a tal fin, sino que la LAESP «[…] consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen en el eje central del proyecto de Ley (sic)».

El reconocimiento de dicho derecho al que se destina el Título I (derechos de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electróni-

cos) conlleva el establecimiento de un nuevo marco jurídico que defina y concrete su alcance, ya que el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos por los ciudadanos en sus relaciones con las administraciones públicas no puede suponer, en ningún caso, merma de los derechos que éstos tienen en ese ámbito.

En efecto, para conseguir ese objetivo, resulta necesario adoptar decisiones normativas adecuadas pues, siguiendo de nuevo la Exposición de Motivos de la LAESP, «[…] la progresiva utilización de comunicaciones electrónicas, derivada del reconocimiento del derecho a comunicarse electrónicamente con la Administración, suscita la cuestión no ya de la adaptación de ésta —recursos humanos y materiales— a una nueva forma de relacionarse con los ciudadanos, sino también la cuestión de la manera de adaptar sus formas de actuación y tramitación de los expedientes y, en general adaptar los procedimientos a la nueva realidad que imponen las nuevas tecnologías».

Así, la LAESP establece en su Título II el «Régimen jurídico de la Administración electrónica», estableciendo las determinaciones técnicas para permitir la identificación y autenticación tanto de las actuaciones de los particulares como de los órganos y personal de las administraciones públicas en condiciones que permitan el cumplimiento de las garantías y exigencias jurídicas que derivan de la configuración normativa de la concreta actuación de que se trate.

Ello, en síntesis, se traduce a lo que ahora interesa, en la definición de nuevos conceptos (vgr. sede electrónica, artículo 10), en la adaptación de conceptos tradicionales en el ámbito de la actuación de las administraciones públicas (vgr: registro electrónico, artículo 25); reglas para el cómputo de los plazos (artículo 26), régimen de las comunicaciones y de las notificaciones (artículos 27 y 28); concepto de documento administrativo electrónico (artículo 29), copia electrónica (artículo 30) y expediente electrónico (artículo 32), o, ya en fin, en determinadas precisiones relativas a los derechos que los ciudadanos tienen en relación a los procedimientos administrativos (iniciación por medios electrónicos —artículo 35—, acceso de los interesados a la información sobre el estado de tramitación).

De su contenido interesa ahora reseñar dos cuestiones relevantes para nuestro examen.

En primer lugar que, conforme al objetivo que mueve su dictado, el artículo 6, en su apartado 1, reconoce a los ciudadanos el derecho de utilizar medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 LRJPAC y, en su apartado 2, enumera una serie de derechos que resultan concreción necesaria de aquéllos cuando su ejercicio se realiza a través de medios electrónicos.

A continuación, la LAESP establece una serie de determinaciones técnicas dirigidas a preservar el ejercicio de los derechos reconocidos conforme a los principios generales del artículo 4 (protección de los datos personales; igualdad, accesibilidad, le-

galidad, cooperación entre las administraciones públicas, seguridad, proporcionalidad, responsabilidad, neutralidad tecnológica y adaptabilidad, simplificación administrativa, transparencia y publicidad).

Resta señalar que la citada Ley 11/2007, de 22 de junio, contempla expresamente en su disposición final tercera la posibilidad de que cada Administración, incluida en su ámbito de aplicación, decida en qué procedimientos y actuaciones van a poder ser ejercidos los derechos reconocidos en su artículo 6; determinación que —como luego señalaremos— debe ser tenida en cuenta en el examen de la iniciativa.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica (en adelante, LFE)

Las exigencias jurídicas que rigen la actividad de las administraciones públicas, sujeta por entero a la Ley y al Derecho, conllevan la necesidad de dotar al empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en las relaciones interadministrativas así como en las que traban con las personas físicas y jurídicas de condiciones de seguridad técnica que permitan la correcta identificación y autenticación de quienes intervienen en cada actuación, del contenido de éstas y de las demás condiciones que, en razón del régimen jurídico aplicable en cada caso, resulten exigibles.

A tal fin, el proyecto utiliza el bagaje técnico y jurídico que condensa la LFE, norma legal que incorpora al ordenamiento interno la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999.

La LFE regula la firma electrónica (noción, clases, características y uso) así como su eficacia jurídica; junto a ello se ocupa de la prestación de los servicios de certificación (en qué consisten, quien los puede generar y condiciones de ejercicio de dicha actividad, obligaciones y responsabilidad).

A los efectos del análisis del proyecto, dado que LFE va a ser utilizada como parámetro de contraste y, en todo caso, como norma que otorga fundamento y explicación a importantes partes del contenido del proyecto, conviene dejar apuntados los siguientes extremos de dicha regulación:

a) La firma electrónica reconocida es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (artículo 3.3 LFE). Esta firma tiene respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (artículo 3.4 LFE).

b) El uso de la firma electrónica en el seno de las administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que aquéllas y éstos entre sí o con los particulares, se rige por la LFE; si bien las administraciones públicas, para salvaguardar las garantías de cada procedimiento, pueden establecer condiciones adicionales de utilización. Estas condiciones serán objetivas, transparentes y no discriminatorias y no deberán obstaculizar la prestación de servicios (artículo 4 LFE).

c) La prestación de servicios de certificación no está sometida a autorización previa y se realiza en régimen de libre competencia. La prestación de dichos servicios por las administraciones públicas, sus organismos públicos o las entidades dependientes o vinculadas a las mismas se realizará con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (artículo 5 LFE).

d) La emisión de certificados electrónicos a favor de las administraciones públicas se sujetará a su normativa específica, no siéndoles de aplicación el régimen de certificados electrónicos de personas jurídicas que establece la LFE (artículo 7 LFE).

e) El certificado electrónico reconocido es aquel que expide un prestador de servicios de certificación que, además de cumplir las obligaciones establecidas para los prestadores de servicios de certificación, cumpla las específicas que fija el artículo 20 LFE.

DCJA 113/2007 pár. 85-91 y 94-112

7. AGRICULTURA Y GANADERÍA (ART. 10.9 EAPV)

Como recapitulábamos en el DCJA 79/2004, la **competencia autonómica** (artículo 10.9 EAPV) **en materia de agricultura y ganadería** es suficiente para el dictado de una norma, como la que viene a modificar, muy limitadamente, la ahora proyectada. **No es obstáculo para ello que se trate de aplicar o desarrollar disposiciones europeas ni que el Estado, a su vez, pueda dictar disposiciones básicas, con amparo en el artículo 149.1.13 CE, para ordenación del sector o por razones de coordinación.**

Igualmente, allí recordábamos que, aparte de la incidencia buscada en el mercado agrícola y la coherente financiación a cargo parcialmente del FEOGA-Garantía, al referirse, aunque desde el punto de vista del fomento, a aspectos de la producción y sanidad (lucha contra la varroasis) animal, se ve afectada la submateria que figura atribuida, en grado de desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes, a los Territorios Históricos con arreglo al artículo 7.b) 2 de la Ley 27/1987, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos (LTH).

Siendo dicha competencia, funcionalmente, de desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las Instituciones Comunes, según tenemos dicho reiteradamente (desde DCJA 21/1999, párrafo 41), la **normación autonómica debe constituir un marco en el que los Territorios Históricos puedan plasmar su propia orientación.**

DCJA 169/2007 pár. 7-9

8. ASISTENCIA SOCIAL (ART. 10.12 EAPV)

Los Territorios Históricos, de acuerdo con 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** (en adelante, LTH) tienen conforme al artículo 7 c) .1 **competencia para la ejecución dentro de su territorio de la legislación de las Instituciones Comunes en materia de «Asistencia social, sin perjuicio de la acción directa en estas materias por parte de las Instituciones Comunes del País Vasco».**

La LSS en su artículo 9.3 integra dicha distribución competencial y señala que «Corresponde a las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos, Ayuntamientos y demás entes locales la ejecución de las normas de servicios sociales, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley y normativa que la desarrolle».

Por su parte, el artículo 57.1 LIMH dispone que «las administraciones forales y locales, en el ámbito de sus competencias, garantizarán la existencia de recursos de acogida suficientes para atender las necesidades de protección y alojamiento temporal de las víctimas del maltrato doméstico».

Esta previsión, sin embargo, no puede entenderse que impida la existencia de un recurso que sea prestado por la Administración de Comunidad Autónoma, siguiendo el esquema de distribución competencial que diseñan tanto el Título III de la LSS como el Capítulo I del Título I de la LIMH, siempre que pueda incardinarse en el concepto de acción directa, que en ambas Leyes se define sustancialmente de la misma forma, como la competencia de ejecución respecto a aquellas funciones, programas o servicios que por su interés general o por sus específicas condiciones económicas y sociales tengan que ser prestados con carácter unitario en todo el territorio del País vasco (artículo 9.2 LSS y artículo 4.2 LIMH).

Debiéndose cumplir también la segunda condición impuesta por el legislador para hacer viable esa subsunción, que la concurrencia de tales requisitos sea formalmente declarada por Decreto del Gobierno, previo informe favorable del Consejo de Bienestar Social.

Decimos esto, porque de un lado, el proyecto de norma contempla que el Gobierno Vasco pondrá en funcionamiento, con carácter experimental y en ejercicio de las competencias de acción directa, un centro de recuperación e integración social de alta intensidad destinado a mujeres y familiares a su cargo con necesidades especiales asociadas a problemática social múltiple, que determinen la conveniencia de un alto nivel de protección y especialización, y de otro lado, porque estimamos que tal asunción es respetuosa con el reparto establecido por ambas leyes al invocarse expresamente que tal actuación se integra en el concepto de acción directa y haber merecido la opinión favorable del Consejo Vasco de Bienestar Social, en el que están representadas las Diputaciones Forales y los Ayuntamientos, habiéndose gestado el texto del proyecto además en el seno de una Comisión interinstitucional en la que también han participado de forma activa.

Aunque el Consejo Vasco de Bienestar Social se limite a dar su aprobación al proyecto de forma genérica, sin que exprese, como hubiera sido necesario, las razones por las que considera que se cumplen las condiciones que permiten la calificación del servicio como acción directa, en su calidad de garante del reparto competencial en el que ha sido colocado por el legislador por su condición de órgano consultivo en el que participan todas las instituciones implicadas y por su carácter especializado en la materia de servicios sociales, en este caso el propio expediente ofrece tales razones de una forma suficiente por lo que no le daremos una importancia determinante a tal omisión.

Del expediente cabe deducir que se trata de una prestación que reúne unas características singulares y concurre en el centro la nota de excepcionalidad que subyace en la acción directa.

De un lado, es de ver que la Ley no impone preceptivamente su creación y todavía no está asegurada su continuidad y pervivencia en el futuro. De otro lado, es un centro muy especializado, pues se restringe a un colectivo de mujeres con necesidades especiales asociadas a problemática social múltiple (toxicomanías, enfermedades mentales, etc…), por lo que ha de reunir unos requisitos materiales y funcionales que permitan ofrecer a sus usuarias una prestación integral.

En la actualidad, no parece que sea viable a nivel de la Comunidad Autónoma más que un único centro, por el número de mujeres y el coste económico que requiere su atención.

DCJA 84/2007 pár. 25-34

Por otra parte, no hay que olvidar que conforme a la LSS el sistema de servicios sociales es responsabilidad de los poderes públicos, quienes han de proveer los recursos financieros, técnicos y humanos que permitan la promoción y eficaz funcionamiento de los servicios sociales (artículo 3.1), rigiéndose por el principio de cooperación entre si y de coordinación de la iniciativa privada concertada, con el fin de atender las necesidades sociales en función de la demanda (artículo 3.7).

En este caso, la necesidad de una cooperación se impone de forma muy acusada cuando el artículo 57.4 de la LIMH incluye entre sus garantías más relevantes «la movilidad geográfica, de modo que las mujeres que deban o prefieran abandonar su municipio por motivos de seguridad puedan acceder a los pisos de acogida existentes en otros municipios».

El proyecto consciente de todo ello contempla la colaboración entre las instituciones implicadas y, tomando en cuenta que existe un órgano en el que están representadas —la Comisión de Seguimiento del Grupo Técnico Interinstitucional del Acuerdo Interinstitucional para la Mejora en la atención a mujeres Víctimas de Maltrato Doméstico y Agresiones Sexuales—, le atribuye la elaboración y aprobación de protocolos de actuación que deban seguirse en los supuestos en los que sea necesaria la intervención de varias administraciones.

Pero, además, se preocupa de establecer una serie de criterios con respecto a la financiación de los gastos derivados de la acogida, sin dejar que sean las administraciones afectadas las que los acuerden en el seno de esa Comisión o a través de diferentes convenios de colaboración.

Tales criterios, y así lo pone de manifiesto la Oficina de Control Económico, suponen previsiones de asunción de cargas directamente por parte de dichas entidades, siendo algunos innecesarios (pues no es precisa tal especificación al no estar afectadas las competencias de otras administraciones) y otros suponen una intromisión indebida en la autonomía de las administraciones competentes (pues a ellas corresponde especificar las formas de financiación de las actuaciones que acuerden desarrollar en común siguiendo el correspondiente protocolo).

[…]

Al margen de los problemas aplicativos que suscitan tales criterios, tal y como hemos visto, lo verdaderamente relevante es que **el Gobierno puede establecer un marco de cooperación para las administraciones afectadas para mejorar así la prestación**, quienes habrán de instrumentar tales previsiones de carácter general y llevarlas a la práctica; **ahora bien, el complejo entramado en la distribución de las competencias no constituye título suficiente para que pueda incidir en la capacidad real de decisión de aquellas sobre sus recursos.**

O dicho de otra forma, las administraciones competentes en ejercicio legítimo de sus competencias ejecutivas podrán acordar los términos de su colaboración financiera en la forma que lo estimen conveniente a «través de convenios de colaboración, contratos programas o cualquiera de las fórmulas reguladas en la legislación vigente» (artículo 32.2 de la LSS), pues así lo exige el inexcusable respeto a su ámbito de autonomía política y de gasto.

DCJA 84/2007 pár. 96-100 y 109-110

Respecto a las competencias de los órganos forales de los territorios históricos, el artículo 7.c) 1 y 2 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, les atribuye la ejecución de las normas autonómicas en materia de asistencia social y política infantil.

La norma analizada respeta ese reparto competencial, salvo en el artículo 12.2 al **establecer la posibilidad de que las diputaciones forales completen o concreten los criterios de valoración, ya que esta atribución carece de encaje en la competencia que tienen atribuidas en el artículo 8.3 de la LTH —potestad reglamentaria para organizar sus servicios—, por lo que no pueden establecer un desarrollo sustantivo.**

DCJA 101/2007 pár. 23-24

En efecto, tal y como se desprende del contenido del artículo 82.2 y 3 de la citada Ley, así como de su artículo 85 para la a**dopción internacional, estamos ante una materia en la que confluyen diversos sistemas normativos**. De este modo, además del autonómico, se ha de tener en cuenta el estatal en lo concerniente a la adopción al amparo de la **competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil**; y **para la adopción internacional**, asimismo, **los convenios y tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente de conformidad con el artículo 96.1 CE; así como la normativa del país de origen del menor**.

DCJA 101/2007 pár. 27

9. FUNDACIONES (ART. 10.13 EAPV)

La Comisión no ha tenido ocasión hasta la fecha de examinar el reparto competencial en materia de fundaciones, por lo que aún cuando es indudable que la norma proyectada cuenta con el amparo que le otorga la LFV, abordaremos siquiera en sus líneas generales cuál es el ámbito de la competencia autonómica.

El título competencial que sustenta el proyecto sometido a consulta es el artículo **10.13 del EAPV, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma del País Vasco, 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.

[…]

En el terreno de la distribución competencial propiamente dicha, **a pesar de la exclusividad** con la que se caracteriza la competencia autonómica en el artículo 10.13 EAPV, **la misma no elimina que el Estado pueda dictar normas relacionadas con las fundaciones.**

En palabras de la reiteradamente mencionada STC 341/2005, un análisis armónico del bloque de constitucionalidad, conlleva que sea «el legislador autonómico el habilitado para ejercer la amplia libertad de configuración que el texto constitucional le confiere cuando se trate de fundaciones que realicen su actividad principalmente en el territorio de la Comunidad Autónoma, mientras que lo será el estatal en los supuestos no cubiertos por las aludidas previsiones estatutarias. En todo caso, al establecer el régimen jurídico de esos entes fundacionales es evidente que la regulación autonómica habrá de respetar las competencias del Estado en las materias de legislación civil y procesal (art. 149.1.8 y 6 CE, respectivamente), sin olvidar que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado la competencia exclusiva para establecer 'las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos […] constitucionales', competencia que habilita al Estado para dictar normas que permitan disfrutar en condiciones de igualdad del derecho de fundación».

También hay que decir que la competencia sobre legislación civil del Estado lo es sin perjuicio «de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan» (artículo 149.1.8 CE), en particular del Derecho Civil Foral y especial, escrito y consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco (artículo 10.5 EAPV), lo que puede llegar a alterar nuevamente el reparto en favor de la Comunidad Autónoma, ya que desde esta materia cuando menos cabe incidir en las formas de constitución de las fundaciones —por actos inter vivos y mortis causa—, lo que ha tenido proyección sobre determinadas previsiones de la LFV —como así lo explícita su exposición de motivos—.

En el ámbito intrautonómico la competencia es de las Instituciones Comunes, artículo 6.1 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales, si bien una parte muy importante de la regulación que afecta a las fundaciones es la relativa a los aspectos fiscales, cuyo tratamiento corresponde a los Territorios Históricos (artículo 41 EAPV), materia que se encuentra claramente desglosada en el ordenamiento autonómico sin que el proyecto se inmiscuya en la misma. Baste decir que se encuentran aprobadas la Norma Foral del Territorio Histórico de Bizkaia 1/2004, de 24 de febrero, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, la Norma Foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa 3/2004, de 7 de abril, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo y la Norma Foral del Territorio Histórico de Álava 16/2004 de 12 de julio, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo.

Volviendo al reparto Estado/Comunidad Autónoma, en la actualidad se encuentra vigente la Ley estatal 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (en adelante LFE), que incluye preceptos que a tenor de su disposición final 1ª son de aplicación a todas las fundaciones, estatales y autonómicas, en virtud de los títulos competenciales estatales que hemos consignado —con la salvedad ya mencionada con respecto a los preceptos que constituyen legislación civil, que son de aplicación general sin perjuicio de la aplicabilidad preferente del Derecho Civil Foral o especial donde exista—, y preceptos que únicamente son aplicables a las fundaciones de competencia estatal.

Por su parte, las previsiones de la LFV, pese a ser dicha Ley anterior en el tiempo a la LFE, en los aspectos que son objeto de desarrollo por parte del Decreto proyectado, que son los que ahora nos importan, no contradicen ni imposibilitan la aplicación de las previsiones de la LFE, aunque como luego veremos con respecto algún punto concreto —sustitución de los miembros del órgano de gobierno— la Ley estatal condiciona el desarrollo de la LFV en un determinado sentido.

DCJA 33/2007 pár. 19-20 y 27-32

10. INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA (ART. 10.16 EAPV)

Debe también agregarse, en cuanto al presente proyecto, el ejercicio, aunque indirecto, de la competencia de investigación científica y técnica, en coordinación con el Estado, que se encuentra contemplada en el artículo 10.16 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, EAPV.

En la doctrina del Tribunal Constitucional se recuerda la competencia en materia de investigación —que cabe inferir **concurre indistintamente entre Estado y Comunidades Autónomas— permitiendo** (STC 90/1992) **no solo fomentar sino también crear órganos, incidiendo en cualquier sector, al margen de la titularidad de la competencia,** siendo títulos equiparables entre Estado y comunidades autónomas, lo que podrá justificar facultades de coordinación del Estado incluso preventivas, habilitando concretamente para crear órganos de naturaleza asesora con presencia de representación autonómica.

La STC 175/2003, FJ 6, señala, recordando en concreto otras anteriores: «Sobre el alcance de este título competencial ya nos hemos pronunciado en las SSTC 53/1988 (RTC 1988, 53), 90/1992 (RTC 1992, 90) y 186/1999 (RTC 1999, 186), señalando que es susceptible de incidir como determinado en razón de un fin […] respecto de cualquier género de materias sobre las que las Comunidades Autónomas han adquirido competencia (STC 53/1988, de 24 de marzo [RTC 1988, 53], F. 1), de modo que la competencia estatal no se limita al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas […] excluyendo como contrapuestas aquellas otras acciones directas de intervención en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras, sino que la señalada expresión engloba todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben incluirse también las de carácter organizativo y servicial (STC 90/1992 [RTC 1992, 90], F. 2) (STC 186/1999 [RTC 1999, 186], F. 8); y (190/2000, de 13 de julio [RTC 2000, 190], F. 8)».

DCJA 137/2007 pár. 37-39

11. CÁMARAS AGRARIAS (ART. 10.21 EAPV)

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia para afrontar la regulación que contiene el anteproyecto, pues la misma supone ejercicio de las competencias de las que es titular en virtud de los apartados 21 y 2 del artículo 10 del Estatuto de Autonomía.

Considera la Comisión que, en relación con las Cámaras Agrarias, es importante recordar que su configuración legal actual y la situación en que se encuentran en la práctica se explica analizando antecedentes relevantes en su evolución desde su creación en el año 1890, tal y como hace la STC 132/1989 y recoge el Consejo de

Estado en su Dictamen 2838/2004, emitido con ocasión de la tramitación del anteproyecto que dio lugar a la Ley 18/2005.

La STC 132/1989 en su FJ 3. dice:

> Para llevar a cabo ese pronunciamiento, y para determinar la adecuación o no a los mandatos constitucionales citados de las normas que se impugnan, resulta conveniente tener en cuenta, siquiera sea brevemente, la naturaleza y evolución de las Cámaras Agrarias en nuestro país. Las Cámaras Agrarias se han configurado históricamente, y casi desde su inicio, como Entidades creadas por el poder público para la consecución de fines de interés general, asumiendo, en fase temprana de su historia, el carácter de «Corporaciones de Derecho Público» que mantendrán hasta la actualidad. Si bien en su origen se regularon como asociaciones de carácter voluntario, constituidas al amparo de la libertad de asociaciones que reconocía la Constitución de 1876, y la Ley de 30 de junio de 1887, con el objeto de «defender y fomentar los intereses de la agricultura, de la propiedad rústica, de los cultivos y de las industrias rurales, cualesquiera que sean los procedimientos o métodos que dentro de la Ley hayan adoptado o adopten para la realización de estos fines» (Real Decreto de 14 de noviembre de 1890), pronto pierden ese carácter voluntario. El Real Decreto de 2 de septiembre de 1919 manda constituir en cada capital de provincia una «Cámara Oficial Agrícola», dependiente del Ministerio de Fomento, con la condición de Cuerpo consultivo de la Administración (art. 2), disponiendo que «pertenecerán con carácter obligatorio a la Cámara Agrícola de la capital todos los contribuyentes por rústica o pecuaria que paguen más de 25 pesetas por cuota del Tesoro». La normativa posterior mantiene tal carácter obligatorio, con diversas alteraciones hasta el Decreto de 18 de abril de 1947, en el que se crearon las llamadas «Cámaras Oficiales Sindicales Agrícolas (COSA)», con el carácter de Corporaciones de Derecho Público, que se configuraban como los órganos que en el nivel provincial iban a constituir, integrados en la Organización Sindical, el «primer escalafón (sic) consultivo de la Administración Pública», y a encargarse de la ejecución de la política agraria. A partir de entonces, la representación de los intereses agrarios quedó en manos de la Hermandad Nacional de Labradores y Ganaderos en el plano nacional, de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias en el ámbito provincial, y de las Hermandades Sindicales locales en el ámbito local. El Decreto de 26 de diciembre de 1970 reguló la cuota obligatoria de todos los comprendidos en su ámbito de aplicación, para financiar las actividades y funciones de todos esos Organismos.
>
> Iniciada la transición al régimen democrático constitucional, el Real Decreto-Ley de 2 de junio de 1977 suprimió, con efectos desde el 1 de julio de ese año, la sindicación obligatoria y el pago obligatorio de la antigua «cuota sindical», si bien autorizó al Gobierno para crear, entre otros Organismos, «Entidades de Derecho público en los sectores agrario y pesquero que, con el carácter de órganos de consulta y colaboración, y sin menoscabo de la libertad sindical, realicen funciones de interés general en los sectores respectivos, con las competencias, estructura, personal, bienes y recursos que se establezcan». Fruto de esta autorización fue el Decreto 1336/1977, de 2 de junio, de Cámaras Agrarias. Se decía en su preámbulo que era conveniente crear, como órganos de consulta y colaboración con la Administración, Entidades de Derecho Público de carácter no sindical y ámbito territorial, sin perjuicio, en todo caso, del ejercicio de la libertad sindical y del derecho de organización libre de los trabajadores y empresarios del campo. En línea con esta presentación, su art. 1 definía a las Cámaras Agrarias como

Corporaciones de derecho público, creadas para la consulta y colaboración con la Administración en temas de interés general agrario, y relacionadas orgánicamente con el Ministerio de Agricultura, y decía que sus competencias no limitarían la libertad sindical ni los derechos de organización de empresarios y trabajadores del campo; sus funciones, aparte de esa genérica de consulta y colaboración, se centrarían en la prestación de servicios o la gestión de asuntos de interés general para las comunidades agrarias; y entre sus recursos se preveían «las cuotas específicas reglamentariamente aprobadas por el Pleno respectivo, para la prestación de servicios comunes». Las Cámaras Agrarias se subrogaron en la titularidad de los bienes y derechos de las anteriores Hermandades Sindicales y COSA, y venían a reproducir su estructura. Tenían, en efecto, una estructura nacional (la Confederación Nacional de Cámaras Agrarias, CONCA), heredera de la antigua Hermandad Sindical Nacional; una estructura provincial, heredera de las antiguas COSA (Cámaras Provinciales); y una estructura local o comarcal, heredera de las antiguas Hermandades Sindicales locales y comarcales (Cámaras locales o comarcales). El Decreto 1336/1977 no hablaba directamente de adscripción obligatoria, pero la establecía indirectamente, al considerar como electores y elegibles para los órganos de dirección a todos los titulares de explotaciones agrarias, y al contemplar la posibilidad de establecer cuotas de carácter obligatorio. El Decreto 320/1978, de 17 de febrero, convocó y reguló las elecciones a miembros de las Cámaras Agrarias.

También señala, en relación con la configuración actual de estas corporaciones, «Si el legislador (estatal o autonómico) estima conveniente la colaboración en funciones públicas de una representación de intereses sociales, a él le corresponde precisar los términos de esa colaboración, y la instrumentación de los métodos representativos a adoptar, con las innovaciones que estime convenientes, tanto en cuanto a la amplitud o extensión del sector social a integrar, como en cuanto a la intensidad y métodos de participación».

Junto con lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 22.1 CE consagra el principio de libertad de asociación, que es la regla general, admitiéndose como excepción, que requiere justificación, la intervención del poder público, tal y como se puso de manifiesto en el DCJA 113/2005, «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, vendrán determinados 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).

Como indica la propia exposición de motivos de la Ley 18/2005, la competencia estatal para promulgar la Ley 23/1986 derivaba del artículo 149.1.18ª de la Constitución y las bases dictadas a su amparo «operan únicamente como un límite para las Comunidades Autónomas, que gozan de competencia exclusiva sobre las Cámaras Agrarias, en virtud de la que la Constitución les reconoce sobre agricultura y ganadería».

Precisa a continuación que «En consecuencia, la ley de Derogación se dirige a eliminar la regulación estatal, pero no implica la supresión de las cámaras, cuestión que corresponde al marco de decisión de las Comunidades Autónomas, que serán las que adopten la decisión sobre su supresión o mantenimiento, su régimen jurídico y, en su caso, la disolución y liquidación […]».

También recuerda que la Ley que se deroga prohibía a las Cámaras asumir «”funciones de representación, reivindicación y negociación en defensa de intereses profesionales y socioeconómicos de los agricultores y ganaderos”, cuestiones que corresponden a las organizaciones profesionales constituidas»., lo que había supuesto una pérdida de funciones importante a las Cámaras Agrarias.

En esa situación se aprueba la Ley 18/2005, que es acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites para la creación legal de agrupaciones de tipo corporativo, que han de tenerse también en cuenta como criterios válidos a la hora de resolver si se mantienen o se extinguen. En ese sentido la STC 132/1989 dice: «Los fines, pues, a perseguir por las entidades corporativas, y la actuación de éstas han de ser compatibles con la libre creación y actuación de asociaciones que persigan objetivos políticos, sociales, económicos o de otro tipo, dentro del marco de los derechos de asociación y de libre sindicación, sin que puedan suponer, por tanto, obstáculos o dificultades a esa libre creación y funcionamiento».

Volviendo a lo dicho en el DCJA 113/2005:

> La STC 132/89, FJ 26, por relación a la STC 76/83, FJ 38, reconoció de forma expresa la afección del artículo 149.1.18 CE, sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas a todas las Corporaciones de Derecho Público y en concreto a las Cámaras Agrarias, pertenecientes al mismo sector normativo que regula el anteproyecto.
>
> Tal incardinación competencial ha sido luego reiterada en las SSTC 178/1994, de 16 de junio y 11/2002, de 17 de enero (ambas sobre Cámaras Oficiales de la Propiedad Urba-

na), 22/1999, de 25 de febrero (nuevamente sobre las Cámaras Agrarias, habiendo sido impugnada la Ley 6/1990, de 15 de junio, de Cámaras Agrarias, del Parlamento vasco) y 206/2001, de 22 de octubre (sobre Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación).

Puede afirmarse, por tanto, que el anteproyecto se mueve dentro de los márgenes de la competencia de la Comunidad Autónoma, sin inmiscuirse en ámbitos reservados a la competencia del Estado.

Es obvia la competencia de la Comunidad Autónoma 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 y, en este caso, en una materia asumida por la Comunidad Autónoma con el carácter de exclusiva, como es la de Cámaras Agrarias, puede adoptar la decisión que mejor se acomode a su organización.

Por ello y en definitiva, **desaparecida la limitación que derivaba de la regulación básica estatal, la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva plena para aprobar la supresión de las Cámaras Agrarias.**

En cuanto al orden competencial intraautonómico, Instituciones Comunes-Territorios Históricos, la competencia en materia de Cámaras Agrarias aparece específicamente atribuida a la Comunidad Autónoma en el artículo 10.21 del Estatuto de Autonomía y no fue objeto de distribución por la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y lo Órganos Forales de los Territorios Históricos, que no hace referencia alguna a las mismas, por lo que su regulación por Ley y la decisión de su extinción es competencia de las Instituciones Comunes.

DCJA 64/2007 pár. 25-40

12. COMERCIO INTERIOR (ART. 10.27 EAPV)

El título competencial que otorga adecuado soporte competencial a la iniciativa es el artículo 10.27 EAPV que atribuye a la CAE competencia exclusiva en materia de «comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y la legislación de defensa de la competencia».

La Comisión ha tenido ocasión de analizar los contornos de dicho título competencial en su DCJA 43/2000, al examinar el anteproyecto de la Ley 7/2000, de 10 de noviembre, que modificó por primera vez la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de Actividad Comercial.

La interpretación de dicho ámbito competencial permanece constante en la doctrina constitucional iniciada con las SSTC 225/1993, de 8 de julio; 227/1993, de 9 de

julio; 264/1993, de 22 de julio; 284/1993, de 30 de septiembre; continuada en las SSTC 157/2004, de 23 de septiembre; 254/2004 de 22 de diciembre; y 164/2006, de 24 de mayo.

De dicha doctrina cabe concluir que **la competencia autonómica en materia de comercio interior no sustrae a la regulación autonómica ningún sector del comercio interior aunque le imponga límites, materiales y formales, en su ejercicio.**

No obstante, como revela el procedimiento, en la reforma proyectada cabe distinguir tres ámbitos: grandes establecimientos comerciales, horarios comerciales y certámenes y ferias.

Los tres ámbitos —que remiten a tres subsectores de la materia «comercio interior»— comparten este sustrato competencial, pero, junto a ello, teniendo en cuenta la regulación que se propone debe completarse el soporte competencial en el siguiente sentido.

En relación al primero de los ámbitos (grandes establecimientos comerciales), además de la competencia en «comercio interior», la iniciativa encuentra amparo en la competencia exclusiva que en materia de urbanismo y ordenación del territorio atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco el artículo 10.31 EAPV.

Y en cuanto al contenido referido a los certámenes oficiales, el examen competencial ha de completarse con el título específico de «ferias y mercados interiores» que incluye el citado artículo 10.27 EAPV y el artículo 12.6 EAPV que otorga a la CAPV la ejecución en la materia «Ferias internacionales celebradas en el País Vasco» —título que fue objeto de examen por el Tribunal Constitucional, en su STC 13/1988—, ya que, como ha señalado dicho tribunal, sin perjuicio de su relación con el título sobre «comercio interior», el de «ferias y mercado interior» es un título competencial autónomo, tal y como figura asimismo en el art. 148.1.12ª CE referido a «ferias interiores».

La modificación del vigente régimen que para las ferias y certámenes comerciales establece el anteproyecto resulta acorde con dicho ámbito competencial, siendo **indubitada la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para regular los certámenes comerciales que se celebren en su territorio, con la salvedad de los internacionales, cuya calificación compete al Estado**, siendo su organización y desarrollo competencia de aquélla.

En orden al examen del orden de distribución interna de competencias dentro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, no aprecia la Comisión necesidad de acometerlo, ya que **de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.2 LTH las Instituciones Comunes son competentes para abordar la regulación proyectada, sin que en las materia comercio interior** —ni en los subsectores de ésta sobre los que incide la norma proyectada— **ostenten competencia las Instituciones Forales.**

DCJA 165/2007 pár. 58-67

El inicial contraste entre la previsión del anteproyecto y el marco normativo estatal que expresa las bases y la ordenación económica general con incidencia en las determinaciones autonómicas en el subsector de los horarios comerciales, permite concluir que **la CAE puede establecer una regla dirigida a regular el horario de los establecimientos comerciales con una superficie de venta igual o superior a 150 m2, pues es una decisión del legislador autonómico compatible con la regulación estatal ex artículo 149.1.13ª CE.**

DCJA 165/2007 pár. 86

13. VIVIENDA (EAPV ART. 10.31)

EL artículo 10.31 de nuestro Estatuto de Autonomía atribuye a esta Comunidad Autónoma del País Vasco la competencia exclusiva en materia de Ordenación del Territorio y del Litoral, Urbanismo y Vivienda.

En **materia de vivienda confluyen junto a la competencia autonómica títulos competenciales que dan cobertura a la intervención estatal en el sector mencionado**, artículo 149.1.11ª CE —bases de la ordenación del crédito— y artículo 149.1.13ª CE —bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—, habiéndose establecido por el Tribunal Constitucional (TC) a través de numerosas sentencias los criterios generales delimitadores sobre aspectos tales como el carácter exclusivo de una determinada competencia o el equilibrio de las relaciones interinstitucionales cuando concurren diversas competencias sobre una misma materia.

Sobre las bases de las consideraciones generales que preceden, la STC 152/1988, de 20 de julio, que resuelve el conflicto de competencias planteado entre el correspondiente título competencial específico de esta Comunidad Autónoma sobre el subsector de la vivienda (arts. 10.31 E.A.P.V. y 148.1.3. CE) y el título competencial genérico que determina la competencia estatal sobre la planificación y coordinación de la actividad económica y las bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11ª y 13ª CE), a efectos de determinar la titularidad de las competencias sobre financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, el Tribunal Constitucional declara:

> el carácter indiscutible de la titularidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco de la competencia en materia de vivienda, que faculta a ésta para desarrollar una política propia en la materia, incluido el fomento y promoción de la construcción de viviendas, que es, en buena medida, el tipo de actuaciones públicas mediante las que se concreta el desarrollo de aquella política, […] lo que no obsta para que tal competencia se halle limitada por la competencia estatal derivada del artículo 149.1.11ª y 13ª de la Constitución, en base a la cual tienen cobijo aquellas normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, aplicables al sector de la vivienda y en particular la actividad promocionable, siendo por otra parte evidente que dada la movilización de recursos financieros públicos y privados que tal actividad

conlleva, ésta no puede abstraerse de las competencias estatales sobre las bases de ordenación del crédito.

Y continúa señalando que «habida cuenta de la competencia general del País Vasco en materia de vivienda, la posibilidad del Estado de incidir sobre la misma, mediante una regulación propia, se ciñe a aquellos extremos que puedan entenderse comprendidos en las bases y coordinación de la planificación económica y ordenación del crédito».

Ello no impide, en consecuencia, **a la CAPV diseñar su propia política de vivienda e instaurar un régimen jurídico a las viviendas de protección pública, adecuado a los fines y necesidades** de dicha política que, junto a su dimensión económica, debe tener un señalado acento social, en atención al principio rector que establece el art. 47 de la Norma fundamental, precepto que establece un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 CE) en el ejercicio de sus respectivas competencias.

DCJA 159/2007 pár. 45 a 49

14. TRANSPORTES TERRESTRES (EAPV ART. 10.32)

La Comisión en los DDCJA 39/1999 y 57/2002 emitidos con ocasión de los anteproyectos de la LTPUI y de su Reglamento, estudió en profundidad el fundamento competencial de las distintas medidas y acciones previstas en la mismas.

Al igual que la LTPUI, el Reglamento tiene su fundamento competencial en el artículo 10.32 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (EAPV) que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma, entre otras, en materia de transportes terrestres sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.20ª de la Constitución (CE), que reserva al Estado algunas competencias en materia de transporte marítimo y aéreo.

En la materia que nos ocupa, transporte público urbano e interurbano en automóviles de turismo, la competencia de la Comunidad Autónoma es por tanto exclusiva en lo que se refiere al reparto de competencias Estado-Comunidad Autónoma.

En el ámbito interno, como señala la Sentencia nº 297/06 del TSJPV, **corresponde a los Ayuntamientos la elaboración y aprobación de las ordenanzas municipales reguladoras de la prestación del servicio** (art. 3.4 LTPUI), que comprende la facultad de establecer unos horarios máximos de servicio para los titulares de las licencias (art. 11.4 LTPUI), y a la Comunidad Autónoma el desarrollo reglamentario de la Ley, que comprende la determinación de las funciones del taxímetro.

DCJA 3/2007 pár. 9-12

15. EJECUCIÓN LEGISLACION LABORAL (ART. 12.2 EAPV)

Además, también se ve afectado el proyecto por el título competencial **del artículo 12.2 EAPV**, que atribuye a la CAPV la ejecución de la legislación del Estado en la materia de legislación laboral, en correspondencia con la previsión constitucional relativa a la **competencia exclusiva del Estado en legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas** (artículo 149.1.7ª CE). Así se ha trasladado a la parte expositiva del Decreto, aunque en ella se ha destacado como título competencial principal habilitador de la iniciativa.

Dicha competencia ejecutiva incluye, según STC número 51/2006, de 16 de febrero —RTC 2006\51—, la regulación de la propia competencia funcional de ejecución. Si **la atribución de la competencia ejecutiva comprende la de la potestad sancionadora** en la materia sobre la que se ejerce (SSTC 87/1985 —RTC 1985\87—, 227/1988 —RTC 1988\227) y 195/1996 —RTC 1996\195—), corresponde a la Comunidad Autónoma la regulación de esa potestad sancionadora, en cuanto competencia funcional de ejecución, y la organización de los servicios necesarios para ello.

DCJA 164/2006 pár. 24 a 25

Véase DCJA 163/2007 pár. 27

A juicio de esta Comisión, **la instauración de un sistema de Inspección de Seguridad y Salud Laborales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales en la CAPV dispone de un amplio fundamento no sólo en los títulos competenciales enumerados, sino que además cuenta con el respaldo de pronunciamientos del Tribunal Constitucional**, que, aunque no ha resuelto de manera concluyente la cuestión, no descarta la existencia de una Inspección autonómica, así como del Consejo de Estado al abordar consultas en las que se había planteado tal posibilidad.

La problemática anterior fue planteada ante el TC, y la STC 195/1996 podría haber aclarado el panorama. Sin embargo, no afrontó directamente el tema que nos ocupa, aunque rechazó la alegación del Abogado del Estado de que la opción por una sola ITSS (en sentido orgánico), servida por funcionarios de un cuerpo nacional, fuera una decisión básica amparada en el artículo 149.1.18ª CE. El TC se limitó a afirmar que la Ley 8/1988 (anterior a la LISOS) sólo contemplaba a la ITSS desde la perspectiva del procedimiento sancionador, sin determinar, ni su naturaleza, ni sus funciones, ni delimitar las competencias estatales en materia de inspección, ni adscribir orgánica o funcionalmente un determinado cuerpo de inspectores; tan sólo establecería el alcance y límites de la actividad inspectora en el procedimiento de declaración de infracciones e imposición de sanciones. Entiende, así, el TC que las alusiones de la Ley 8/1988 a la ITSS no implican atribución de competencias, que tienen un valor instrumental a efectos de determinación del procedimiento, pero no impiden que la Comunidad Autónoma se dote de su propio servicio de inspección, ni que, eventualmente, ese servicio propio pueda actuar en el ámbito competencial

que le corresponda, de modo que las referencias a la Inspección de Trabajo en la Ley 8/1988 no serían un obstáculo ni para eventuales modificaciones posteriores de su configuración ni para el ejercicio de las competencias autonómicas.

El Consejo de Estado ha tenido también ocasión de pronunciarse al respecto, con motivo de la consulta relativa al anteproyecto de la Ley Ordenadora de la ITSS, en cuyo dictamen (Referencia 4375/1996) apreció elementos de contradicción interna con el sistema de distribución competencial diseñado en la CE: a saber, el solapamiento por el Estado de las competencias de ejecución de la legislación laboral que el artículo 149.1.7ª atribuye a las Comunidades Autónomas, mediante el mecanismo de la adscripción orgánica de los IITSS al Estado, y funcional, en razón de la materia de los asuntos en que intervenga —bien al Estado, bien a las Comunidades Autónomas—, y ello porque la actividad de inspección no deja de ser «efectiva y realmente función o actividad de ejecución de la legislación correspondiente». Citando al TC, advierte el Consejo de Estado de que, conforme a la STC 195/1996, «no debe excluirse la posibilidad de que la CA pudiera dotarse de su propio servicio de inspección, ni que éste pueda actuar en el ámbito competencial que le corresponde, admitiendo que no podrían obstaculizarse eventuales modificaciones posteriores de la configuración de la inspección ni impedir el ejercicio de las competencias autonómicas».

DCJA 163/2007 pár. 57-59

Por tanto, de la normativa autonómica vigente se desprende que: (i) a las cooperativas de trabajo asociado y a aquellas otras que cuenten con socios y socias de trabajo, así como a las administraciones públicas vascas, les resulta de aplicación la normativa sustantiva sobre prevención de riesgos laborales y, como parte integrante de ésta, el régimen de infracciones y sanciones; (ii) la aplicación de dicho régimen sustantivo reclama la adaptación del procedimiento sancionador, que ha de ser llevada a cabo por el Gobierno, teniendo en cuenta que la inspección y propuesta de sanción (de entre las aplicables en la normativa sustantiva en la materia «prevención de riesgos laborales») es atribuida a los servicios de Osalan cuyo personal, para el ejercicio de tales funciones, tiene el carácter de agente de la autoridad pública; y (iii) se incluye también en el ámbito de la ISSL, integrada en el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, el control y vigilancia de las normas de **prevención de riesgos laborales** en los ámbitos anteriores y en el de minas, canteras y túneles.

Por lo que concierne a la **normativa estatal**, en consideración a lo anterior, de acuerdo con las decisiones del legislador vasco y con el rango de la norma proyectada, integra el **marco normativo de referencia** para abordar el examen de la iniciativa, la Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuya Exposición de Motivos señala que se configura como una referencia legal mínima, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas.

La LPRL y sus normas de desarrollo resultan de aplicación conforme a su artículo 3, tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabaja-

dores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas y el de las sociedades cooperativas constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal. El artículo 7.2 de la misma, por su parte, señala que las funciones que correspondan a las administraciones públicas competentes en materia laboral para la promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento y sanción dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales continuarán siendo desarrolladas, en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de la técnica minera, por los órganos específicos contemplados en la normativa reguladora.

Con arreglo al artículo 9.1 de la citada Ley, corresponde a la ITSS la función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, de acuerdo con lo previsto en su capítulo VII, que incluye las medidas a adoptar por la ITSS (capítulo afectado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social —LISOS—, que también aborda materias que son tratadas en el proyecto de Decreto ahora examinado, además de contener la tipificación de las infracciones, y ha de servir también, sin duda, como marco normativo).

En relación con la previsión del artículo 7.2 LPRL, el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, que aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera —de aplicación directa en todo el territorio nacional, con el carácter de mínimas, que podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas que tengan atribuciones estatutarias— en su artículo 168 dispone que en las Comunidades Autónomas en que se haya transferido la competencia en materia de minas, incumbe al órgano autonómico correspondiente las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a previsión de accidentes y enfermedades profesionales, al análisis de las causas del accidente y a plantear las conclusiones pertinentes, el cumplimiento del Reglamento y la estricta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo en las explotaciones mineras de cualquier orden y en cuantos trabajos regulados por la Ley de Minas que exijan la aplicación de la técnica minera.

Por lo que afecta a la inspección en materia preventiva en las administraciones públicas vascas, es de señalar que el párrafo 2 de la disposición adicional tercera de la LPRL establece en qué términos se aplicará esa Ley respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas, enunciando en su letra a) los artículos que constituyen normas básicas en el sentido previsto en el artículo 149.1.18ª CE, y previendo en su letra b) que, en el ámbito de las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, las funciones que la Ley atribuye a las autoridades laborales y a la ITSS podrán ser atribuidas a órganos diferentes.

Es de tener en cuenta también que la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —de la que el Decreto informado es prácticamente una trascripción literal— regula las funciones del sistema de la Inspección y los cometidos competenciales y facultades de los funcionarios que lo

integran, y en su disposición adicional primera refiere que los preceptos que contiene, que afectan al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, tienen el carácter de normas básicas, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.18ª CE; y que los preceptos que corresponden a, entre otros ámbitos, el de prevención de riesgos, tienen el carácter establecido por el artículo 149.1.7ª de la CE.

No pueden olvidarse, al delimitar el marco normativo del proyecto de Decreto a que queda sujeta en la Comunidad Autónoma la organización inspectora en materia laboral, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 11 de julio de 1947 y de 25 de junio de 1969 (que forman parte del ordenamiento jurídico interno ex artículo 96.1 CE y artículo 1.5 CC, al haber sido ratificados por el Estado español y publicados), relativos a la industria y el comercio, y de la agricultura, respectivamente. Debe subrayarse, no obstante, que el ámbito de esos Convenios no alcanza al sector servicios ni a las administraciones públicas, en los cuales se va a desempeñar buena parte de la actividad aquí regulada.

DCJA 163/2007 pár. 32-39

No obstante, la Comisión considera oportuno precisar que **las posibilidades de regulación que admite la competencia exclusiva en materia de cooperativas a la hora de definir un régimen legal específico en la materia «prevención de riesgos laborales» para las cooperativas de trabajo asociado y los socios y socias trabajadoras del resto de cooperativas, no han sido exploradas.**

Estima la Comisión, sin poder completar ahora el examen de la cuestión cuya complejidad es evidente, que, tras la STC 195/1996, de 28 de diciembre, la **«prevención de riesgos laborales» pudiera ser considerada un subsector del ámbito «legislación laboral» en el que el deslinde competencial, en principio, no es exactamente el mismo que el que se produce cuando el título autonómico en juego es exclusivamente el correspondiente al de «ejecución de la legislación laboral».**

En todo caso, ceñido este Dictamen al concreto contenido del proyecto sometido a nuestra consideración, la delimitación del marco normativo requiere atender, primero, a las normas del ordenamiento autonómico que amparan la iniciativa y, en segundo término, de acuerdo con lo prescrito por éstas, examinar las normas estatales.

Así, en primer lugar, debe estarse a lo que determina la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas, cuyo artículo 99.7 establece que «Serán de aplicación a los centros de trabajo de las cooperativas de trabajo asociado y a sus socios las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo».

En esta determinación legal considera la Comisión que se encierra una remisión del legislador vasco en el ámbito señalado a la normativa estatal en la materia «prevención de riesgos laborales».

Tal opción se consolida en la Ley 7/1993, de 21 de diciembre, de creación de Osalan-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales, cuya disposición adicional tercera determina que, a partir de su entrada en vigor, «será aplicable a las cooperativas de trabajo asociado en relación con sus socios trabajadores y a las demás cooperativas en relación con sus socios de trabajo, la legislación sobre seguridad, higiene y salud laborales vigente en relación con las empresas que empleen trabajadores por cuenta ajena». A su vez, la disposición transitoria primera de la misma Ley otorga a las cooperativas de trabajo asociado un plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigor de la Ley, para adaptarse a los requerimientos de la legislación que les resulte de aplicación, de acuerdo con la disposición adicional tercera; y la disposición final tercera llama al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias para adaptar el procedimiento sancionador previsto en la legislación sobre infracciones y sanciones del orden social al ámbito de las cooperativas, al tiempo que prevé que las funciones de inspección y propuesta de sanción serán realizadas por los propios servicios de Osalan, correspondiendo dictar resolución al Departamento de Trabajo o al Gobierno Vasco en función de la cuantía de las sanciones.

Asimismo, interesa recordar en esta aproximación al marco normativo que el apartado 3 del artículo 4 de la Ley de Osalan establece que «en el ejercicio de sus funciones, el personal de OSALAN— Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales tendrá la consideración de agente de la autoridad pública, debiendo los titulares de los centros de trabajo facilitar el libre acceso a los mismos. Empresarios y trabajadores prestarán su colaboración a dicho personal para el mejor cumplimiento de sus funciones».

Por tanto, de la normativa autonómica vigente se desprende que: (i) a las cooperativas de trabajo asociado y a aquellas otras que cuenten con socios y socias de trabajo les resulta de aplicación la normativa sustantiva sobre prevención de riesgos laborales y, como parte integrante de ésta, el régimen de infracciones y sanciones; (ii) la aplicación de dicho régimen sustantivo reclama la adaptación del procedimiento sancionador, que ha de ser llevada a cabo por el Gobierno, teniendo en cuenta que la inspección y propuesta de sanción (de entre las aplicables en la normativa sustantiva en la materia «prevención de riesgos laborales») es atribuida a los servicios de Osalan, cuyo personal tiene para el ejercicio de tales funciones el carácter de agente de la autoridad pública.

En consideración a lo anterior, de acuerdo con las decisiones del legislador vasco y con el rango de la norma proyectada, integra el marco normativo de referencia para abordar el examen de la iniciativa la Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuya Exposición de Motivos señala que se configura como una referencia legal mínima, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas.

A lo que aquí interesa, conforme a su artículo 3, la LPRL y sus normas de desarrollo resultan de aplicación también a las sociedades cooperativas, constituidas de

acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal; de manera que cuando en la Ley se hace referencia a trabajadores y empresarios se entenderán también comprendidos en esos términos los socios de las cooperativas y las sociedades cooperativas para las que prestan sus servicios.

Y, asimismo, atendiendo al contenido del proyecto, ha de ser tenido en cuenta el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en Orden Social (LISOS), aprobado tras la citada STC 195/1996, de 28 de diciembre, que incluyó entre las normas legales objeto de refundición el artículo 42, apartados 2. 4 y 5, y los artículos 45 a 52 de la citada Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

En el capítulo VIII («procedimiento sancionador»), artículo 51.2 («normativa aplicable»), de la LISOS se establece que «El procedimiento sancionador, común a todas las Administraciones Públicas, se ajustará a lo previsto en la presente Ley y en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, siendo de aplicación subsidiaria las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común».

El precedente régimen, a juicio de la Comisión, debe ser, por imperativo del bloque de constitucionalidad, interpretado en forma respetuosa con las competencias autonómicas afectadas, lo que **permite a la CAPV realizar una adaptación del procedimiento sancionador allí fijado a fin de permitir el ejercicio de las competencias que en materia de cooperativas ostenta.**

Dicha adaptación debe asimismo tener en cuenta la decisión legislativa de crear un organismo autónomo —Osalan— especializado en materia de «prevención de riesgos laborales», al que la Ley encomienda expresamente el desarrollo de las funciones inspectoras y de propuesta de sanción.

Y, en todo caso, el proyecto debe tomar en consideración los límites que pesan sobre el normador reglamentario autonómico *por mor* de las exigencias derivadas del derecho fundamental del artículo 25.1 CE.

DCJA 172/2007 pár. 23-37

16. 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, es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE), así como de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª 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.

De la citada LOE resultan de especial interés para el examen de la iniciativa sometida a consulta los siguientes preceptos:

— Los artículos 3.3 y 4 de la LOE, disposiciones en las que se establece que «la educación primaria y la educación secundaría obligatoria constituyen la educación básica» y que la misma es «obligatoria y gratuita» y «se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad».

— El artículo 6 de la LOE que proporciona, en su apartado 1, la definición del currículo «[…].el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en la presente ley». En su apartado 2, señala que «con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, el Gobierno fijará, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación, los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas a las que se refiere la disposición adicional primera, apartado 2, letra c) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación». En su apartado 3, señala que «los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas requerirán el 55 por 100 de los horarios escolares para las Comunidades Autónomas que tengan lengua cooficial y el 65 por 100 para aquellas que no la tengan». Y en su apartado 4, que «las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formaran parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores».

— Los capítulos II y III (Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria, respectivamente) del Título I (Las Enseñanzas y su Ordenación).

DCJA 121/2007 pár. 39-41

De la citada LOE resultan de especial interés para el examen de la iniciativa sometida a consulta los artículos 59, 60, 61 y 62 referidos a las **enseñanzas de idiomas** de régimen especial y donde se establece que las mismas se organizarán en tres niveles: básico, intermedio y avanzado.

En ejercicio de su competencia y conforme a lo previsto en el artículo 6.2 LOE, el Gobierno del Estado aprobó el Real Decreto 1629/2006, de 29 de diciembre, que tiene

por objeto establecer los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Esta norma, de acuerdo con su correspondiente disposición final primera, tienen carácter de norma básica, a excepción de su disposición adicional segunda.

Por otra parte, el artículo 59.1 LOE establece que las enseñanzas de nivel básico de idiomas tendrán las características y la organización que las administraciones educativas determinen, mientras que el artículo 60.1 determina que los niveles intermedio y avanzado serán impartidos en las escuelas oficiales de idiomas.

Por último, el artículo 61.1 LOE establece que la superación de las exigencias académicas establecidas para cada uno de los niveles de las enseñanzas de idiomas dará derecho a la obtención del certificado correspondiente, cuyos efectos se establecerán en la definición de los aspectos básicos del currículo de las distintas lenguas.

Mediante el presente proyecto la Comunidad Autónoma viene a completar el marco normativo de referencia y a establecer la regulación del currículo de las enseñanzas de idiomas de nivel básico e intermedio, tomando en consideración lo dispuesto en el reglamento estatal acerca de los aspectos básicos.

DCJA 127/2007 pár. 36 a 40

El Decreto supone el ejercicio de la competencia que el artículo 16 del EAPV atribuye al País Vasco en materia de enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y Leyes Orgánicas que lo desarrollan, de las facultades que el artículo 149.1.30ª de la Constitución atribuye al Estado y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía.

En el caso del proyecto que nos ocupa, la modificación aparece ligada, como hemos dicho, a la nueva regulación que sobre **el Consejo Escolar de los centros docentes públicos** contiene el artículo 126 de la LOE.

Así, el citado artículo 126, en su apartado 3, establece la posibilidad de que uno de los representantes de los padres en el Consejo Escolar sea designado por la asociación de padres más representativa del centro, de acuerdo con el procedimiento que establezcan las administraciones educativas.

Del mismo modo, el apartado 8 del citado artículo, establece la posibilidad de que en los centros específicos de educación especial y en aquellos que tengan unidades de educación especial forme parte también del Consejo Escolar un representante del personal de atención educativa complementaria.

Pues bien, para analizar el ámbito competencial en el que se inserta el proyecto dictaminado, es conveniente referirse a la relación entre los preceptos orgánicos de desarrollo del artículo 27 CE y los propios del ordenamiento autonómico, cuestión que ha sido objeto de análisis en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y

que recogimos y analizamos en el DCJA 48/2004 referente a una modificación del Decreto 258/1996, de 12 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de elección y renovación parcial del órgano máximo de representación de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

De este modo, y por lo que respecta al ámbito material sobre el que se proyecta el Decreto que nos ocupa, como señala la STC 137/1986 «En la definición de un esquema básico de órganos de participación hay que considerar como `básica´ la normación que perfile, en sus líneas fundamentales, el `sistema de gobierno´ escolar, esto es, la previsión de órganos unipersonales y colegiados, el modo de integración de estos últimos (su composición o no trimembre y los mínimos de participación respecto de los diferentes componentes de la comunidad escolar) y sus atribuciones esenciales. Más allá de esto, la alteración concreta en el modo de composición de un órgano determinado o de designación de sus integrantes, e incluso, la previsión de órganos de participación adicionales, pueden considerarse hipótesis constitucionalmente correctas siempre que, en unos casos y en otros, no se dé lugar a una conformación radicalmente distinta del modelo participativo establecido en la legislación estatal».

Al hilo de esta reflexión, cabe añadir que la referencia genérica a las «administraciones educativas» en las leyes estatales ha sido analizada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1125/2005 relativo al anteproyecto de Ley Orgánica de Educación, donde señala que «normalmente implica, obviamente, las potestades de las Comunidades Autónomas (o la de la Administración General del Estado en el caso de las competencias que todavía corresponden al Estado, típicamente la de los centros en el exterior), pero a veces esta potestad no necesariamente tendrá que ser ejercitada por dichas Administraciones sino que puede serlo por el correspondiente órgano legislativo de la Comunidad Autónoma (o por el Consejo de Gobierno, aunque éste normalmente formaría parte, al ser su cúspide, de la Administración educativa autonómica)».

Por lo tanto, cabe hablar de la existencia de un ámbito propio del normador autonómico, y la LEPV, dentro de ese ámbito, dedica su Título V a la autonomía de los centros públicos docentes contemplando, como uno de los aspectos de dicha autonomía, la relativa a la organización. Más concretamente, con respecto al Órgano Máximo de Representación, la LEPV atribuye al Reglamento de organización y funcionamiento la determinación del «número total de componentes del órgano y la distribución de los mismos» (artículo 32.1), debiendo respetar los límites establecidos en los dos apartados siguientes de dicho artículo.

DCJA 1/2007 pár. 8 a 15

17. POLICÍA (ART. 17 EAPV)

Es indudable la competencia autonómica para ordenar la materia objeto del anteproyecto, en virtud de 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.

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 17 EAPV, el Parlamento Vasco aprobó la LPPV, que regula el régimen estatutario de los policías del País Vasco, «lo más próximo posible al general de la función pública vasca, sin perjuicio de las necesarias particularidades» (Exposición de Motivos), declarando su disposición final primera que «los funcionarios de la Ertzaintza y de la Policía Local se regirán supletoriamente, en lo que respecta a su régimen estatutario, por la legislación general de la Función Pública Vasca».

Hay que recordar que la exigencia de un estatuto específico y diferenciado con respecto al régimen funcionarial común viene impuesto por las características singulares de su función, pues el artículo 104.1 CE señala que su misión es la de «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», debiendo ser, por mandato del artículo 104.2 CE, una Ley orgánica la que determine sus funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Mandato que ha cumplido la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS) que, en lo que nos interesa, completa el bloque de la constitucionalidad, debiendo repararse en que su disposición final 1ª excluye su aplicación a la Policía Autónoma del País Vasco, salvo las reglas generales y básicas sobre actuación y estatuto que recoge en los artículos 5, 6, 7 y 8.

Resulta patente que en la cuestión que nos atañe no existe límite estatal alguno a la capacidad normativa autonómica, salvo la previsión de carácter principal y orientativo, según la cual los puestos de servicio en las respectivas categorías se proveerán conforme a los principios de mérito, capacidad y antigüedad, a tenor de los dispuesto en la correspondiente reglamentación (articulo 6.6 LOFCS).

Por su parte, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, de carácter básico respecto al régimen estatutario de los funcionarios al amparo del artículo 149.1.18ª CE, excluye de su ámbito a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y señala que sus disposiciones sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica (artículo 4).

Todo ello significa que la **ley autonómica puede establecer las características del estatuto singular que rige en la Ertzaintza** y, en particular, ordenar la estructura interna de la policía autonómica, **sin tener que seguir reglas de carácter básico o comunes impuestas en garantía de una mínima uniformidad en todo el Estado.**

Esa libertad de opción no significa obviamente que, en su caso, no existan límites como los que se derivan de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, en particular el de igualdad en la ley del artículo 14, del que es especificación en el acceso a la función pública el derecho reconocido por el artículo 23.2 CE.

DCJA 120/2007 pár. 64 a 71

18. SANIDAD INTERIOR (ART. 18 EAPV)

Por Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, se establecen las bases del procedimiento de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, establece una clasificación, denominación y definición común para todos ellos y crea un Registro y un Catálogo general, reiterando en su artículo 4 las previsiones del artículo 27.3 de la Ley 16/2003, y señalando la consideración de establecimientos sanitarios de los establecimientos de audioprótesis, (Anexo I, E.5) definiéndolos (Anexo II, E.5) como «establecimientos sanitarios donde, bajo la dirección técnica de personal con la titulación oficial, cualificación profesional o experiencia requeridas conforme a la legislación vigente, se lleva a cabo la dispensación, con adaptación individualizada al paciente, de productos sanitarios dirigidos a la corrección de deficiencias auditivas», a los efectos de establecer los elementos comunes que, con carácter básico puede señalar el Estado.

Los requisitos mínimos requeridos a los establecimientos que realicen venta directa al público de productos que requieren adaptación individualizada son establecidos genéricamente en el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, que regula los productos sanitarios, al remitirse, en su artículo 18, al «equipamiento necesario para realizar tal adaptación y disponer de un profesional cuya titulación acredite una cualificación adecuada para estas funciones»; añadiendo la posibilidad de venta mediante máquinas expendedoras y la prohibición de venta ambulante. En su Disposición Adicional Décima, introducida por el Real Decreto 2727/1998, de 18 de diciembre, señala que, en defecto del profesional titulado a que se refiere el artículo 18, la actividad de venta con adaptación individualizada de productos audioprotésicos puede realizarse bajo la supervisión de profesional en activo con experiencia de al menos tres años que así sea identificado en la comunidad que el mismo Real Decreto prescribe en su artículo 16.3.

El Estado, por ahora, no ha concretado requisitos básicos sobre el «equipamiento necesario» ni sobre el «profesional cuya titulación acredite una cualificación adecuada». **Ello no impide, antes al contrario, que el proyecto sí de ese paso, tanto en virtud de la doctrina constitucional que permite el ejercicio de competencias normativas autonómicas con independencia de que el Estado no haya hecho uso de las suyas, como por el hecho de venir habilitado, o incluso obligado, por la LOS y la legislación protectora de personas usuarias y consumidoras** que comentamos acto seguido. Por supuesto, según el esquema normativo que hemos recogido en los apartados anteriores, y en el caso de dictarse requisitos básicos más exigentes que los que aquí se proyecta señalar, procederán los ajustes normativos y aplicativos que lleven al respeto de su carácter mínimo.

DCJA 91/2007 pár. 18-20

CAPÍTULO VI

ÁREAS

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Altos cargos

Por último, no podemos dejar de comentar la preventiva cláusula de cierre que figura en la letra k) del artículo 2.3: «los demás cargos públicos de libre designación que sean calificados como tales en normas de rango de ley o reglamentos».

La expresión **«cargo público de libre designación»** arrastra connotaciones que no podemos ignorar. **La doctrina distingue entre cargos de designación política y puestos de libre designación**, porque entre ambos supuestos existen **diferencias sustanciales**. Mientras que en el primer caso la elección de la persona para ocupar el puesto es **libérrima** y no se ajusta a ninguna regla previa **—caso de los altos cargos de la Ley de Gobierno—**, en el de los puestos de **libre designación** se trata de un **cauce para la provisión**, debiendo el candidato cumplir una serie de requisitos, participar en una **convocatoria y pertenecer al círculo de los funcionarios.**

En las administraciones vascas el artículo 46 LFPV identifica los puestos cuya provisión podrá reservarse a libre designación y, pese a que son de carácter directivo o de especial responsabilidad y el sistema implica «la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto» —en la atinada enunciación del artículo 80 de la Ley 7/2007— son puestos funcionariales y, por ende, su titular está sometido al régimen de incompatibilidades aplicable a los funcionarios de carrera.

Como es sabido, el régimen de incompatibilidades es común al conjunto de los funcionarios de las administraciones públicas. En palabras de la STC 178/1989, de 11 de noviembre: «la configuración de un régimen de incompatibilidades de los em-

pleados públicos, aplicable con criterios de generalidad a todo el sector público y con el detalle necesario que garantice una igualdad de tratamiento de los mismos, a esos efectos, en todo el territorio nacional, con independencia de la Administración o ente público al que sirvan, forma parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, al que se refiere, para reservar al Estado la regulación de las bases del mismo, el art. 149.1.18 de la Constitución».

Otra cosa sería que se empleara la expresión «cargo político de libre designación», como sucede por ejemplo en el artículo 67.3 b) de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres o en el artículo 98.3 b) de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y protección a la Infancia y a la Adolescencia, que al adjetivar al cargo como político disipa cualquier duda.

DCJA 118/2007 pár. 92-96

El número 2 del artículo 2 identifica entre los cargos a los que la ley se aplica a los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi contemplados en el artículo 29 de la Ley 7/1981, de Gobierno «y asimilados». Por su parte, la letra j) del apartado 3 señala, asimismo, que están incluidos en su ámbito subjetivo «quienes sean titulares de cualquier otro órgano o puesto de trabajo del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi cuando en su norma de creación o en su nombramiento sean asimilados a alguno de los cargos a los que se refiere el presente artículo».

La expresión cargo asimilado, pese a que ha sido reprobada por la doctrina por su ambigüedad, ha tenido una utilización pacífica e incluso algunos han defendido que es difícilmente soslayable, dada la multiplicidad orgánica que presenta hoy la Administración. Incluso el Tribunal Constitucional la ha empleado en alguna ocasión, caso del ATC 206/1999:

> el hecho de tratarse de una relación jurídico laboral especial sometida a priori no a la normativa funcionarial sino al Real Decreto 1382/1985 (y sólo en algunos aspectos al E.T.) no significa que no se le deban aplicar ciertas reglas y principios propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas, pues en el presente caso la empresa, si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional. Por ello, el puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (el Estado y la Comunidad Autónoma de Madrid) y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual de confianza política (previstos con carácter general en el art. 20.2 de la Ley 30/1984). De hecho la utilización del contrato de alta dirección se explica en este caso por la relación de dependencia y confianza que se establece entre el empresario y el directivo, caracterizada en el art. 1.2 del Real Decreto 1382/1985 por «ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones direc-

tas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe dicha titularidad».

Ahora bien, **tales equiparaciones deben efectuarse tomando un término de comparación o de similitud indubitado** y se ha de procurar que se utilice un enunciado claro para considerar que un determinado cargo está incluido en el ámbito de aplicación de la ley; esto es, **la ley debe ofrecer un parámetro que permita dar un mínimo de seguridad jurídica** a una cuestión que de lo contrario resultará polémica.

DCJA 118/2007 pár. 79-81

En lo que se refiere a la **Comisión Jurídica Asesora de Euskadi,** el artículo 7.7 de su Ley de creación vino a establecer que las **vocales y los vocales** están sujetos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 32/1983, de 20 de diciembre.

Como ya hemos adelantado, no es la inclusión de los vocales de la Comisión en el ámbito de la ley lo que plantea dificultades sino que el **anteproyecto confiere una serie de atribuciones a órganos de la Administración activa que pudieran colisionar con su autonomía jerárquica y funcional.**

Así, que los vocales puedan recibir la orden de que se inhiban del Consejero o Consejera del Departamento al que la Comisión se adscribe (artículo 5.6), o que el Consejero o Consejera competente en materia de función pública sea quien resuelva la compatibilidad de su actividades (artículo 14.2), previa instrucción por el órgano que tenga asignado el ejercicio de la inspección general en materia de personal (artículo 14.3) o sea también este Consejero o Consejera el que decida la incoación de un procedimiento sancionador dirigido a depurar las posibles infracciones que hayan cometido y proponga al Gobierno la imposición de la correspondiente sanción (artículo 24.2), siendo instruido el expediente por el órgano que tenga asignado el ejercicio de la inspección general en materia de personal (artículo 24.3), suscitan cuestiones delicadas.

En garantía de su autonomía, la LCJAE se ocupa en su artículo 8 de las causas de cese de las vocales y los vocales y tras señalar que sólo cesan en su cargo por las causas y con los requisitos establecidos en esta Ley (apartado 1), entre las causas de cese se incluyen (apartado 2) la «incompatibilidad apreciada por la mayoría absoluta de la Comisión en Pleno» y el «incumplimiento grave de las funciones establecidas en el artículo 10 a), b), c) y e) y de los deberes de abstención y sigilo del artículo 11. Esta circunstancia deberá ser apreciada por la mayoría absoluta de la Comisión en pleno previa audiencia al interesado o interesada». También pueden ser «suspendidos de forma cautelar en el ejercicio de sus funciones por acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de la Comisión en pleno durante el tiempo indispensable para resolver sobre la concurrencia de alguna de las causas de cese» (apartado 5). Las causas de abstención y la obligación de inhibirse las decide asimismo el Pleno en la misma sesión en que la cuestión se plantee, según el artículo 11 LCJAE.

También su Reglamento, aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, contiene en su artículo 14 sendas previsiones acerca de su régimen de incompatibilidades. De un lado, determina que los y las vocales están sujetos al régimen de incompatibilidades previstas para el personal regulado en el artículo 1.1 de la Ley 32/1983, de 20 de diciembre, de Incompatibilidades por el Ejercicio de Funciones Públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco, estando, asimismo, sujetos a las leyes de presupuestos y al Decreto 129/1999, de 23 de febrero, por el que se regula la declaración y registro de las actividades y los derechos y bienes patrimoniales de los miembros del Gobierno, los altos cargos de la Administración y los directivos de los entes públicos de derecho privado y de las sociedades públicas, y, de otro, establece que corresponderá al Pleno resolver las solicitudes de compatibilidad.

Así pues, tanto las garantías de correcto funcionamiento del órgano consultivo como la garantía del cumplimiento del régimen de incompatibilidades se articulan en el seno de la Comisión: es el Pleno quien ha de velar por tales aspectos.

Por ello, entendemos que el anteproyecto debe respetar la caracterización institucional de la Comisión, a fin de que no existan interferencias con la Administración activa que pudieran llegar a condicionar de forma indebida su autonomía, pues la misma está al servicio de las funciones que tiene legalmente encomendadas y que responden a una concepción de los órganos consultivos superiores acuñada en la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 56/1990, de 29 de marzo.

Consideraciones parecidas fueron formuladas por el Consejo de Estado en el Dictamen de 13 de julio de 1995, expediente nº 1462/1995.

En lo que se refiere a las dos **defensorías**, se constituyen en organismos independientes cuyo régimen jurídico singular viene definido por su Ley de creación, y su titular queda caracterizado por una serie de rasgos definitorios que refuerzan la autonomía con la que ha sido investido el organismo. Ambos tienen unos supuestos específicos de incompatibilidad y su cese no es libre sino que se produce, entre otras causas, por incumplimiento grave de sus deberes en el ejercicio del cargo e incompatibilidad sobrevenida, formalizándose mediante Decreto del Lehendakari (artículo 67 LIMH y artículo 98 LAPIA).

La independencia del **Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia** se encuentra reconocida por el Decreto 81/2005, de 12 de abril, por el que se crea. Dicho Tribunal responde a un modelo institucional bastante general en Europa, con un alto grado de autonomía con el fin de dar un contenido estrictamente técnico a sus actuaciones que alejen cualquier intervención fundamentada en criterios ajenos a la defensa de la competencia.

Los integrantes del órgano tienen también un estatuto específico, han de cumplir determinados requisitos, su mandato es temporal y sólo podrán ser cesados por motivos tasados, entre otros, por incompatibilidad sobrevenida e incumplimiento grave de los deberes de su cargo, conforme a la dicción del artículo 23.1 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, a la que se remite el artículo

3.3 del Decreto 81/2005. Al Pleno le corresponde, según el artículo 6.g) del Decreto 81/2005, resolver sobre las recusaciones, incompatibilidades y correcciones disciplinarias y apreciar la incapacidad y el incumplimiento grave de sus funciones por el presidente o la presidenta y los o las vocales.

Son tales condicionantes los que permiten también dudar sobre los mecanismos de control a los que se ven sometidos por el anteproyecto, pues parecen reclamar una respuesta *ad hoc*.

Tal consideración sería igualmente trasladable a otros organismos o entidades que si bien no son mencionados de forma expresa en el artículo 2.3 del anteproyecto gozan también de autonomía institucional y el Gobierno tiene por ley limitado el poder de nombramiento o destitución de sus titulares.

DCJA 118/2007 pár. 97-109

De otra parte, **corresponde al legislador conformar el régimen concreto de incompatibilidades** ya que no hay que olvidar que el artículo 30 EAPV impone una reserva de ley para la regulación del estatuto del Gobierno y sus Consejeros. Aunque los demás cargos a los que afecta el anteproyecto no se encuentran incluidos en el artículo 23.2 CE que requiere la intermediación de una ley formal para regular el acceso en condiciones de igualdad —los supuestos de incompatibilidad operan como impedimentos para asumir el cargo efectivo o de cese si obedecen a causas sobrevenidas—, la inserción del nuevo régimen en ley no sólo es perfectamente factible si así lo considera el legislador, sino que viene impuesta por distintas razones, en general, por encontrarse la materia ya regulada en ley habiendo sido objeto de congelación de rango y, en particular, al alumbrar un régimen sancionador, sobre el que se proyecta la reserva legal del artículo 25 CE.

Finalmente, cabe decir que **la libertad de conformación del legislador es**, por lo demás, **muy amplia**, de modo que, siempre que aquél respete los principios que se derivan de la Constitución, como dijo la STC 174/1989 respecto al régimen de incompatibilidades de los funcionarios, «puede optar por muy variadas soluciones, que irán, en función de criterios exclusivamente políticos, de un modelo muy estricto a otro más laxo, dependiendo de cuál sea la orientación de la mayoría parlamentaria que sustente la Ley en cuestión (vid. SSTC 86/1982, 38/1983, 76/1983, 6/1984, 57/1985, 108/1986 y 134/1987)».

La voluntaria y legítima decisión de prestar servicios en un cargo público implica necesariamente el sometimiento a un peculiar estatuto y, en ese sentido, quien quiera dedicarse a tal actividad deberá cumplir las exigencias y limitaciones impuestas por el legislador.

Desde luego, la **prohibición de intervenir en actividades privadas** después del cese que establece el artículo 7 del anteproyecto, sobre la que se ha suscitado algu-

na controversia a lo largo del procedimiento, constituye una garantía de primer orden, como ha explicado la doctrina más autorizada, para evitar el aprovechamiento ilegítimo del desempeño del cargo, rechazar los contactos e informaciones obtenidas valiéndose del mismo, e impedir el desempeño ilícito del mismo basado en la expectativa de obtener futuros beneficios conjurando los deseos perversos de aquellos que acceden a cargos públicos dejando la puerta entornada para regresar a la actividad privada cuando más les interese. Por tanto, difícilmente tal medida puede considerarse desproporcionada, ni mucho menos incongruente con las finalidades que la ley persigue.

DCJA 118/2007 pár. 66-69

En lo que se refiere al elenco de **sanciones**, aún cuando no vemos obstáculos a la inclusión de **la destitución** —artículo 22.2 a) del anteproyecto— como una de las posibles respuestas punitivas para castigar la infracción, no podemos olvidar que **hay que rechazar que le pueda ser impuesta al Lehendakari por la peculiar situación que ocupa en el entramado constitucional y estatutario.**

El Lehendakari es designado por el Parlamento entre sus miembros (artículo 33 EAPV) y responde políticamente de sus actos ante el mismo (artículo 32 EAPV). El supuesto normal de cese del Lehendakari y los demás miembros del Gobierno es el de la celebración de elecciones: al día siguiente de estas cesa el Gobierno y continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo (artículo 31.2 EAPV). A esa causa se añade el caso de la perdida de la confianza parlamentaria o por dimisión o fallecimiento del Lehendakari (artículo 31.1 EAPV). Tal relación no es exhaustiva, ya que la Ley de Gobierno también ha previsto que pueda producirse un supuesto de imposibilidad —física o mental— para el desempeño de sus funciones (artículo 12).

Ahora bien, que no sea exhaustiva no quiere decir que el legislador pueda dar entrada a un supuesto de cese que se fundamente en la exigencia de responsabilidad disciplinaria por parte de los restantes miembros del Gobierno, a quienes el Lehendakari precisamente designa y separa y dirige su acción (artículo 33.2 EAPV), estando inclusive unido el ejercicio de su función a la vigencia del nombramiento del Lehendakari, pues cesan cuando cesa aquél [(artículo 34.1 a) Ley de Gobierno)].

Con respecto a los Consejeros, la destitución por la comisión de una infracción grave no suscita ese tipo de objeciones, ya que la revocación de su nombramiento la puede decidir en cualquier momento el Lehendakari, y ésta puede ser una revocación por motivos políticos o de oportunidad o una revocación sanción por el incumplimiento de las obligaciones exigibles por razón del cargo, si bien el procedimiento debe articularse no solo previendo que la incoación del expediente sea decidida por el Gobierno, como así se contempla en el artículo 24.2 del anteproyecto, sino que, además, la resolución del mismo **deberá ser competencia del Lehendakari** a quien habrá de elevar la correspondiente propuesta el Gobierno.

DCJA 118/2007 pár. 127-130

La redacción literal del *artículo 9.3* es la siguiente:

> La percepción de pensiones de derechos pasivos y de la Seguridad Social es incompatible con el desempeño de un cargo público al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Si una persona, en el momento de ser designada o nombrada para un cargo público, está percibiendo una pensión, esta queda en suspenso. La pensión se recupera automáticamente cuando dicha persona cese en el cargo.
>
> No obstante lo anterior, la normativa reguladora puede permitir percibir la pensión y a la vez trabajar o percibir rentas o, en su caso, ocupar el cargo y optar por la remuneración más alta.

La formulación del primer párrafo es conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional que, en lo que respecta a otras normas que establecían una **incompatibilidad de haberes activos y pasivos**, ha afirmado que (STC 99/1987) «no se trata de la supresión de derechos relativos a la percepción de pensiones, sino de establecimiento de límites que no privan al beneficiario de derechos individuales en cuanto éstos no resultan sino de una regulación o sistema legal y que, a lo sumo, puede hablarse en ese caso de privación de un beneficio o ventaja para quien opte por el trabajo activo, pero no de privación de un derecho constitucionalmente reconocido» (fundamento jurídico 6.º).

Y más precisamente, respecto al supuesto contemplado en el art. 3.2 de la Ley 53/1984 del que es fiel trasunto el párrafo que comentamos —aunque su contenido no sea una reproducción literal—, «el interesado tiene, en definitiva, libertad para optar entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y la percepción de pensión de jubilación o retiro, bien entendido que se trata de una incompatibilidad temporal, en la medida en que el derecho al percibo de la correspondiente pensión no se pierde por el hecho de optar por el desempeño del referido puesto de trabajo, sino que, como el mismo precepto impugnado se cuida de precisar, su efectividad queda en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte, por lo demás, a la actualización de la correspondiente pensión» (STC 178/1989, reproducida en las SSTC 65, 66 y 67/1990).

Sin embargo, la puesta en conexión de la prescripción del párrafo primero —de índole taxativo: «es incompatible»— con la del párrafo segundo hace que aquella quede diluida o incluso enteramente vacía de contenido, porque la misma lo es sin perjuicio de lo que diga la «normativa reguladora» —se supone que es esta ley la que disciplina ese aspecto de su régimen— que puede llegar a determinar exactamente lo contrario —al «permitir percibir la pensión y a la vez trabajar o percibir rentas»— o incluso establecer una incompatibilidad retributiva más benigna —«ocupar el cargo y optar por la remuneración más alta»—.

El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) exige que la norma proyectada enuncie con claridad y precisión adecuadas sus mensajes normativos, lo que no cumple el precepto que analizamos. No hay certidumbre sobre el derecho aplicable y ello se traduce en que sus destinatarios no van a poder conocer las consecuencias jurídicas que se derivan de sus propias acciones.

Puede ser que las prescripciones de la ley deban ser aplicadas conjuntamente con previsiones que rigen en otros sectores del ordenamiento y sería deseable que no se produjeran desarmonías o contradicciones, pero para preservar que estas no existan el legislador autonómico no puede acudir a una alternativa que implica que, desde la competencia que ejerce y sin renunciar a ella, no se sepa cuál es el contenido de la norma que quiere imponer y a la que deben sujetarse los cargos públicos.

Esta exigencia de claridad es en este caso aún más perentoria cuando se proyecta en el campo de las garantías que rigen en materia sancionadora, ya que su contravención es subsumible en la conducta descrita en el artículo 21.1 a) al tratarse de una norma que delimita el contenido de la incompatibilidad retributiva, en el que la predeterminación normativa suficiente resulta insoslayable.

DCJA 118/2007 pár. 140-146

Con respecto al artículo 12 diremos que las **incompatibilidades** tratándose **de cargos electivos** cumplen también una función constitucional en cuanto instrumento que permite respetar la división de poderes.

La competencia reconocida por el artículo 10.3 EAPV en materia de legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales se encuentra condicionada por el mandato establecido en el artículo 26.5 EAPV de que sea una ley electoral del Parlamento Vasco la que regule «la elección de sus miembros y fijará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad que afecten a los puestos o cargos que se desempeñen dentro de su ámbito territorial».

Esa reserva a un determinado tipo de ley, la Ley electoral, implica que sea ese concreto producto normativo el que regule tales cuestiones. Entiende esta Comisión que la doctrina de la STC 72/1984 es trasladable a la interpretación que debe darse del artículo 26.5 EAPV: «para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacio de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial».

Por eso entendemos que la previsión del apartado 1 será admisible siempre y cuando la ley que regula las elecciones al parlamento vasco permita compatibilizar la condición de miembro del parlamento vasco y la de Consejero o Consejera del Gobierno, como así sucede, por lo que convendría que se introdujera una apostilla en ese sentido: «en los términos previstos en la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco», u otra parecida.

DCJA 118/2007 pár. 147-150

La actividad que contempla la letra d) **—la producción y creación literaria, artística, científica y técnica— no puede quedar sujeta a una autorización previa.**

La producción intelectual de los cargos públicos no ha de preocupar al legislador hasta el punto de someterla a un escrutinio permanente. El punto de equilibrio que surge de la ponderación del derecho fundamental en juego reconocido por el artículo 20.1 a) CE y los principios constitucionalizados por el artículo 103.1 CE descarta una solución de ese tipo.

Esa intromisión, aunque persiga un fin legítimo —poder detectar si concurre el requisito de que no sea consecuencia de una relación de trabajo o de prestación de servicios— constriñe indebidamente el derecho fundamental del que no se encuentran privados por su condición de cargos públicos al servicio de la Administración.

DCJA 118/2007 pár. 155-157

El artículo 4.4 prescribe que «no podrán aceptar **regalos, favores, invitaciones o servicios** en condiciones ventajosas, más allá de los usos sociales y de cortesía».

La fórmula es deudora de la que figura en el apartado 6 del punto tercero del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, aprobado por Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, y publicado por Orden de 3 de marzo de 20005 del Ministerio para la Administraciones Públicas.

En anteproyecto, de forma adecuada, detalla cuál es la norma de conducta que se espera sigan los altos cargos en situaciones de conflicto potencial de interés, como es el caso de la recepción de regalos u otras prestaciones. Ahora bien, la Comisión ha de consignar que sobre este punto bien pudiera pensarse que la norma no acierta a cumplir su propósito de reforzar las medidas que impiden el uso del puesto público en beneficio personal, ya que hasta la fecha el artículo 36 de la Ley de Gobierno impedía a los miembros del Gobierno, así como a los altos cargos de la Administración, «aceptar ningún regalo, en consideración al cargo, dirigido a él, su esposa o sus familiares hasta el segundo grado».

En su redacción, además, tras sopesarse, se ha descartado fijar una cantidad concreta que actúe de tope máximo —optándose por un límite impreciso— por razones que a la Comisión no le resultan excesivamente convincentes: «la concreción de un valor en estos supuestos no supondría prácticamente nada ya que además de las dificultades que entrañaría para el receptor su valoración habría que delimitar cantidades anuales o por regalo y si fueran anuales parecería que estamos poniendo el límite al soborno» (Memoria explicativa pagina 132 del expediente).

Obviamente la norma no puede amparar aquellos supuestos que son subsumibles en los casos de cohecho pasivo —propio o impropio— penados por el Código Penal, pero puede establecer una regla aplicable para los que no lo son, en el sentido en que la aceptación de un regalo no significa, cuando no sea penalmente reprobable, que se tenga que incorporar al patrimonio del alto cargo.

En el supuesto del Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado se añade la coletilla de que, cuando se trate de obsequios de mayor significación de carácter institucional, se incorporaran al patrimonio del Estado en los términos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.

Pero el mejor ejemplo de que tales dificultades son sorteables lo ofrece la Comisión Europea. El Código de Conducta de los Comisarios SEC (2004) 1487/2, de 23 de noviembre de 2004, establece en su apartado 1.2.5 que los Comisarios no aceptarán ningún regalo con un valor superior a 150 euros, y prevé que en caso de que reciban regalos por importe superior, de conformidad con los usos diplomáticos, deberán entregarlos en el Departamento de Protocolo de la Comisión. En el caso de duda sobre el valor de un regalo, será objeto de valoración bajo la autoridad del Director de la Oficina de Infraestructura y Logística, cuya decisión en la materia será definitiva. Para reforzar la transparencia, el Código señala que el Departamento de Protocolo de la Comisión mantendrá un registro público de regalos con un valor superior a los 150 euros.

Esa regulación permite sustentar que es posible acudir a un enunciado más explícito, aunque eso no significa que sea jurídicamente exigible una ordenación que introduzca tales garantías: como ya hemos dicho el ámbito de la libertad configurativa del legislador es muy amplio, y por ello, admitida la legitimidad de la pluralidad de opciones en la regulación de la materia, le corresponde fijar el alcance que debe tener el precepto, y decidir si procede o no poner un límite y, en su caso, el importe del mismo.

DCJA 118/2007 pár. 132-139

B) Administración electrónica

En cuanto al objeto que enuncia el artículo 1, éste es sin duda normar la utilización de tales medios por las administraciones públicas, pero como obligada contrapartida al derecho de las personas físicas y jurídicas interesadas en los diferentes procedimientos administrativos que tramite la Administración de la CAE a utilizar medios electrónicos, informáticos y telemáticos, preservando todas las garantías que la Ley les reconoce como tales interesadas.

Es ese derecho el que se erige ahora en uno de los criterios esenciales de contraste: la norma y las opciones que contempla deben ser jurídicamente adecuadas para el correcto ejercicio de los derechos reconocidos.

En este perspectiva, a juicio de la Comisión, la entrada en vigor de LAESP introduce un cambio en el enfoque inicial de la norma proyectada, en tanto ésta trasciende el carácter organizativo (organización racional de la estructura administrativa para el empleo de los citados medios en su actividad) para conver-

tirse en la norma que va a permitir a las personas físicas y jurídicas el ejercicio de los derechos reconocidos en la LAESP, en el ámbito y términos escogidos en el proyecto frente a las personas jurídico-públicas de la Administración de la CAE que enumera el artículo 2.

Porque, conforme a lo ya señalado, el normador reglamentario puede, de acuerdo con el régimen de adaptación gradual que la LAESP recoge en su disposición final primera, decidir cuándo, cómo y en que ámbitos de la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi van a poder las personas que con ella se relacionan utilizar los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, pero tal determinación conlleva la necesidad de partir de dicho reconocimiento para, de acuerdo con la implantación gradual que en dicha Ley se establece, señalar en el proyecto, bien la plena asunción de dichos derechos, bien la expresa delimitación de los que en el ámbito objetivo de la norma (procedimientos administrativos) van a poder ejercer los ciudadanos y ciudadanas que vaya a ser interesados en los procedimiento.

La propia Memoria de 31 de julio lo señala al comparar el Título Preliminar de la LAESP y los Capítulos I y II del proyecto: «Ambas regulaciones prevén la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa y los principios y condiciones necesarias para su uso con todas las garantías. Es cierto que la Ley (LAESP) reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse mediante medios electrónicos con las Administraciones Públicas y en consecuencia la obligación de las Administraciones de facilitar su ejercicio. El decreto, sin llegar a reconocer este derecho— para ello se precisa una norma con rango legal— prevé la utilización de estos medios por los ciudadanos, siempre que éstos los soliciten o consientan».

Aprobada la LAESP el reconocimiento legal del derecho ya se ha realizado (cuestión distinta es el margen que cada Administración Pública tiene de acompasar su pleno ejercicio) y, en consecuencia, estima la Comisión que debería recogerse ese cambio legal en el proyecto, sin perjuicio de que éste —que guarda con la LAESP la relación propia de la norma reglamentaria/norma básica—, deba precisar con claridad a qué contenidos del derecho se contrae o, si se prefiere, el alcance de aquél en el marco del proyecto.

Este contenido se puede extraer del entero examen de la iniciativa (en este sentido, cobra especial importancia la disposición adicional primera), pero parece exigible destinar uno o varios preceptos, en la parte del proyecto destinada a las disposiciones generales, que enuncien con claridad los citados derechos (sin perjuicio de que luego puedan preverse plazos para su efectividad). Esta exigencia, a juicio de la Comisión, deriva de que los destinatarios primeros de la norma (además de las entidades afectadas) son las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas que quieren relacionarse en el ámbito de los procedimientos administrativos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

El proyecto —como venimos señalando— opta legítimamente (pues es una alternativa posible de acuerdo con la interpretación que hemos realizado del sentido y al-

cance de la citada disposición final tercera LAESP) por ceñir su ámbito objetivo a los procedimientos administrativos; ahora bien, dicha opción debe, tras la LAESP, completarse con el contenido de los derechos que en dicho ámbito van a poder ejercitar las personas interesadas en los procedimientos administrativos, bien por remisión al catálogo de los que establece el artículo 6 LAESP, bien por enumeración de aquéllos que, en razón a la planificación realizada por la Administración de la CAE, pueden ser ya reconocidos.

En suma, las personas interesadas en los procedimientos administrativos a los que se refiere el proyecto deben aparecer como parte visible, para lo cual parece adecuado separar los mensajes normativos en forma tal que puedan conocer el alcance de la regulación y sepan qué actuaciones, trámites y consecuencias integran su elección de participar electrónicamente en un procedimiento administrativo.

DCJA 113/2007 pár. 140-148

El artículo 5 contempla una previsión adecuada y necesaria para preservar el derecho que las personas interesadas en un procedimiento administrativo tienen de **utilizar el euskera.**

La LAESP en su disposición adicional sexta (Uso de las Lenguas Oficiales) remite, en síntesis, al régimen que para dicho uso contiene la LRJPAC que, a lo que aquí interesa (procedimientos tramitados por la Administración CAE), remite al derecho reconocido en el artículo 35 d) LRJPAC en los términos del artículo 36.2 del mismo texto legal («En los procedimientos tramitados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, el uso de la lengua se ajustará a los previsto en la legislación autonómica correspondiente»).

En todo caso, en esta materia el proyecto debe garantizar —como sin duda se persigue— la «inocuidad» del empleo de medios informáticos, electrónicos y telemáticos respecto de los derechos lingüísticos de las personas interesadas en los procedimientos administrativos, cuyo régimen sustantivo (EAPV y en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, Básica de Normalización del Uso del Euskera) resulta premisa inmodificable para validar las decisiones técnicas que adopte la Administración, ya que la participación de las personas interesadas a través de medios informáticos, electrónicos y telemáticos en los diferentes procedimientos administrativos (en cualquiera de las distintas posiciones jurídicas que pueden darse) no puede conllevar restricción o alteración alguna de su derecho.

DCJA 113/2007 pár. 171-173

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la regulación del **régimen general de prestación de servicios de certificación** se contiene en la LFE, régimen que **no puede ser afectado en modo alguno**, no sólo por aplicación del principio de jerarquía normativa sino porque **en esta materia no caben determinaciones normativas de**

carácter limitativo o excluyente para los prestadores de servicios de certificación cuya actividad se rige por el principio de libre competencia, por imperativo del derecho comunitario.

DCJA 113/2007 pár. 232

El artículo 28 LAESP (práctica de la **notificación por medios electrónicos**) cumple la misma finalidad que el actual artículo 59 LRJPAC. En realidad, viene a completar dicho régimen que hasta ahora configuraba el apartado 3 —expresamente derogado por la LAESP—.

El artículo 28 LAESP encierra, a juicio de la Comisión, una regla de procedimiento administrativo común, pues la notificación es uno de los supuestos legales para entender demorada la eficacia de los actos administrativos (artículo 58 LRJPAC). Por ello, su asunción en el proyecto, debe realizarse con respeto a las exigencias de fidelidad que derivan de aquél carácter así como a las reglas que rigen la reproducción normativa de preceptos legales en normas de rango reglamentario.

Es sabido la gran casuística (doctrinal y jurisprudencial) que ha generado y sigue generando la aplicación del régimen que establece el citado artículo 59 LRJPAC y, en cuanto el nuevo precepto de la LAESP (artículo 28) cumple, según lo dicho, idéntica función, ha de pensarse que su aplicación estará sometida a idéntica casuística.

Por ello, la Comisión considera necesaria la expresa cita del artículo 28 de la LAESP, evitando su cita parcial por mucho que los contenidos sean equiparables.

Aunque el régimen que para la notificación por medios telemáticos establece el proyecto debe partir del establecido en el artículo 28 de la LAESP, es cierto que éste requiere que el proyecto contenga previsiones dirigidas concretar su contenido.

El apartado 2 del artículo 28 LAESP establece los requisitos que debe cumplir el sistema de notificación utilizando medios electrónicos a fin de garantizar la práctica correcta de la notificación por dicha vía.

El proyecto opta por lo que denomina Servicio Horizontal de Notificación, siendo, desde luego, contenido necesario de la iniciativa concretar, teniendo en cuenta las características técnicas del sistema de notificación escogido, cuándo y cómo, en dicho sistema, va a entenderse acreditada la puesta a disposición de acto objeto de notificación a la persona interesada, así como cuándo y cómo ha de entenderse que ésta ha tenido acceso a su contenido y, en consecuencia, poder entender que la notificación se ha practicado correctamente y surtir efectos, al haberse cumplido la condición legal a la que quedaba supeditada su eficacia.

En igual sentido, es contenido obligado contemplar el «rechazo telemático», a fin de que pueda aplicarse el régimen legal de la notificación para este supuesto (artículo 59.4 y siguientes LRJPAC).

Con la cautela que impone el eminente componente técnico de esta regulación, la Comisión considera que el sistema del proyecto conlleva que todas las notificaciones se encuentren en una dirección electrónica y que es la persona interesada la que debe preocuparse de acceder a dicha dirección (pues el aviso se configura como potestativo).

El sistema de notificación del proyecto, en el marco del artículo 28 de la LAESP, sería reconducible al supuesto del apartado 5 que expresamente señala que «Producirá los efectos propios de la notificación por comparecencia el acceso electrónico por los interesados al contenido de las actuaciones administrativas correspondientes, siempre que quede constancia de dicho acceso».

Ahora bien, a juicio de la Comisión, una cosa es que la LAESP otorgue esa posibilidad y otra bien distinta es que pueda validarse un sistema de notificación que exige, en todo caso, el acceso del interesado como único cauce para notificarse; pues ello conlleva finalmente una suerte de desplazamiento de la obligación de notificar que legalmente corresponde a la Administración actuante (artículo 43 LRJPAC) **a los interesados quienes no es que tengan la opción de acceder al contenido de las actuaciones sino que deben hacerlo si quieren notificarse por medios telemáticos.**

Las precedentes consideraciones fundan la necesidad de revisar el contenido de los artículos 20 a 23 del proyecto.

DCJA 113/2007 pár. 244-255

A lo que ahora importa, de acuerdo con lo que la Comisión concluyó en dicho DCJA 113/2007, el esquema o, si se prefiere, una de las opciones nucleares de la regulación proyectada para la «materia» (tramitación telemática de los procedimientos administrativos competencia de la CAPV) era el dictado de un reglamento general —el proyecto allí informado— con las normas generales de aplicación a todos los procedimientos telemáticos (lo que resulta plenamente adecuado a la necesidad de adoptar opciones técnicas compatibles), sin perjuicio de las adaptaciones necesarias para los distintos procedimientos sectoriales que se ubicaba en el ámbito de competencia de los distintos departamentos, organismos autónomos y demás entidades incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma general.

El mismo esquema parece presidir el enfoque de la norma referida a los registros telemáticos (si bien la Comisión no ha tenido oportunidad de conocer su contenido más que a través del proyecto analizado en el citado DCJA 113/2007).

Sin embargo, el proyecto que se dictamina acoge otro esquema y contiene preceptos reconducibles a dicho régimen general. Así, los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 21 y 22. En cuanto al examen jurídico de dicho contenido a la luz de la LAESP la Comisión se remite a su DCJA 113/2007.

De otro lado, del propio texto del proyecto se deduce que la entrada en vigor del contenido relativo a la tramitación telemática queda condicionado, bien al dictado de normas complementarias (artículos 10.2, 15.1 y 2 —que se refiere a un Anexo III que no figura en el proyecto de norma remitido—), bien a la realización material de actuaciones (diseño de la aplicación informática y aprobación de ésta —artículo 10.2, en relación a la disposición transitoria única).

Tomando en consideración las circunstancias señaladas, la Comisión considera que debe someter a la consideración del órgano proponente la necesidad de valorar la conveniencia de mantener el Título II —con su actual contenido— cuando, como hemos apuntado, es objetiva su directa conexión con la norma que regule la utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos administrativos y, en su caso, con la que acometa la regulación de los registros telemáticos —con idéntica vocación de fijar un marco normativo general— y resulta, asimismo, clara la voluntad del órgano proponente de diferir la aplicación de las previsiones del citado Título II en el sentido indicado.

Siendo esto así, **considera la Comisión que el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) se cumple mejor en este caso si la iniciativa evita incorporar contenidos que van a incluirse en normas posteriores del mismo rango y cuya aplicación se encuentra, además, condicionada en el proyecto a la adopción de decisiones técnicas también vinculadas a las soluciones que se adopten con carácter general para la tramitación telemática de los procedimientos administrativos competencia de la CAPV.**

En efecto, a salvo un cambio de criterio sobre la forma de abordar la cuestión —que no consta a la Comisión—, en este momento parece que la regulación de aquellos aspectos atinentes a la tramitación telemática debe, primero, ser adaptada a la LAESP a fin de contar con una norma autonómica que contenga el tratamiento común y general para todos los procedimientos administrativos competencia de la CAPV; lo que no impedirá, sino que resultará debido, el dictado de las normas sectoriales que precisen lo que sea necesario, en razón de cada concreto procedimiento.

DCJA 133/2007 pár. 66 a 72

C) Órganos colegiados

El artículo 8 señala como ***quorum* del Consejo** la presencia de «la mitad más uno de sus miembros». La Comisión viene llamando la atención sobre lo elevado que puede ser el número resultante de tal literal, a diferencia del **«más de la mitad de sus miembros»**, en el caso de número reducido e impar de miembros del órgano. El caso que nos ocupa presenta un número par de miembros por lo que tal divergencia no se da, pero la Comisión sugiere mantener fórmulas homogéneas, atendiendo a la

posibilidad de modificaciones futuras en la composición de órganos que olviden las reglas de constitución.

DCJA 141/2007 pár. 34

El artículo 13 omite la alusión a la función de la secretaría para la válida constitución de la Comisión. En sí mismo tal precepto es compatible con el contenido básico del artículo 26 de la Ley 30/1992, el cual no requiere propiamente la presencia del secretario titular, siendo suficiente la de quien le sustituya, que bien puede ser uno de los miembros presentes. Pero el proyecto también omite señalar quién sustituye al secretario. Al carecer el artículo 25.2 de la misma Ley de carácter básico, la regulación proyectada resulta incompleta, por lo que **sugerimos señalar**, por ejemplo **el régimen de sustitución del secretario a cargo de alguno de los miembros presentes en cada caso, según el criterio que el proyecto desee adoptar.** Sin embargo, **un régimen de sustitución por otro funcionario que no sea miembro del Comité, obligaría a señalar, en el artículo 13, que su presencia es necesaria para la constitución válida del órgano.**

DCJA 114/2007 pár. 35

El artículo 3.1 cataloga los órganos que integran el Consejo. Entre ellos, menciona como órganos a algunos a los que el propio Decreto no atribuye competencia alguna, sin que la tengan atribuida por el ordenamiento. **La delimitación de competencias es requisito de la creación de órganos** (artículo 11.2.b] de la LRJAPC), por lo que carece de fundamento la atribución de tal carácter orgánico a las comisiones, las ponencias, las vicepresidencias y la secretaría.

Efectivamente, una cosa es que el Consejo pueda funcionar en pleno o en comisiones, o a través de ponencias, pero en tanto no se delimiten sus funciones y competencias, no pueden ser considerados órganos legalmente constituidos.

En el mismo sentido, las dos vicepresidencias no existen propiamente hablando, pues los vicepresidentes, miembros del Consejo, no tienen atribuida función o competencia específica, sino que sustituirán al Presidente en virtud del artículo 5 proyectado, sin más. En coherencia con lo anterior, la alusión en el artículo 3.2 debe hacerse a los miembros con ese carácter y no a la «vicepresidencia».

Por su parte, la secretaría existe en tanto que función (artículo 25 y 26.1 de la LRJPAC), pero lo que el artículo 6.2 denomina competencias no son tales (y debe corregirse la alusión), sino facultades, derechos, obligaciones, etc., de quien ostente el puesto. Los titulares de secretarías ejercen tal función siempre y, además, pueden tener atribuidas competencias administrativas que permiten, junto con los demás requisitos, otorgarles el carácter de órgano, pero este no es el caso que nos ocupa.

DCJA 140/2007 pár. 26-29

En relación con la vicepresidencia, el artículo 7.2 señala que la sustitución concurrirá en caso de vacante, ausencia o enfermedad. Dado que se trata de uno de los casos en que la presidencia del organismo se vincula al Consejero o Consejera competente, hemos de recordar que la Comisión viene llamando la atención sobre la peculiaridad que concurre en los casos de **sustitución de miembros del Gobierno**, en virtud de la previsión del artículo 8.l) de la Ley de Gobierno, en coherencia con la alta función, no sólo administrativa, que corresponde a tales miembros.

Según aquella previsión legal, **corresponde al Lehendakari acordar la sustitución de los miembros del Gobierno**, evitando que, en todo caso, y en particular durante una vacante, pudiera entrar en juego la sustitución prevista en el anteproyecto a favor del vicepresidente de la Agencia. Por ello, debe limitarse la sustitución a la ausencia o enfermedad del presidente de la Agencia.

DCJA 160/2007 pár. 41-42

Véase DCJA 141/2007 pár. 30

Diversas previsiones (por ejemplo, artículos 3.2.e]; y 9.e], f] y g]) del anteproyecto, atribuyen a la Agencia o a un órgano de la misma la función de elevar o proponer al Consejo de Gobierno determinadas propuestas. **La elevación y propuesta de acuerdos al Consejo de Gobierno corresponde, en todo caso, a los miembros del mismo,** sistema plasmado en el artículo 26 de la Ley de Gobierno. A tal efecto, y aunque la interpretación de los preceptos referidos debe hacerse conforme a la conclusión anterior debe corregirse el literal para que resulte claro que la iniciativa debe tramitarse siempre a través del miembro del Gobierno titular del departamento al que se adscribe la Agencia.

DCJA 160/2007 pár. 36

D) Entidades vinculadas o dependientes

Últimamente, no sólo en la Comunidad Autónoma, sino también en el Estado, proliferan los llamados **Observatorios**, expresión que se utiliza para denominar a órganos o servicios que asumen, en un determinado ámbito material de competencia, **funciones de carácter esencialmente informativo, de coordinación, seguimiento de políticas públicas y formulación de recomendaciones, sin perjuicio de otros cometidos específicos.**

Pero lo cierto es que tampoco todos responden a unas características uniformes, ya que **en algunos casos sirven de cauce a la participación de otras instituciones** y de organizaciones representativas de intereses sociales (conforme a la expresión del

artículo 22.2 LRJPAC), mientras que **en otros** se trata de **meras unidades administrativas integradas en un órgano de la Administración activa.**

DCJA 134/2007 pár. 40-41

Es de considerar también, por otra parte, la voluntad de diferir al propio **Consejo Vasco de Investigación** la facultad de dotarse de su régimen de organización y funcionamiento, voluntad que se manifiesta en la disposición adicional del proyecto, que ha evolucionado finalmente hacia una línea reductiva desde una regulación inicial más densa en el proyecto respecto a aspectos relativos al régimen de funcionamiento del órgano.

No obstante, la Comisión entiende que el proyecto debería —siguiendo la propuesta realizada por la OMA en este mismo sentido— **recoger de forma expresa la integración, adscripción o dependencia del Consejo al Departamento correspondient**e —se supone por el expediente que el de Educación, Universidades e Investigación—, a fin de no dar lugar a equívocos, sobre todo con órganos que reflejan una participación interdepartamental en su creación y composición; cuestión que debería quedar resuelta en el artículo 1 del proyecto.

DCJA 137/2007 pár. 46-47

La **Agencia** será desde su constitución un **ente público de derecho privado** (artículo 2.1) según calificación expresa, tal como requiere el artículo 16 de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre (en adelante LPOHG); texto legal que también exige Ley para su creación (artículo 12.1 en relación con el artículo 17).

Según la LPOHG, ello lo convierte en un **ente institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de naturaleza pública**, cuyo objeto es **la realización en régimen de descentralización de actividades pertenecientes a la competencia de la misma y que se rigen fundamentalmente por el derecho privado** (artículo 15 LPOHG). El régimen de tales entes es el siguiente:

— Están dotados de personalidad jurídica propia y diferente de la que tengan las demás integrantes de la Comunidad Autónoma (artículo 7.4 LPOHG).

— Se rigen, en relación con las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, por las disposiciones referentes a las mismas que les sean de expresa aplicación y, en lo que no las contradigan, por el derecho privado (artículo 18 LPOHG).

— Se encuentran disposiciones, en materias propias de la Hacienda General del País Vasco, de expresa aplicación a los entes públicos de derecho privado en

la LPOHG (artículo 19 y 23, que prevé su titularidad de sociedades públicas; 29.2 sobre elaboración de anteproyecto de su presupuesto y 48.5 sobre actividad subvencional); en la Ley 8/1996, de 8 de noviembre, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de Euskadi (artículos 35, sobre endeudamiento, y 51, sobre prestación de garantías); en el texto refundido de la Ley de Régimen Presupuestario de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, (artículos 51 y relacionados—); en la Ley 14/1994, de 30 de junio, de control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículos 1.4 y 6.3, entre otros); y en la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi (artículo 1.1 y concordantes); al contrario, la Ley 13/1998, de 29 de mayo, de tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco (artículo 1.2) excluye de su ámbito los ingresos derivados de la prestación de servicios por este tipo de entes.

— A falta de una regulación general de la Administración Institucional de la Comunidad Autónoma, más allá de las materias propias de la Hacienda General del País Vasco, **son aplicables a los entes públicos de derecho privado disposiciones autonómicas, o estatales, según las funciones o prerrogativas que se trate de ejercer en cada caso** (así, artículo 2.2 de la Ley 30/1992, y ello respecto a los contenidos de dicha Ley que resulten básicos distinguidos por STC 50/1999) o las condiciones en que funciona o es financiado el ente (por ejemplo, artículo 1.3 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, LCAP).

DCJA 160/2007 pár. 30 y 31

E) Administración corporativa

También señala, en relación con la configuración actual de estas corporaciones, «Si el legislador (estatal o autonómico) estima conveniente la colaboración en funciones públicas de una representación de intereses sociales, a él le corresponde precisar los términos de esa colaboración, y la instrumentación de los métodos representativos a adoptar, con las innovaciones que estime convenientes, tanto en cuanto a la amplitud o extensión del sector social a integrar, como en cuanto a la intensidad y métodos de participación».

Junto con lo anterior, ha de tenerse en cuenta que el artículo 22.1 CE consagra el **principio de libertad de asociación**, que es la regla general, **admitiéndose como excepción, que requiere justificación, la intervención del poder público**, tal y como se puso de manifiesto en el DCJA 113/2005, «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, vendrán determinados 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).

DCJA 64/2007 pár. 28-31

F) Delegación de firma

Ahora bien, en el caso de que para dársela se acuda a la delegación de firma, en primer lugar se ha de señalar que no es necesario que el proyecto lo prevea, pues el órgano competente puede acudir directamente a lo dispuesto en el artículo 16 LRJPAC, y, en segundo lugar, que **la delegación de firma no supone alteración de la titularidad de la competencia, lo que implica que la resolución deba entenderse dictada por el órgano delegante,** sin que pueda éste válidamente someterla a revisión posterior.

DCJA 84/2007 pár. 77

G) Colaboración interadministrativa

Reproducimos […] lo señalado en la Consulta 158/2007, en el sentido de que el auxilio y colaboración con la ISSL previsto en el artículo 10.3 del proyecto informado viene previsto en términos imperativos, que han de ser modulados, ya que **el deber de colaboración entre administraciones se fundamenta en el principio constitucional de colaboración interadministrativa,** y se halla, asimismo, contemplado en la LRJPAC. Se sugiere, en ese sentido que se modifique la redacción de ese párrafo

del artículo 10, para **evitar** problemas interpretativos de **imposición de obligaciones a otras administraciones en una norma reglamentaria, y fijarla de manera potestativa**, señalando, con carácter general, que la Inspección, en el ejercicio de sus funciones, podrá solicitar, a través de los mecanismos legalmente establecidos y la suscripción de los instrumentos previstos a estos efectos, la colaboración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para el cumplimiento de sus fines

DCJA 173/2007 pár. 65

En el **artículo 10.1** es destacable que se establece que la ISSL solicitará a la **Administración Tributaria** la información, antecedentes y datos con relevancia para el buen fin de la acción inspectora (en una traslación de lo previsto en el artículo 10 del Real Decreto 928/98). En cambio, en el proyecto de Decreto que aprueba el Reglamento de la ISSL no se contempla este tipo de colaboración con la Administración Tributaria (artículo 8 del Reglamento proyectado para la Inspección). La falta de presencia de una previsión en esa línea en ese proyecto de Decreto del Reglamento de la ISSL no es casual, sino que responde a la imposibilidad de obtener una colaboración de ese tipo de la Administración Tributaria, con arreglo a la normativa vigente, que no podrá, tampoco, incluirse en el proyecto ahora analizado.

Conforme a la normativa tributaria (artículo 95 de la Ley General Tributaria —LGT—, y preceptos concordantes de las Normas Forales), la Administración Tributaria no puede ceder datos, informes o antecedentes que hubiera obtenido en el desempeño de sus funciones porque tienen carácter reservado y sólo pueden ser utilizados o cedidos o comunicados a terceros en los supuestos que menciona, incluyendo el artículo 95 LGT en la letra c) del párrafo 1 la colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en la lucha contra el fraude en la cotización y recaudación de las cuotas del sistema de Seguridad Social, así como en la obtención y disfrute de prestaciones a cargo de dicho sistema. Ese es el motivo por el que el Real Decreto 928/1998 prevé esa colaboración en su artículo 10, dada la extensión de competencias de la ITSS en el ámbito de la Seguridad Social. Así, el artículo 95 LGT tan sólo prevé en la letra k) de su párrafo 1 la cesión o comunicación de datos a terceros cuando tenga por objeto la colaboración con las administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones —como sería el caso—, pero sometidos a la condición de la previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados.

DCJA 173/2007 pár. 61-62

H) Potestad sancionadora

El procedimiento sancionador ha de garantizar, en todo caso, que no se cause indefensión a los sujetos responsables, por lo que el artículo 18 del Reglamento proyectado, al no contemplar en ningún apartado el trámite de audiencia en el su-

puesto de que aquéllos no hayan formulado alegaciones al Acta de infracción, está vulnerando los principios que han de regir el Derecho sancionador.

DCJA 173/2007 pár. 69

La precedente consideración se hace por la **especial cualificación que el principio de seguridad jurídica adquiere en el ámbito de la potestad sancionadora de las administraciones públicas**, intervención administrativa especialmente limitadora de la libertad individual que reclama la identificación cierta de las infracciones en las que se puede incurrir y las sanciones que tales conductas pueden llevar aparejadas. En el caso examinado, tal contenido se encuentra en las normas estatales indicadas, por lo que su adecuada cita en el Reglamento autonómico se estima necesaria.

DCJA 172/2007 pár. 54

El primer aspecto importante a tener en cuenta es que corresponde al legislador la atribución de la potestad sancionadora (ley previa) y a la hora de describir las infracciones y sanciones correspondientes **debe hacerlo con la mayor precisión y claridad posible, de tal manera que el ciudadano conozca, de antemano, y con la mayor certeza alcanzable, cuáles de sus conductas constituyen infracción y cuál es la respuesta punitiva que puede esperar *(lex certa).***

Otro de los grandes principios es el de **proporcionalidad** que no sólo hace referencia a la tarea de fijar en concreto la sanción para cada infracción sino también a la tarea de fijar la concreta calificación de la conducta infractora.

Los artículos 127 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (LPSA), recogen tales principios —legalidad, tipicidad y proporcionalidad—, los cuales condicionan lógicamente la tarea del legislador y se traducen en reglas sustantivas que deben ser obligatoriamente respetadas.

En lo que se refiere al propio régimen sancionador, como ha dicho muchas veces el Alto Tribunal, las comunidades autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el ámbito del derecho sancionador (artículo 25.1 CE, básicamente) y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen aplicable en otras partes del territorio.

[…]

Dicho esto, y sin negar la amplia potestad conformadora del legislador y entendiendo que la calificación de las infracciones en los tres tipos establecidos por el artículo

129.1 LRJPAC y artículo 4.1 LPSA, muy graves, graves y leves, es meramente indicativa, sin que resulte obligado que tenga que categorizar las infracciones siempre en los tres supuestos, abarcando todo el abanico, porque ello dependerá del bien jurídico protegido, se impone, sin embargo, una reflexión acerca de la clasificación que efectúa el anteproyecto —en dos grandes grupos: graves y leves— a partir del principio de proporcionalidad.

Para ello, diremos, de forma resumida, que tal principio obliga a medir el desvalor relativo que merecen las diferentes conductas infractoras y fijar su gravedad por la antijuridicidad del hecho considerado en abstracto, es decir, por la relevancia jurídica del bien atacado y por el grado o intensidad de la lesión o puesta en peligro del mismo que ocasione el hecho considerado.

DCJA 118/2007 pár. 112-115 y 118-119

2. ADOPCIÓN

Así, y sin perjuicio de que en el análisis más pormenorizado del proyecto nos remitamos a otros, no podemos olvidar que el Código Civil, en su artículo 176, establece que la **adopción se constituye por resolución judicial**, y que en el fondo prevé un procedimiento administrativo para iniciar el expediente de adopción al requerir en ciertos supuestos la propuesta previa de la entidad pública que ha declarado idóneos al adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

Estas determinaciones, que también se recogen en el artículo 82.3 de la Ley 3/2005, nos conducen a concluir que la **adopción nunca puede ser constituida por vía administrativa**, limitándose, en su caso, la entidad pública a elevar al Juez la oportuna propuesta. Así, es en el ámbito judicial donde debe dirimirse y decidirse toda la problemática concerniente a la constitución o no del vínculo paterno-filial.

Asimismo, hemos de tener en cuenta que, en la adopción, el menor adquiere una nueva relación paterno-filial y por ello resulta ser el más afectado en el procedimiento. Este hecho conlleva que el interés predominante de todo el proceso deba ser precisamente el del adoptando. El «favor minoris» destaca como principio esencial y preferente frente a los adoptantes, tal y como queda recogido no solamente en el artículo 39 de la Constitución Española y en la normativa sobre menores y adopción, incluida la Ley origen de la presente norma, sino también en Convenios Internacionales y en la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, y por ello también será tenido en cuenta en el análisis de la norma.

No obstante, no podemos ignorar que junto a dicho interés confluyen otros intereses, igualmente legítimos, del adoptante o adoptantes, aunque de rango inferior. En efecto, el que aspira a la crianza y educación de un menor no está sino satisfaciendo su derecho constitucional a la formación de una familia, en un plano de materiali-

zación tanto personal como social, por lo que este derecho no debe quedar postergado y habrá de ponderarse en conjunción con el superior interés del menor.

DCJA 101/2007 pár. 58-61

El literal del artículo 83.1, k) de la Ley 3/2005 se refiere a que el adoptante o adoptantes cuenten con una edad que, previsiblemente, no pueda suponer una limitación para el conveniente desarrollo del adoptado, sin especificar edad alguna. La norma proyectada, por su parte, establece como criterio de valoración en su artículo 12.1.o) un límite de edad al señalar «que exista adecuación entre la edad de las personas interesadas y la de las personas menores de edad que aquéllas estén dispuestas a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de 44 años con la más joven de las personas solicitantes en el supuesto de parejas o con la persona solicitante en el caso de familias monoparentales en el momento de la emisión del certificado de idoneidad».

El establecimiento de este criterio como mecanismo para apreciar la mayor o menor **idoneidad de los solicitantes de adopción**, de modo que ponderada su incidencia en el conjunto de circunstancias que concurren permita la selección del más idóneo, requiere a juicio de esta Comisión, y como ya hemos apuntado, que el expediente contenga una justificación objetiva y razonable de su implantación para lograr la finalidad u objetivo que se pretende, y que no es otro que garantizar el conveniente desarrollo del adoptado.

Ha de recordarse que el **principio de igualdad** (art.14 CE) prohíbe las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las **consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida**, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Así, según la doctrina constitucional, el principio de igualdad exige que la diferencia de trato resulte **objetivamente justificada**, y además que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

En definitiva, la existencia en el expediente de una justificación del factor de edad tomado en consideración permitiría constatar si tal diferenciación descansa en elementos objetivos y razonables atendiendo al fin perseguido por la regulación.

DCJA 101/2007 pár. 98-102

El artículo 37 se refiere al objeto del **Registro de adopciones** señalando que «tendrá por objeto la inscripción de las familias solicitantes de adopción, así como de la identidad, sexo y edad de las personas menores de edad adoptadas, […]». Si bien

en el expediente no consta explícitamente su función, de las referencias que el texto proyectado contiene puede deducirse que se trata de un **instrumento de ordenación** de la acción del servicio correspondiente en materia de adopción, en el que se inscriben los ofrecimientos (artículo 18), las resoluciones de idoneidad (artículo 24.1) y las personas solicitantes o solicitudes de adopción internacional (artículo 31).

De este modo, no se alcanza a apreciar la necesaria relación de adecuación entre la consignación de los datos citados sobre las personas menores de edad adoptadas y la finalidad de dicho Registro, y mucho menos, teniendo en cuenta el principio general de acceso de los ciudadanos a los registros administrativos, y el carácter sensible de los datos que sobre los menores pretende contener ese Registro. Todo ello, si olvidar que la Ley 3/2005, en su artículo 84, regula el acceso a los datos sobre la filiación biológica del adoptado mediante un procedimiento confidencial de mediación y cumpliendo las obligaciones que establece el artículo 11 de dicha Ley, entre las que cabe destacar la inscripción de la filiación materna en el Registro Civil.

Por ello, esta Comisión entiende que debe reformularse el objeto del Registro. Asimismo, cabe reflejar que no consta en el expediente referencia alguna a la posibilidad de que se constituya más de un Registro de adopciones y, además, el texto normativo se refiere a un único Registro en cada territorio. Por lo tanto, entendemos que la norma debe reflejar de modo claro cuál es la configuración del Registro.

DCJA 101/2007 pár. 113 a 115

3. AUTONOMÍA MUNICIPAL

El Tribunal Constitucional ha expuesto que **la autonomía municipal**, tal y como se reconoce en los artículos 137 y 140 de la Constitución, **goza de una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar** (STC 84/1982); más allá de este contenido mínimo, la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones diversas, válidas en cuanto respeten dicha garantía institucional.

Ha de partirse, pues, con el límite indicado de la configuración legal de la autonomía local (STC 46/1992, de 2 de abril; FJ 2), teniendo en cuenta que la jurisprudencia constitucional tiene dicho que esa garantía institucional supone el «**derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen**, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias» (STC 32/1981, FJ 2).

Es para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración de cuanto les atañe, para el que los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 32/1981, FJ 2).

Deben, por tanto, observarse las normas básicas del Estado que han dotado de un contenido inatacable a la autonomía municipal, sin que ello este reñido con un margen de configuración normativa que permite que las disposiciones de la Comunidad Autónoma vengan a plasmar opciones propias de política legislativa en el espacio que permite ese marco de referencia que deriva de la Constitución, de los Estatutos y de las disposiciones básicas.

DCJA 159/2007 pár. 66-69

4. COMERCIO

Conforme a la modificación del artículo 13 de la Ley 7/1994, de 21 de mayo, que plantea el anteproyecto y la disposición transitoria segunda del mismo puede señalarse que se configura un régimen general y otro transitorio.

El régimen general para la implantación, modificación o ampliación de **grandes establecimientos** en la CAE es, en síntesis, el siguiente:

— Podrán establecerse tales establecimientos allí donde el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre) lo permita y si, conforme a éste, se pretende ubicar en lugares cuya ordenación urbanística corresponda al planeamiento urbanístico municipal, éste deberá adaptarse, contemplando el uso específico de gran establecimiento comercial, así como las valoraciones y cumplimiento de los requisitos dotacionales que establece el artículo 13.

— El concepto de gran establecimiento sometido a este régimen se definirá reglamentariamente en función de la superficie y la población del término municipal en que se ubiquen o hayan de ubicarse pero, en ningún caso, tendrán tal condición los que tengan una superficie edificada inferior a 700 m^2, los mercados municipales, los de venta y expedición de carburantes y los dedicados a la venta de vehículos automóviles.

Mientras los ayuntamientos no adapten su planeamiento urbanístico a las previsiones establecidas en el citado artículo 13, se diseña un régimen transitorio (disposición transitoria segunda) con el siguiente contenido:

— Se somete la actividad de gran establecimiento a una licencia comercial, previa a la municipal, cuyo otorgamiento corresponde a la Administración autonómica.

— Su objeto es la implantación, modificación o ampliación de los grandes establecimientos, así como los cambios de titularidad de un establecimiento y de la titularidad de la explotación de la actividad, cuando se refiera a establecimientos con una superficie de venta al público igual o superior a 400 m^2 y

cuyo titular no tenga la consideración de PYME —según la definición que para éstas proporciona la Recomendación de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003 (2003/361/ CE)—.

— Los establecimientos con una superficie de venta al público inferior a 400 m^2, los dedicados a la venta y expedición de carburantes, los de venta de automóviles y los establecimientos de venta de artículos de equipamiento del hogar —siempre que sus titulares tengan la condición de PYME— no están sujetos a la licencia comercial.

— Su otorgamiento se ajustará a las previsiones del Decreto 58/2001, de 27 de marzo.

— Conforme al artículo 5 de dicho Decreto 58/2001, de 27 de marzo, el criterio de otorgamiento es el «adecuado equipamiento comercial», entendiendo por tal aquél que garantice a la población existente y, en su caso, a la prevista a medio plazo una disponibilidad de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicios, precios y horarios, conformes con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor en la comarca afectada. Para satisfacer tal objetivo se asigna a cada comarca una superficie máxima de venta por medio de gran establecimiento comercial.

— El procedimiento se ajustará a lo señalado en el citado Decreto 58/2001, de 27 de marzo, con la expresa previsión legal del sentido desestimatorio del silencio.

Como ya hemos señalado, para el examen de este contenido del anteproyecto cobra una especial relevancia la **Directiva 2006/123/CE**.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad (entre otras, STC 28/1991, de 14 de febrero), pero corresponde a esta Comisión al desarrollar su función consultiva integrar en su examen la citada norma comunitaria, atendiendo a las consecuencias que para los ordenamientos internos derivan del principio de primacía del derecho comunitario (DTC 1/2004).

En cuanto a sus objetivos, del preámbulo de la Directiva cabe colegir que integran aquéllos el propiciar la desaparición de los obstáculos que dificultan el establecimiento de un mercado interior de servicios; obstáculos entre los que incluye los trámites administrativos a cuyo cumplimiento se sujeta el acceso y el ejercicio de una amplia gama de actividades de servicios en los ordenamientos internos.

Al servicio de dicho objetivo, el preámbulo de la Directiva explica —con el grado de detalle propio de la parte expositiva de las normas comunitarias— los objetivos y medidas que pretende incorporar, las definiciones de los términos y conceptos jurídicos indeterminados que emplea en su articulado, así como las actuaciones que deben desarrollar los Estados miembros.

La norma comunitaria se dicta tomando en cuenta las libertades garantizadas en los artículos 43 (libertad de establecimiento) y 49 (libertad de prestación de servicios dentro de la Comunidad) del Tratado y de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del artículo 5 del mismo texto.

Conforme a su artículo 44, el plazo de transposición finaliza el 28 de diciembre de 2009.

No obstante, de acuerdo con su artículo 15. 6, a partir del 28 de diciembre de 2006 los Estados miembros únicamente podrán introducir nuevos requisitos para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio que sean no discriminatorios (según el artículo 15.2) y que, además, no discriminen ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue sin ir más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y sin que puedan sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Ha de tenerse en cuenta, asimismo, la **jurisprudencia del TJCE** (STJCE de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie) **sobre el ámbito de disponibilidad de los Estados miembros durante el plazo concedido para trasponer una Directiva**, según la cual, si bien éstos no vienen obligados a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo que establezca la Directiva antes de expirar el plazo de transposición, de la aplicación del párrafo segundo del artículo 5, en relación con el párrafo tercero del artículo 189 del Tratado, se deduce que durante dicho plazo deberán abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la norma comunitaria.

En la tarea de apreciar el cumplimiento de esa limitación durante el periodo de transposición el Tribunal ha distinguido dos supuestos.

En el primero, considera que si las medidas adoptadas durante el periodo de trasposición se presentan como una adaptación definitiva y completa del derecho interno, de detectarse su incompatibilidad con la Directiva, si permiten presumir que el resultado perseguido por ésta no podrá alcanzarse en el plazo establecido (juicio en el que se toma en cuenta asimismo si cabría su modificación dentro de dicho plazo) quedará vedada tal actuación al Estado miembro.

En el segundo caso, teniendo en cuenta las facultades que el Estado miembro tiene para adoptar disposiciones provisionales o dar ejecución a la Directiva por etapas (para lo que habrá de estarse a lo que se deduzca de la norma comunitaria), podría no derivarse la incompatibilidad de las disposiciones transitorias del Derecho nacional con la Directiva, al considerar que éstas no comprometen necesariamente el resultado perseguido por ésta.

Del expediente puede colegirse que se trata de una suerte de adaptación parcial (pues el régimen general se completa con la subsistencia transitoria de la licencia comercial) y, por otro lado, la transposición —en cuanto adaptación del ordena-

miento interno, también afecta al Estado, en cuanto titular de competencias que, como hemos visto, le permiten incidir en la regulación de la actividad comercial con soporte en otros títulos competenciales.

En esta ámbito de análisis, teniendo en cuenta el artículo 15. 6 de la Directiva y que la iniciativa no se contrae sólo a establecer el régimen general —amparado en razones urbanísticas y que suprime la licencia comercial— sino que modifica parcialmente el régimen de ésta, **la conveniencia de razonar que la subsistencia de la licencia comercial está justificada por una razón imperiosa de interés general, es adecuada para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no va más allá de lo necesario para su consecución, sin que pueda sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, se revela elemento decisivo para afianzar la iniciativa correctamente dentro del margen de maniobra del que disponen los Estados miembros para adoptar medidas durante el periodo de transposición.**

DCJA 165/2007 pár. 90-105

5. FUNDACIONES

A) Derecho de fundación

El artículo 34 CE, ubicado en la sección 2ª del Capitulo II del Título I de la Constitución, reconoce el derecho de fundación para fines de interés general. De su constitucionalización se deduce que su ejercicio se ha de regular por Ley, que ha de respetar su contenido esencial (artículo 53.1 CE), y que dicha Ley no ha de ser una Ley orgánica (artículo 81 CE).

El apartado 2 del citado artículo 34 CE añade además que se regirán por lo dispuesto en los apartados 2 (las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales) y 4 (las asociaciones sólo podrán ser disueltas y suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada) del artículo 22 CE. **No siendo el derecho de fundación un derecho fundamental,** sin embargo, **la Constitución ha extendido a las fundaciones el mismo tratamiento** previsto, en tales aspectos**, al derecho fundamental de asociación**.

En cuanto a su configuración la STC 49/1988 vino a señalar que el artículo 34 CE «se refiere sin duda al concepto de fundación admitido de forma generalizada entre los juristas y que considera la fundación como la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general. La fundación nace, por tanto, de un acto de disposición de bienes que realiza el fundador, quien los vincula a un fin por él determinado y establece las reglas por las que han de administrarse al objeto de que sirvan para cumplir los fines deseados de manera permanente o, al menos, duradera. Tanto la manifestación de voluntad

como la organización han de cumplir los requisitos que marquen las Leyes, las cuales prevén, además, un tipo de acción administrativa (el Protectorado) para asegurar el cumplimiento de los fines de la fundación y la recta administración de los bienes que la forman», añadiendo que «el reconocimiento del derecho de fundación figura en el Texto constitucional inmediatamente después del artículo que recoge el derecho a la propiedad y a la herencia (art. 33). Ello permite entender que aquel derecho es una manifestación más de la autonomía de la voluntad respecto a los bienes, por cuya virtud una persona puede disponer de su patrimonio libremente, dentro de los límites y con las condiciones legalmente establecidas, incluso creando una persona jurídica para asegurar los fines deseados».

Por otra parte la STC 341/2005, de 21 de diciembre, destaca la **esencialidad del interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional**, proclamado en el artículo 34.1 CE, del que surge como lógico corolario su consideración como entidades sin ánimo de lucro, caracterización que ha de ser «calificada como elemento nuclear de la figura, pues ese componente finalista excluye de suyo la satisfacción de intereses particulares mediante la obtención de beneficios (cuya referencia constitucional ha de buscarse, llegado el caso, en el artículo 38 CE)».

Del interés general al que sirven las fundaciones se deriva a su vez otro rasgo básico expuesto también en la citada Sentencia «la exigencia de intervención administrativa. Como dijimos en nuestra STC 164/1990, de 29 de octubre, las competencias de los poderes públicos en la materia encuentran su razón de ser evidente 'en la necesidad de proveer a la Administración de instrumentos necesarios para asegurar que las fundaciones no se desvían de los fines de interés público que según el Código Civil (artículo 35.1) les son propios' (FJ 3); función que, aún en el mismo orden de consideraciones, habría que completar con la más genérica de evitar la existencia de fundaciones ilegales por sus fines o por los medios que utilicen (artículo 34.2 CE, en relación con el artículo 22.2 CE)».

Ahora bien, esa intervención administrativa se encuentra limitada por la garantía que reconoce el artículo 22.4 CE, en el sentido que **sólo podrán ser disueltas y suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada**.

DCJA 33/2007 pár. 21-26

B) Gobierno de la fundación

A diferencia de lo que sucede con la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, la LFV (artículo 10) **permite que el gobierno de la fundación sea ejercido por una persona física.**

De hecho, el artículo 9 del reglamento del protectorado se inicia, como no puede ser de otra forma, con la salvedad, «En defecto de disposición estatutaria expresa […]».

El proyecto, en cambio, sólo parece contemplar el órgano de gobierno colegiado y al regular los requisitos formales, de forma indirecta, viene a convertir en necesaria la existencia en todas las fundaciones de un secretario y un Presidente, solución organizativa que tampoco es imperativa en la **LFV** que **sólo contempla la existencia obligatoria del Presidente, cuando se trate de un órgano de gobierno colegiado** (artículo 10.3 LF).

Una cosa es que el procedimiento registral exija la fijación de requisitos para que los acuerdos de la fundación estén correctamente certificados y otra que al establecerlo deban tenerse en cuenta las posibilidades de organización interna de las fundaciones que derivan de la LFV.

DCJA 37/2007 pár. 195-198

C) El Protectorado

Interpretación de la voluntad fundacional

Del extenso listado de **funciones del Protectorado** que relaciona el artículo 3 del proyecto llama nuestra atención la que contempla su letra d). En su virtud se le atribuye la tarea de «**interpretar, suplir e integrar la voluntad fundacional, a petición del órgano de la fundación, o bien de oficio, al objeto de adecuar la voluntad y fines fundacionales a la nueva realidad y circunstancias imperantes en cada momento**».

Teniendo en cuenta que este precepto viene a complementar y desarrollar el artículo 36.2 LFV, se hace preciso consignar que la competencia del Protectorado con la que está conectada es la descrita en la letra c) del citado precepto legal, y que la misma ha sido definida por el legislador en otros términos, pues queda delimitada de la siguiente forma: «velar por el efectivo cumplimiento de los fines de cada fundación, conforme a la voluntad expresada por el fundador, e interpretar, suplir e integrar esta voluntad cuando fuere necesario».

Como se observa del contraste entre ambas previsiones, mientras que en la Ley la actuación del Protectorado se dirige, cuando exista una laguna, omisión o duda interpretativa, a preservar la voluntad expresada por el fundador, en el reglamento el Protectorado va más allá, ya que puede llegar a «adecuar (la)» en atención a la nueva realidad y circunstancias imperantes en cada momento.

Esta Comisión estima, sin embargo, que ello no es posible, porque la modificación de los fines fundacionales (ya que una operación de ese tipo, de adaptación o ajuste, no puede significar otra cosa) implica alterar los estatutos [pues forman parte obligada de su contenido, ex artículo 7.1 b) LFV], y la propia LFV se ocupa de establecer en su artículo 31 las reglas que rigen tal operación jurídica.

De acuerdo con dicho precepto, es el órgano de gobierno de la fundación el que, bien de forma potestativa podrá acordar la modificación de los Estatutos de la fundación, siempre que sea respetado el fin fundacional y no exista prohibición del fundador, bien de forma obligatoria deberá hacerlo «cuando las circunstancias que motivaron la constitución de la fundación hayan variado de tal manera que ésta no pueda actuar satisfactoriamente con arreglo a aquéllos, salvo que para el supuesto de que se trate haya previsto el fundador la extinción de la fundación». En éste último caso, que precisamente atiende a las vicisitudes por las que puede pasar la vida de la entidad y que persigue que, pese a lo temporal y contingente, se mantenga en la satisfacción del interés público que justificó su creación, si el órgano fundacional no modificara los estatutos, el Protectorado, sin perjuicio de ejercer la acción de responsabilidad frente a los miembros del órgano, podrá pedir a la autoridad judicial que ordene la realización de la modificación que proceda. Finalmente, la Ley añade que el acuerdo de modificación, que deberá ser razonado, habrá de formalizarse mediante escritura pública, contar con la aprobación del Protectorado y ser inscrito en el Registro de Fundaciones.

Tal régimen, de otra parte, queda reflejado en el artículo 33 del proyecto, con lo cual el supuesto al que nos confronta este artículo 3 d) tendría incluso difícil encaje y aplicación en el futuro reglamento, pues no es posible marcar una línea divisoria entre ambos —la LFV no ha previsto que entre la estricta aplicación estatutaria y la modificación estatutaria, con la que establecer una regla a futuro que discipline con vocación de permanencia la actividad de la fundación, pueda coexistir un supuesto intermedio de adaptación en el que se puede incluso prescindir de la voluntad del fundador—

A mayor abundamiento, cabe añadir que lo establecido en el artículo 31 LFV se reitera en el artículo 29, apartados 1, 2, 3 y 5 de la LFE, calificado como legislación civil por el legislador estatal, inserción que ha sido confirmada por la STC 341/2005 entendiendo que «el legislador estatal ha erigido a la voluntad del fundador, manifestada en el negocio jurídico fundacional, en límite infranqueable de eventuales modificaciones estatutarias, excluyendo la intervención sustitutiva del Protectorado. En todo caso estamos ante una norma que incide en el núcleo mismo de la institución fundacional, en cuanto persona jurídico-privada, que ha de reconducirse al ámbito propio de la «legislación civil» en el cual el Estado tiene, en principio, competencia exclusiva ex art. 149.1.8 CE que únicamente reconoce competencia normativa a las Comunidades Autónomas para conservar, modificar o desarrollar los derechos civiles, forales o especiales «allí donde existan» [FJ 10 d)].

En suma, se impone una reformulación del artículo 3. d) del proyecto de modo que se engarce más exactamente con la previsión legal. **La facultad que concede la LFV debe entenderse de forma más modesta, pues únicamente habilita al Protectorado, en el caso de que el órgano de gobierno se aparte en una situación concreta de la voluntad o fines implícitos o subyacentes establecidos por el fundador, para que le requiera a fin de que se ajuste a los mismos y, en el caso de que no sea atendido, acuda a los Tribunales.**

DCJA 33/2007 pár. 57-64

Control e inspección

Antes que nada, se hace preciso consignar que el Protectorado es el órgano de control de las fundaciones (artículo 36.1 LFV) que ha de velar por el correcto ejercicio del derecho de fundación y por la legalidad de la constitución y funcionamiento de las fundaciones (artículo 34.1 LFE).

Para hacer efectivo ese control la Ley impone a las fundaciones una serie de obligaciones documentales, debiendo presentar al Protectorado el inventario, el balance de situación y la cuenta de resultados, una memoria de las actividades realizadas durante el ejercicio económico, el presupuesto de gastos e ingresos correspondiente al ejercicio siguiente y la liquidación del ejercicio anterior (artículos 26 y 27 LF). Están también obligadas a llevar una serie de libros comprobantes (Libro de Inventarios y Cuentas Anuales, Libro de Presupuestos, Libro de Actas y Libro diario), pudiendo llevar otros libros auxiliares. Han de cumplir, asimismo, las normas de contabilidad por las que se rigen y han de someterse a auditoría externa las fundaciones que tengan relevancia económica.

En definitiva, están sometidas a numerosas normas que inciden en su funcionamiento interno y a la actividad de control del Protectorado que vigila el exacto cumplimiento de la voluntad fundacional y de las finalidades de interés general que constituyen su objeto.

Como consecuencia de todo ello, es lógico que el Protectorado pueda examinar e inspeccionar los «documentos, libros, contabilidad, ficheros, facturas y cualquier documentación necesaria para la verificación de las actividades fundacionales» o, incluso, el informe de auditoría de aquellas entidades que están obligadas a someterse a auditoría externa.

Dicho esto, hemos de detenernos en las letras a) y d) del artículo 30.1 del proyecto, pues suscitan problemas de distinto calado. La primera contempla, para que la actividad de control resulte efectiva, la «comparecencia de los miembros del órgano de Gobierno ante el Protectorado al objeto de dar cuenta y razón de los supuestos mencionados en el artículo 28.2 de este Reglamento» y, la segunda, con idéntico fundamento, la «personación del Protectorado en la sede o locales de la fundación y en cualquier otro lugar donde desarrolle sus actividades».

Como acertadamente se afirma en el informe jurídico supracitado, el artículo 40 LRJPAC prevé que la comparecencia de los ciudadanos ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así este previsto en una norma con rango Ley. Como ha dicho la doctrina, debe precisarse que aunque el precepto se refiere a una obligación, parece que está mas bien hablando de un deber.

La LFV no incluye entre las obligaciones de los miembros del órgano de gobierno la de comparecer personalmente para dar cuenta de su gestión (artículo 13 LFV), por lo que cabe entender que no están obligados a ello.

Es más, tal obligación para con el Protectorado y, en último término, frente a los poderes públicos, tendría un grado de coercibilidad muy limitado, ya que la LFV no ha dispuesto un régimen sancionador para asegurar su cumplimiento —es discutible además que pudiera haberlo hecho porque no hay que ignorar que, STC 87/1985, de 16 de julio, (y luego han reiterado las SSTC 196/1996 y 15/1998) «las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 CE), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (artículo 149.1.1)" (FJ 8)—.

En lo que se refiere a la **personación del Protectorado en la sede de la fundación, cumple recordar que el artículo 18 CE regula el derecho a la intimidad personal, que debe entenderse aplicable a toda clase de personas, físicas y jurídicas, y que tiene como consecuencia la inviolabilidad del domicilio**, en el que no podrá entrarse ni efectuar ningún registro sin el consentimiento del titular o sin resolución judicial, con la excepción del caso de flagrante delito.

La doctrina constitucional, STC 69/1999, de 26 de abril, se ha ocupado de definir, una vez sentado que dicho derecho fundamental no está circunscrito a las personas físicas, que «la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma, o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros». Excluye lo anterior que todo recinto cerrado merezca la condición de domicilio a efectos constitucionales, y, así, el concepto y su correlativa garantía constitucional «no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, F. 22)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad» —STC 228/1997, de 16 de diciembre—.

Ahora bien, aun no siendo domicilio en dicho sentido, no por ello queda siempre descartada la necesidad de autorización judicial en tanto tales espacios sean no obstante lugares cuyo acceso dependa del consentimiento del titular. En ese sentido, el artículo 96.3 de la LRJPAC se refiere a la obtención del consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial, para la necesaria entrada en «el domicilio» del afectado a fin de ejecutar forzosamente los actos administrativos, pero el artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 8.5 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, amplían este ámbito a los restantes edificios y lugares de acceso dependiente del titular.

Hay que decir también que aunque tales preceptos no contemplan este caso, serían sin embargo aplicables por analogía, método aplicativo que entendió razonable la STC 50/1995, de 23 de febrero, para un caso, la actividad inspectora de la Hacienda

Pública, que el propio TC calificó de vital en una sociedad democrática para el bienestar económico del país. La «entrada en el domicilio y su registro se ha concedido para el desarrollo de la actividad inspectora de la Hacienda Pública. El procedimiento de la inspección tributaria tiene una naturaleza inquisitiva y cumple, en su ámbito, la función de investigar y documentar el resultado de las pesquisas o averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, que normalmente será el de liquidación pero que muy bien pudiera desembocar en otro sancionador e incluso penal por delito fiscal. No es arbitraria sino muy razonable la extensión analógica del único precepto legal existente al respecto [entonces artículo 87.2 actual artículo 91.2 LOPJ], ante el silencio de la Constitución, si se repara en las características de tal actuación administrativa».

El que exista un interés público en el correcto funcionamiento de la fundación, no significa que no deban activarse tales garantías, máxime cuando el procedimiento puede conducir a la **exigencia de responsabilidad** de los miembros del órgano de gobierno o incluso a un proceso penal si se encuentran **indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la fundación**.

En consecuencia, siendo innegable el derecho de inspección que tiene el Protectorado, resulta claro también que, si para ejercitar el citado derecho y deber de inspección fuera necesario entrar en el domicilio, en los locales que constituyen el centro neurálgico de la fundación, será indispensable el consentimiento del órgano de gobierno de la fundación o la correspondiente resolución judicial.

DCJA 33/2007 pár. 149-162

Impugnación de las decisiones

Aunque de la aplicabilidad del artículo 39 LFV cabría deducir que tanto la resolución expresa como la presunta, con las que se pone fin al procedimiento administrativo que se instruya, **serían impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de un órgano cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa, tal posibilidad debe ser arrumbada.**

Cabe avanzar que en el caso de la extinción ya está descartada, tanto el artículo 34.3 LFV como el propio reglamento proyectado en su artículo 35.2, ante la negativa del Protectorado, prevén que sea la autoridad judicial la que, en resolución motivada, decida finalmente. Esa atribución se ajusta a lo dispuesto por el artículo 43.3 LFE, según el cual corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la fundación conocer, de acuerdo con los trámites del proceso declarativo que corresponda, de las pretensiones a las que se refieren, entre otros, el artículo 32.2 de la Ley.

Se trata de un litigio civil, lo que conlleva la falta de jurisdicción de los Tribunales de lo contencioso-administrativo, tal y como ha declarado la STS de 4 de julio de 2005 (Arz. 6900).

En el supuesto de la modificación y la fusión, la solución ha de ser la misma; si el Protectorado no puede imponerla, artículos 31.3 LFV y 32.2 LFV, su cometido es subsidiario y no determinante, pues o se adhiere a lo resuelto por el órgano de gobierno o promueve la decisión judicial. También el órgano de Gobierno podrá suplir su voluntad si se niega a aprobar la modificación o fusión, acudiendo al Juez civil mediante una resolución judicial motivada.

Por emplear las palabras de la STS de 4 de julio de 2005 ya mencionada, ésta solución «es coherente, no sólo con la naturaleza de la fundación, sino también con las garantías con las que el artículo 34 de la Constitución rodea el ejercicio del derecho de fundación. En efecto, configurado como una manifestación de la autonomía de los particulares, a ellos corresponde darle vida y ponerle término conforme a sus estatutos y a la Ley. Y, como en otros casos en que el legislador confía al Juez la adopción de decisiones sobre la vida privada de las personas, completando o sustituyendo su voluntad, llama al Juez civil para ejercer esos cometidos».

De igual forma, diríamos que los litigios sobre las modificaciones estatutarias o la fusión pertenecen a esa esfera privada, por lo que el cauce para resolverlos ha de ser también el establecido para los casos de extinción, sin que la decisión del Protectorado sea recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de esa forma se «evita que se pronuncien dos jurisdicciones diferentes, lo que rompería los principios que rigen nuestro ordenamiento procesal y sería fuente de inseguridad jurídica» —siguiendo con lo razonado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de constante cita—.

DCJA 33/2007 pár. 80-85

D) Cobertura de vacantes del órgano de gobierno y gestión provisional

El artículo 10 del proyecto se ocupa de las vacantes del órgano de gobierno de la fundación, mientras que el artículo 11 de su gestión provisional.

Antes que nada es oportuno recensionar brevemente lo dispuesto en el LFV y en la LFE acerca de las relaciones entre el órgano de gobierno y el Protectorado, en lo que se refiere específicamente a las funciones supletorias o por sustitución que con respecto al primero —órgano de gobierno— debe desarrollar él último —Protectorado—. Esas labores más que de control o vigilancia son funciones de tuición y protección de la fundación, en garantía de que pueda desenvolver sin trabas su actividad y cumplir los fines de interés general que constituyen su objeto.

El artículo 16.1 LFV contempla que la sustitución de los miembros del órgano de Gobierno se producirá de la forma establecida en los estatutos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38 LFV.

Este, a su vez, distingue los casos que podríamos calificar de irregulares —en los cuales el Protectorado asume la gestión provisional durante el tiempo que el Juez

determine—, de otros casos, aparentemente menos problemáticos, pero a los que hay que otorgar algún remedio, ya que la fundación no puede actuar en tanto perduran, supuestos en los que la fundación «carezca de órgano de gobierno o éste haya sido suspendido en sus funciones por decisión judicial» —durante los cuales el Protectorado asumirá la gestión provisional que no podrá prolongarse por más de dos años, debiendo dotar a la fundación de los órganos estatutarios de gobierno dentro en ese plazo o, en caso de imposibilidad, proceder a su disolución o liquidación—.

Dejando de lado los supuestos irregulares, es innegable que los «normales» también engloban dos casos distintos que requerirían diversas soluciones. En el caso de suspensión judicial de sus funciones, la gestión provisional concluirá cuando aquella se levante, sin que el Protectorado deba, en principio, designar a nuevos integrantes del órgano de gobierno —no han sido cesados se encuentran solamente suspendidos de forma temporal—.

Otra cosa distinta sucede, como es natural, cuando la fundación carece de órgano de gobierno. Esta situación surge de la imposibilidad de llevar a cabo la sustitución conforme a lo dispuesto en los Estatutos, de ahí la remisión del artículo 16.1 LFV. Es entonces cuando el Protectorado ha de asumir la gestión de la fundación, con el límite de los dos años, debiendo dotar en ese plazo a la fundación de nuevos integrantes del órgano de gobierno, de lo contrario se procederá a su disolución o liquidación. La LFV no explicita si para ello, dado que el órgano no podía conformarse con los anteriores estatutos, podrá o incluso deberá modificarlos.

La LFE introduce un ligero matiz en la sustitución y prevé una intervención distinta del Protectorado. Lo hace, además, en un precepto, el artículo 18.1 LFE, que se declara legislación civil, y por tanto de aplicación general, con las salvedades que puedan existir derivadas del derecho civil foral o especial.

A tenor del citado artículo, la sustitución de los patronos se producirá de la forma prevista en los Estatutos, hasta aquí nada novedoso, y cuando ello no fuera posible, se procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley, esto es, se acordará una modificación estatutaria, lo que facilitará la solución del problema (previendo reglas factibles para la sustitución).

La singularidad reside en que se faculta al Protectorado «hasta que la modificación estatutaria se produzca, para la designación de la persona o personas que integren provisionalmente el órgano de gobierno y representación de la fundación».

El Protectorado, por ende, no ejerce provisionalmente las funciones del patronato, sino que se limita a designar nuevos patronos para que estos se integren provisionalmente en el órgano de gobierno de la fundación. Asume tales funciones, sin embargo, si «por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo» [artículo 35.1 g) LFE], aquí ya no se puede limitar a designar a los miembros que restan, pues el vacío de poder es absoluto, por lo que ha de asumir ambas funciones temporalmente.

Se impone a la fundación, por tanto, mientras siga contando el patronato con algún miembro, una medida más respetuosa con la voluntad del fundador, frente a otra más drástica como sería que el Protectorado asumiera todo el gobierno. La fundación por tanto podrá seguir siendo gobernada por su órgano de gobierno, aunque se incorporarán nuevos miembros designados por el Protectorado, al no haber podido ser sustituidos los anteriores conforme a los Estatutos, mientras se procede a la modificación estatutaria.

Aunque como hemos visto existen diferencias entre la regulación de la LFV y de la LFE, pues la LFV no contempla esa medida de integración del órgano de gobierno con representantes designados por el Protectorado, sin embargo la LFV no impide la directa aplicación del artículo 18.1 LEF, pues ningún precepto resulta incompatible con el mismo ni sus previsiones hacen que ese resultado esté prohibido. Es más, esa intervención administrativa menos intensa sería plenamente coherente con la filosofía que orienta la LFV y la que alienta este proyecto, la de respetar al máximo la autonomía de las fundaciones.

Por ello, bastaría con circunscribir estrictamente el supuesto del artículo 38.4 LFV, esto es, que «carezca de órgano de gobierno», a aquellos casos en que «por cualquier motivo faltasen todas las personas llamadas a integrarlo», mientras que cuando se produzca la otra hipótesis —que existiendo miembros del órgano de gobierno no alcancen sin embargo el número que le permita actuar— se observe el mandato del artículo 18.1 LFE.

[…]

La gestión provisional por parte del Protectorado debe reconducirse a los casos de ausencia de todos los miembros del órgano de gobierno; existiendo alguno o varios, el Protectorado habrá de dirigirse al Juez para que le autorice la designación provisional de los miembros que sean necesarios a fin de que pueda actuar válidamente hasta que se modifiquen los estatutos. Si tal modificación no fuera posible o, a pesar de la misma, resulte imposible dotar a la fundación de un órgano de gobierno, lo procedente será la extinción por imposibilidad de realización del fin fundacional.

DCJA 33/2007 pár. 90-102 y 106

E) Autocontratación

Los miembros del órgano de gobierno deben desempeñar el cargo con la diligencia de un representante leal y en general —salvo disposición estatutaria expresa del fundador— de forma gratuita. Ahora bien, ello no significa que, al margen de las tareas propias que les corresponden como miembros del citado órgano, no puedan desarrollar otras actividades, incluso que éstas lo sean para la fundación.

Estas actividades son objeto de autorización a fin de preservar, de un lado, la buena gestión de los bienes y derechos de la fundación, sin que surjan posibles conflictos de intereses que puedan ponerla en peligro, de otro lado, para que la contratación no se utilice de forma fraudulenta y encubra en realidad una remuneración por el ejercicio del cargo de patrono.

DCJA 33/2007 pár. 114-115

F) Ingresos

La regulación del artículo 21 del proyecto sobre el **destino de los ingresos** ha merecido la preocupación y el mayor interés por parte de los que han participado en el procedimiento de elaboración del proyecto, habiéndola calificado alguno de ellos como de esencial importancia.

El artículo 30 LFV prevé un doble destino para los ingresos de la fundación; así, al menos el setenta por ciento deberá aplicarse a la realización de los fines determinados por la voluntad fundacional, mientras que el resto deberá serlo a fin de incrementar la dotación fundacional —una vez deducidos los gastos de administración, que no podrán sobrepasar en ningún caso la proporción que reglamentariamente se determine—. Además, ese destino deberá hacerse efectivo en el plazo de tres años a partir del momento de la obtención de los ingresos correspondientes.

La Ley incluye entre los ingresos «los obtenidos por todos los conceptos», pero excluye de su consideración las «aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior».

El proyecto que analizamos señala, por su parte, que no se computarán como ingresos:

a) El importe total obtenido por actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, siempre que dicho importe se reinvierta en bienes o derechos que se integren en la dotación o queden afectados de manera directa y permanente a los fines fundacionales.

b) La contraprestación obtenida, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado, por la enajenación o celebración de negocios jurídicos de carácter oneroso sobre títulos, valores, derechos económicos o bienes de naturaleza inmobiliaria, siempre que la contraprestación se reinvierta en bienes o derechos que se integren en la dotación o queden afectados de manera directa y permanente a los fines fundacionales.

La redacción ha sido introducida como consecuencia de las observaciones formuladas en el trámite de audiencia, y aunque se encuentra inspirada por razones muy fundadas, esta Comisión estima, sin embargo, que su enunciado hace inaplicable el parámetro dispuesto por el legislador.

En efecto, esa exoneración que ignora la naturaleza de los bienes que originan los ingresos (pues se integran todos aparentemente al no hacerse diferenciación alguna) y que toma en consideración únicamente su destino (pues lo relevante es que se integren en la dotación o queden afectados de manera directa y permanente a los fines fundacionales) vacía de contenido una regla de reparto ulterior que precisamente utiliza como criterio para llevarlo a cabo ese destino, para prescribir que una parte del resultado debe aplicarse para incrementar la dotación patrimonial.

Otra cosa es discriminar los ingresos en función de su origen, de forma que tanto el patrimonio fundacional como los bienes y derechos afectados permanentemente puedan «invertirse y modificar su naturaleza por cambio de inversión, adaptándose a la realidad económica y a la conveniencia de rentabilidad e inversión en cada momento, sin su consumo» como aconseja el Colegio Notarial de Bilbao en sus observaciones.

De esa forma se preserva la solvencia económica de la fundación, sin que llegue a descapitalizarse —lo que sucedería si tales ingresos tuviera que aplicarlos en tres años— y, al mismo tiempo, se potencia su dinamismo económico, sin que tales bienes y derechos queden improductivos —produciéndose el fenómeno denominado de manos muertas—.

La singularidad que merecen tales bienes y el tratamiento diferenciado a otorgar a los ingresos que generan no es fruto de un mero voluntarismo, pues también tiene reflejo en la forma en que la Ley se ocupa de los actos de disposición sobre los mismos, al tener que ser comunicada su enajenación o gravamen al Protectorado (artículo 22.1 LFV).

Existen razones atendibles para que queden excluidos de su consideración como ingresos *estricto sensu*, ya que únicamente se habría producido una modificación en su composición, continuando como garantía para el cumplimiento de los fines fundacionales a largo plazo.

Esa singularidad ha quedado reconocida en otras Leyes autonómicas, así el artículo 33.2 de la Ley Catalana 5/2001, de 2 de mayo, de Fundaciones, excluye «los donativos u otros recursos que se obtienen para incrementar la dotación y los recursos extraordinarios obtenidos por enajenaciones de bienes o derechos de la dotación que mantienen este carácter de dotación».

Por citar las más recientes, el artículo 38.4 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevé que «no serán computables las aportaciones efectuadas en concepto de dotación patrimonial, incluidos los donativos y los ingresos extraordinarios obtenidos por enajenaciones de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia, ya sea en el momento de la constitución de la fundación o en otro posterior». El artículo 35.4 de la Ley

12/2006, de 1 de diciembre, de Fundaciones de Interés Gallego, prescribe que no se incluirán las ganancias obtenidas en la transmisión de bienes o derechos afectados a la dotación fundacional, siempre que se reinviertan en bienes dotacionales ni los ingresos obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los cuales la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en que concurra dicha circunstancia.

Por su parte, respecto a las fundaciones de competencia estatal, el artículo 27.1 párrafo *in fine* de la LFE excluye para el cálculo de los ingresos los obtenidos en la transmisión onerosa de bienes inmuebles en los que la entidad desarrolle la actividad propia de su objeto o finalidad específica, siempre que el importe de la citada transmisión se reinvierta en bienes inmuebles en los que concurra dicha circunstancia. El artículo 32.2 del Reglamento de Fundaciones de competencia estatal, aprobado por Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, ha complementado el régimen legal excluyendo también la contraprestación que se obtenga por la enajenación o gravamen de bienes y derechos aportados en concepto de dotación por el fundador o por terceras personas, así como de aquellos otros afectados por el patronato, con carácter permanente, a los fines fundacionales, incluida la plusvalía que se pudiera haber generado.

Ahora bien, para que la regulación mantenga la lógica que inspira la peculiar consideración que han de tener algunos «ingresos», lo relevante, si son bienes inmuebles, es que en ellos desarrolle la entidad su actividad y, si son bienes y derechos de otro tipo, que los mismos formen parte del patrimonio dotacional o se encuentren afectados con carácter permanente a los fines fundacionales.

En suma, el proyecto tendría que introducir una acotación sobre el origen de los ingresos, tanto para preservar su congruencia con los objetivos que se quieren alcanzar con la diferenciación, como para que el desarrollo de la Ley no conduzca a una regulación que resulte inconciliable con sus dictados.

DCJA 33/2007 pár. 118-132

G) Gastos de administración

Para finalizar, también se hace obligado detenerse en la forma en que el artículo 22 del reglamento proyectado ejecuta la Ley en lo que se refiere a los gastos de administración.

El artículo 30.2 LFV no sólo mandata al Gobierno para que desarrolle la Ley, sino que también le obliga a hacerlo en un sentido muy concreto, pues los gastos de administración «no podrán superar en ningún caso la proporción que reglamentariamente se determine». Mientras tanto, incluso se preocupó de fijar una norma transi-

toria en consonancia con la importancia de la materia, pues tales gastos no podían sobrepasar el quince por ciento, salvo que, de acuerdo con la legislación anteriormente vigente, «el Protectorado ya hubiera autorizado una proporción superior» (Disposición Transitoria 3ª LFV).

El artículo 55.2 del ROFPR dispuso, por su parte, que los gastos de administración no podían exceder del 20% de los ingresos anuales que por todos los conceptos obtengan las fundaciones; no obstante el Protectorado, con carácter excepcional, podría autorizar un gasto mayor, debidamente justificado, sin que en ningún supuesto pudiera sobrepasar el 25%.

El proyecto sometido a dictamen precisa que no podrán exceder del 20 % de los ingresos netos obtenidos, pero el Protectorado podrá autorizar un importe mayor, con carácter excepcional, a solicitud motivada de la fundación y con los límites y condiciones que establezca.

Con la nueva regulación es obvio que se introduce una mayor flexibilidad. Sin embargo, el reglamento debe definir con mayor precisión y detalle las pautas a las que debe atenerse el Protectorado, sin que pueda otorgar ese margen de actuación tan amplio al Protectorado. Es más, el **legislador no sólo exige al reglamento que complete la Ley, sino que incluso exige que esa concreción se efectúe a través de un porcentaje.**

Por ello, sin perjuicio de que exista un abanico de **porcentajes** más o menos amplio, si la realidad de las fundaciones así lo aconseja, tal abanico **debe estar predeterminado y los parámetros que condicionen o limiten su aplicación, sin que la norma aplicable sea ad *casum*, pues debe estar dotada de generalidad y uniformidad en garantía de un tratamiento igualitario de todas las fundaciones.**

DCJA 33/2007 pár. 133-138

H) Registro de fundaciones e inscripciones

Configuración

Del proyecto (especialmente de sus artículos 2.1 y 5) conviene retener la configuración del registro de fundaciones como registro de carácter jurídico —calificado como un servicio público para los ciudadanos y ciudadanas, y para las entidades interesadas en acceder al mismo—, al que le resultan de aplicación los principios típicos que rigen dichos registros, a saber: los principios de legalidad, legitimación, prioridad, tracto sucesivo, publicidad material y publicidad formal (artículos 8 a 13).

La categoría a la que pertenecen los **registros de fundaciones** no es una cuestión pacífica en la doctrina. Para una parte se trata de registros puramente administrativos (contienen datos de interés para la administración), mientras que otra, haciendo hin-

capié en su función de dotar de seguridad al tráfico jurídico y de certeza a las relaciones entre particulares, estima más **correcta su incardinación en la categoría de los registros jurídicos,** sin desconocer la existencia de una tercera corriente doctrinal que aboga por su carácter híbrido, al ser un registro que trasciende la regulación propia de los registros administrativos, pues su contenido resulta de interés para el desarrollo de las funciones de la administración, pero, también, tratándose de un registro de personas jurídicas, su configuración se asemeja a la propia de los jurídicos.

El proyecto opta por su calificación como registro jurídico, calificación doctrinal que no reviste problema, si bien, conviene ya avanzarlo, no conlleva alteración alguna del marco jurídico que debe ser utilizado para el examen de la conformidad a derecho de la regulación proyectada.

DCJA 37/2007 pár. 129-131

Inscripción constitutiva

El analizado es el contenido que el proyecto destina a la **inscripción constitutiva.**

Esta primera inscripción, sin embargo, reclama a juicio de la Comisión, atendido su especial alcance y carácter, un tratamiento claro y completo de los requisitos sustantivos y procedimentales, ya que se trata del acto por el que la fundación adquiere personalidad jurídica y, por tanto, se presenta claramente como un acto de los poderes públicos instrumental del ejercicio del derecho de fundación (artículo 34 CE).

Por otro parte, en el proceso de formación de una fundación, la **inscripción inicial es el único instrumento** que la LFV ha puesto en manos de la Administración —el Protectorado— **para controlar y verificar la presencia del interés general**. La inscripción inicial es una inscripción cualificada cuya práctica conlleva algo más que la labor calificadora que precede a toda inscripción.

Por ello, además de completar las previsiones de la LFV señaladas, considera la Comisión adecuado someter a la consideración del órgano redactor la necesidad de reflexionar sobre la posibilidad de **otorgar un tratamiento específico a la primera inscripción, por ser su configuración legal, carácter y sentido, no asimilables a ninguna otra de las contempladas en el proyecto**.

DCJA 37/2007 pár. 94-97

Intervención del Protectorado

De acuerdo con este régimen legal, la Comisión considera, sin perjuicio del análisis que luego se realiza al examinar el procedimiento, que **no es correcto condicionar**

la inscripción a la autorización del Protectorado, **al ser ésta previa y parte de un procedimiento diferente y anterior al de inscripción**.

De la configuración del derecho de fundación como derecho que conlleva la creación de una persona jurídica de derecho privado en ejercicio de la autonomía de la voluntad que es asumido por la LFV, se colige la necesidad de separar los actos aprobatorios o ratificatorios o, en definitiva de intervención previa del Protectorado sobre determinados actos de las fundaciones, de la inscripción de éstos y, en consecuencia, la separación de los procedimientos para el dictado de unos y otros (a salvo, el caso de la inscripción constitutiva cuya especificidad vuelve a mostrarse ya que el artículo 40.2 LFV introduce el informe favorable de la Comisión Asesora —a lo que aquí interesa, Protectorado— como trámite preceptivo del procedimiento de inscripción).

La **distinta naturaleza, función y sentido de los actos aprobatorios o autorizatorios del Protectorado de aquellos que dicta con ocasión de las inscripciones en el Registro** es una conclusión que se desprende de la doctrina jurisprudencial más reciente:

> […] Y es que las fundaciones son, ante todo, personas jurídicas de Derecho privado, surgidas de la autonomía de los particulares y ajenas a la organización pública. No obstante, la relevancia que la Constitución (RCL 1978, 2836) les asigna cuando reconoce en su artículo 34 el derecho de fundación para fines de interés general y las somete, además de a la regulación legal, a las previsiones de su artículo 22.2 y 4, hace que, precisamente en atención a esos fines de interés general, el legislador haya previsto la intervención del Protectorado, ejercido por la Administración General del Estado respecto de las fundaciones de competencia estatal, en diversos aspectos de las mismas. Protectorado que, nos dice el artículo 32.1 de la Ley 30/1994 (RCL 1994, 3273) , tiene por misión facilitar el recto ejercicio del derecho de fundación y asegurar la legalidad de su constitución y funcionamiento. Y a esos objetivos se orientan las facultades que le confieren los artículos 32 y siguientes, así como las que se hallan en otros preceptos de ese texto legal.
>
> La Sentencia de 20 de diciembre de 2003 RJ 2004, 614) señalaba que, dada la naturaleza privada de las fundaciones, sus litigios, en principio, están comprendidos dentro del ámbito jurisdiccional del orden civil delimitado por el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).
>
> […]
>
> Por otra parte, decía esa Sentencia que, precisamente por ser privada la naturaleza de las fundaciones, la intervención del Protectorado en lo relativo a su constitución se orienta más a la constatación de los elementos estructurales exigidos legalmente para su nacimiento. En cambio, la que se ocupa de su funcionamiento consiste en la vigilancia de que la actuación externa de la fundación en cuanto persona jurídica no se aparte de los intereses generales que encarna. Eso hacía, continuaba la Sentencia, que las controversias internas de una fundación privada no fueran distintas de las que suscita cualquier otra figura personificada de Derecho Privado, como lo confirman las reiteradas

llamadas a la Jurisdicción civil que contiene la Ley 30/1994 (RCL 1994, 614) y ahora la Ley 50/2002, de 26 de diciembre (RCL 2002, 3042 y RCL 2003, 1065), de Fundaciones, que ha sustituido a la anterior.

[…]

En línea con lo que acabamos de decir, interesa comprobar de qué manera afronta la Ley 30/1994 (RCL 1994, 3273) el nacimiento, las transformaciones y la extinción de las fundaciones. Es decir, los momentos más destacados de la vida de estas entidades. Pues bien, importa subrayar que en la constitución de la fundación es la voluntad de los que la crean la que prevalece. Los artículos 6 a 11 se limitan a prescribir los requisitos de capacidad y de forma que han de observarse a la hora de crearla, insistiendo especialmente en el contenido de la escritura fundacional, de los estatutos y en la dotación patrimonial. Las decisiones correspondientes de los fundadores no están sometidas a control ni supervisión del Protectorado, previéndose como única intervención de la Administración en esta fase la necesaria inscripción en el Registro de Fundaciones (artículos 11 y 36).

Y lo mismo sucede cuando de la modificación, fusión y extinción se trata. Ahora bien, en estas hipótesis la Ley ha puesto en manos del Protectorado algunas formas de intervención más incisivas, si bien siempre mirando a preservar los fines fundacionales y manteniéndolas en el plano de la legalidad. Así, es el Patronato el que tiene la facultad de adoptar las decisiones correspondientes para la modificación de los estatutos pero ha de contar con la autorización previa del Protectorado (artículo 27.1), el cual puede, incluso, disponerla de oficio o a instancia de quien tenga interés legítimo, cuando el Patronato no cumpla el deber de hacerla en el caso de que la variación de las circunstancias impidan a la fundación actuar satisfactoriamente conforme a sus estatutos (artículos 27.3). Además, la Ley autoriza al Protectorado a oponerse por razones de legalidad y mediante acuerdo motivado a la nueva redacción o modificación estatutarias (artículo 27.4) que han de serle comunicadas.

De igual modo, se reconoce al Protectorado la facultad de oponerse a la fusión con otra fundación (artículo 28) decidida por los respectivos Patronatos, pero solamente por motivos de legalidad y mediante acuerdo motivado que deberá adoptarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde que le fueren notificados los acuerdos de las fundaciones afectadas. Asimismo, puede el Protectorado solicitar de la autoridad judicial la fusión de aquellas fundaciones que no puedan cumplir sus fines por sí mismas, estos sean análogos y exista oposición de sus órganos de gobierno, no habiéndolo prohibido el fundador. Tal solicitud, añade este precepto legal, habrá de formularse ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la Fundación, sustanciándose conforme a lo dispuesto para los incidentes por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1).

[…]

Por lo demás, ha sido el propio legislador el que ha venido a confirmar que el artículo 30.4 de la Ley 30/1994 contiene una regla especial respecto de la general de su artículo 35. Así, la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre (RCL 2002, 3042 y RCL 2003, 1065), de Fundaciones, manteniendo el mismo régimen que en la anterior en lo que respecta,

entre otras cosas, a la extinción por la causa que en este caso se ha dado, ha sacado de los artículos 30 y 32 —que regulan la fusión y la extinción, respectivamente— la mención de cuál es la autoridad judicial que ha de resolver los procedimientos judiciales a los que se refieren uno y otro. Ahora es el artículo 43 de la Ley 50/2002 el que sistematiza el régimen de recursos jurisdiccionales […]

[…]

Este cambio sistemático supone una clara mejora técnica que despeja las dudas que pudieran plantearse con la redacción de 1994 y confirma la interpretación seguida por la Sala de instancia, que guarda sintonía con el planteamiento asumido por la Sentencia de 20 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 614) . En definitiva, los actos del Protectorado que ponen fin a la vía administrativa son impugnables ante esta Jurisdicción excepto en los casos en los que la propia Ley los somete al conocimiento de la Jurisdicción civil que es lo que sucede con la negativa a ratificar el acuerdo de extinción tomado por el Patronato en virtud de la causa prevista en el artículo 29 e) de la Ley 30/1994.

[…]

Solamente nos quedan por hacer tres precisiones. La primera tiene que ver con la alegación del Real Decreto 316/1996, de 22 de febrero (RCL 1996, 837) , que hace la Fundación Cultural Banesto. En contra de lo que sostiene, no demuestra la razón de su tesis pues la inclusión por un precepto reglamentario entre las atribuciones del Protectorado de la ratificación de los acuerdos de extinción adoptados por el Patronato no supone sino reiterar lo que ya dice la Ley. Y eso no es contradictorio con que el mismo texto legal disponga para este caso un régimen de impugnación jurisdiccional distinto del que establece con carácter general para los actos del Protectorado. Todo ello sin contar con que el reglamento se interpreta desde la Ley y no la Ley desde el reglamento.

De acuerdo con la precedente doctrina, no cabe confundir en un mismo procedimiento los actos de intervención del Protectorado referidos a las modificaciones estatutarias, fusiones o extinción que puedan producirse en la vida de las fundaciones. La distinta naturaleza de tales intervenciones y de la que corresponde al Protectorado como encargado de la llevanza del registro lo impide.

Las precedentes consideraciones constituyen claro fundamento para formular una objeción sustantiva al contenido del proyecto.

Resulta necesario, de acuerdo con lo que ha manifestado la Comisión (DCJA 33/2007) que, en la regulación del Protectorado se establezca el régimen sustantivo y procedimental de estos actos y que el proyecto que ahora informamos, en coherencia con lo que allí se establezca, los tenga en cuenta al regular los procedimientos de inscripción pero atendiendo a su efectiva naturaleza: si el acto de la fundación que se pretende inscribir careciese de la preceptiva autorización o ratificación del Protectorado, la solicitud de inscripción no puede ser admitida al carecer de un requisito sustantivo establecido en una norma de rango legal.

DCJA 37/2007 pár. 104 a 109

Ya hemos señalado que la regulación material y procedimental para el dictado de dichos actos administrativos, en cuanto manifestación de las facultades de intervención del Protectorado en la vida de las fundaciones distintas a las que corresponden a éste por la llevanza del registro, parecen materias propias de la norma que regula las funciones de éste.

Ahora bien, en cualquier caso, ceñidos al objeto de este Dictamen, la Comisión considera que al establecer el procedimiento de inscripción de tales actos, tal y como hemos señalado, no pueden contemplarse como trámites del procedimiento de inscripción (no puede someterse la inscripción a la previa autorización del Protectorado). Los actos de autorización o ratificación del Protectorado ponen fin a un procedimiento de intervención de éste en determinados momentos de la vida de las fundaciones expresamente tasados en la LFV, sin olvidar que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, tienen un régimen de impugnación diferente al de las inscripciones.

El normador reglamentario goza de variadas opciones para la concreción de las previsiones legales, pero su elección debe respetar el carácter previo al procedimiento de inscripción que deriva de la LFV. **La ausencia del acto autorizatorio del Protectorado no condiciona la inscripción, ni siquiera es motivo para su denegación, sino que es un presupuesto esencial (se trata de un requisito establecido en la LFV) de ésta.**

Lo anterior funda una consideración sobre los preceptos señalados que deben ser, por tanto, reformulados teniendo, en su caso, presente lo que pueda establecer la norma reguladora del Protectorado.

DCJA 37/2007 pár.191-194

El sentido del silencio en los procedimientos de inscripción

El artículo 26.3 (plazo para la práctica de los asientos) establece, con carácter general para todas las inscripciones, el sentido desestimatorio de la resolución presunta.

Sin embargo, **en la LFV no hay una previsión legal expresa** (artículo 43 LRJPAC en la redacción dada al mismo por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que **permita otorgar** dicho **sentido negativo a las resoluciones presuntas relativas a las inscripciones registrales.**

Por ello, a juicio de la Comisión, la opción del proyecto no resulta conforme con el régimen establecido en la LRJPAC, según el cual el acto presunto producido en los procedimientos iniciados a instancia de los interesados debe ser estimatorio (artículos 43.1 y 2 LRJPAC) quedando la administración inhabilitada para dictar un acto posterior en sentido contrario (artículo 43 LRJPAC). Si la inscripción practicada no

fuera conforme a derecho, la Administración deberá acudir, en su caso, a los procedimientos de revisión de oficio que correspondan (artículos 102 y ss LRJPAC).

A pesar de la importancia que tiene en la configuración del procedimiento de inscripción, nada aporta el expediente sobre las razones que avalan la solución del proyecto, lo cual, no obsta, para que la Comisión razone con más detenimiento su conclusión.

Conoce la Comisión la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 25 de octubre de 2004 (RJCA 2004/1146) en la que con base en el artículo 37.2 LFV se consideró que la inscripción constitutiva no podía producirse por silencio positivo.

No obstante, a juicio de la Comisión, al valorar este pronunciamiento —que no es firme— hay que atender a los contornos del caso: enfrentado el Tribunal a la pretensión de obtener la inscripción constitutiva de una fundación —no ajustada a la legalidad— por silencio administrativo, acude al artículo 37.2 LFV para razonar el sentido negativo del silencio.

La lectura de la sentencia permite extraer su *ratio decidendi* que reside en el tipo de inscripción instada (la inicial) a la que, en una suerte de aplicación analógica, se le extiende el régimen legal expresamente establecido para las modificaciones estatutarias («no deja de ser relevante que se prevea la aprobación del protectorado en el supuesto de la modificación de los estatutos y que en tal supuesto el silencio sea negativo, esto es, se deba entender desestimada la solicitud, y que no operase dicho régimen de silencio en relación con la inscripción inicial de la fundación y por ello de sus estatutos» F.J. 5º).

El examen que nos ocupa, en cambio, no atañe a un supuesto concreto, sino que recae sobre un proyecto normativo que, como hemos señalado, contempla con carácter general el sentido negativo para todas las resoluciones de inscripción presuntas.

Examinado por la Comisión el artículo 37 LFV como posible fundamento de la decisión reglamentaria de otorgar un sentido negativo al silencio en los procedimientos de inscripción, concluye que dicho precepto no constituye un fundamento suficiente para dicha decisión normativa.

Así se desprende del examen del citado precepto legal, a la luz de los criterios que rigen la interpretación de las normas («sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas» —artículo 3 Código Civil—).

En efecto, conforme al «sentido propio de las palabras», el literal del artículo 37.2 LFV no suscita problemas: su ámbito es literalmente el de los casos «en los que se solicite la autorización o aprobación del Protectorado». Asimismo, los términos autorización o aprobación, no sólo tienen en el leguaje común un sentido distinto al de

inscripción, sino que lo conservan a lo largo de toda la LFV, donde las voces autorización, ratificación, comunicación e inscripción no se confunden ni mezclan ni son intercambiables.

El examen de la sistemática (el contexto), confirma esta conclusión: es cierto que el artículo 37 LFV se ubica en el Capítulo VII (Del Protectorado y del Registro de Fundaciones) pero, también lo es, que en dicho capítulo, como anuncia su título, el Registro figura al final (artículo 40) de forma diferenciada, como corresponde a una función del Protectorado específica y distinta (entendimiento que sigue el proyecto al optar por separar las funciones tuitivas del Protectorado de las que le corresponden por el Registro).

La aplicación del criterio teleológico —criterio hermenéutico a la par que parámetro último de contraste en el proceso interpretativo— permite, asimismo, observar que resulta más acorde con el reconocimiento constitucional del derecho de fundación (artículo. 34 CE), interpretar el ámbito del artículo 37.2 LFV en forma restrictiva, en aplicación del principio o idea de *favor libertatis.*

Sin que tampoco pueda olvidarse que la reforma de la LRJPAC, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, buscaba con el cambio del artículo 43 LRJPAC dejar claro que la regla general para supuestos como el que contempla el proyecto es en línea de principio el silencio positivo, toda vez que resulta difícil incardinar las inscripciones de los actos de las fundaciones en alguno de los supuestos que en la LRJPAC autorizan a conformar supuestos de silencio negativo.

Expuesto lo anterior, la Comisión debe advertir del riesgo que, tras la Ley 1/1999, de 13 de enero, conlleva establecer en el reglamento (sin un nítido apoyo legal —como aquí sucede—) el silencio negativo para todas las inscripciones atinentes a las fundaciones.

Debiendo asimismo reiterar que ni siquiera para el acto de inscripción inicial —cuya relevancia en el sistema legal de las fundaciones ya hemos analizado—, contiene la LFV previsión expresa alguna, pues, como hemos razonado, incluso en la citada STSJPV de 25 de octubre de 2004, la aplicación del artículo 37 LFV a la inscripción inicial se postula con apoyo en la previsión legal expresa de la previa autorización del Protectorado para las modificaciones estatutarias.

DCJA 37/2007 pár. 144-159

Inscripción obligatoria de resoluciones judiciales

La **inscripción obligatoria de resoluciones judiciales en los registros sólo puede venir contemplada en las leyes sustantivas** (como a estos efectos lo es la LFV y la LFE) **o en las leyes procesales**. Cuestión distinta es el supuesto de la inscripción

obligatoria y de oficio de las resoluciones administrativas que, en determinados casos, el reglamento puede prever.

El apartado i) del artículo 31 se refiere a la inscripción de «la declaración de concurso de acreedores, y las medidas de intervención temporal»; obligación que deriva directamente de la vigente legislación concursal —materia respecto de la que la CAPV no ostenta competencia— y que elementales razones de seguridad jurídica exigen recoger el supuesto de inscripción con expresa mención de la norma legal de la que trae causa, permitiendo conocer el origen y alcance de la obligación y, sobre todo, evitando que, de modificarse aquélla (bien por ampliación o reducción de los supuestos de inscripción obligatoria) el reglamento quede huérfano de sentido o con un contenido inadecuado.

DCJA 37/2007 pár. 121-122

Procedimiento

De acuerdo con el esquema que configura la LRJPAC, la regulación de un procedimiento como el que examinamos (esto es, del ***iter* procedimental** que deben seguir **las fundaciones para el cumplimiento de sus obligaciones legales de inscripción) debería**, a juicio de la Comisión, contemplar en términos claros, al menos, **los siguientes extremos**:

a) Regulación clara y precisa del acto de iniciación, lo que conlleva el establecimiento de los **requisitos de la solicitud**, de acuerdo con el artículo 70 LRJPAC, y la especificación de aquéllos que resulten exigibles conforme a la legislación de fundaciones (sustantivos y formales).

b) **Lugares** donde pueden presentarse las solicitudes (artículo 38.4 LRJPAC) y, en su caso, medios posibles de presentación.

c) Régimen de **subsanación**, delimitado tanto en razón del incorrecto cumplimiento de los requisitos del artículo 70 LRJPAC, como de los que, con base en la normativa sectorial, sean exigibles para cada tipo de acto sujeto a inscripción.

d) Plazo para proceder a la subsanación (artículo 71 LRJPAC) y expresa mención a los **efectos** que para la solicitud presentada tiene el **incumplimiento** del requerimiento de **subsanación** en plazo (artículo 71, en relación con el artículo 42. 1 LRJPAC), así como el efecto interruptivo del plazo máximo para resolver la solicitud (artículo 42. 5 a) LRJPAC).

e) **Plazo máximo de duración del procedimiento** que debe ser seleccionado, dentro del máximo de seis meses (artículo 42. 2 LRJPAC), atendiendo al tipo de procedimiento y al sentido que tiene la no resolución y notificación en plazo.

f) Clara identificación del momento en que se inicia el referido plazo [artículo 42 3 b) LRJPAC].

g) En su caso, identificación de aquellos **trámites preceptivos** cuya cumplimentación permite interrumpir el plazo máximo para resolver y notificar la resolución.

En principio, el criterio que resulta más lógico para afrontar la regulación cierta y segura en términos jurídicos de un procedimiento es el que atiende a la secuencia natural de actos —del interesado y del órgano instructor— que han de desarrollarse hasta su finalización y, si bien tal criterio no es el único, ni resulta jurídicamente obligado en la normación del *iter* procedimental que conducirá al dictado del acto administrativo final, sí es exigible por exigencias del principio de seguridad jurídica, su fijación en forma tal que permita su fácil comprensión y adecuado cumplimiento por los interesados.

Tal objetivo de claridad y sencillez se presenta con especial intensidad si se tiene en cuenta el carácter de servicio público que se otorga al Registro, las funciones de asesoramiento e información, tanto para las fundaciones en proceso de constitución como para las que ya están en funcionamiento, que corresponden al Protectorado de acuerdo con la LFV, así como la forma en que concreta ese contenido funcional el artículo 3 b) y c) del proyecto que regula el Protectorado.

DCJA 37/2007 pár. 161-163

Subsanación

En otros contenidos, pero especialmente en la forma en que el proyecto contempla la subsanación, se observa la huella de la regulación que de la calificación y sus efectos realizan otros registros (vgr. el Registro Mercantil —Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, en adelante, Reglamento del Registro Mercantil).

Ahora bien, en dicho Registro la subsanación responde a un esquema procedimental distinto y tiene, por ello, un sentido y alcance diferentes. Se contempla, allí, como pieza esencial del procedimiento registral el asiento de presentación y la anotación preventiva con plazo de caducidad (dos meses). El plazo de vigencia del asiento de presentación o de la anotación preventiva es el que tiene el interesado para subsanar los defectos observados (artículo 64 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el proyecto la posibilidad de regular un asiento de presentación ha sido razonadamente desechada por el órgano impulsor de la iniciativa (tal y como se desprende de la contestación a las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia). Se ha optado por considerar que la entrada de la solicitud de inscripción en el registro del órgano competente (Departamento competente en materia de justicia) es suficiente.

De acuerdo con lo que venimos señalando, en el esquema de la LRJPAC, al que en razón de su rango debe acomodarse el proyecto, si ya es conveniente establecer el régimen de subsanación con carácter general, cuando se está diseñando un proce-

dimiento especial en razón de la materia tal contenido deviene exigible para un procedimiento como el de inscripción registral, en el que los requerimientos de subsanación se adivinan habituales. Sin olvidar, por otro lado, que la necesidad de subsanación se presentará, sin duda, con mayor frecuencia en relación a los documentos que acrediten los actos objeto de inscripción, pero que pueden también afectar a la propia solicitud u a otros extremos, por lo que la regulación debe contemplarse en forma abierta.

Y, asimismo, sin olvidar que en el esquema del proyecto, a diferencia de lo que sucede con el que acoge el Reglamento del Registro Mercantil, transcurrido el plazo para la subsanación sin que ésta se haya producido deberá dictarse resolución denegatoria de la inscripción, con expresa explicación de los motivos que la amparan.

En todo caso, la regulación detallada y clara de la subsanación debe realizarse sin olvidar el sentido positivo del silencio, los efectos interruptivos que para el plazo máximo de resolución y notificación otorga la LRJPAC al tiempo que media entre la notificación del requerimiento de subsanación y su cumplimentación por el interesado, así como la previsión legal de que, si lo requerido no se cumple, el órgano puede tener por desistido al interesado [artículos 70, 71 y 42. 5 a) LRJPAC].

En suma, la regulación clara y cierta del régimen de subsanación es una exigencia que conecta con la necesidad de regular el registro atendiendo a su carácter de registro jurídico.

Por ello, estima la Comisión, que sería adecuado acometer la reformulación del régimen de subsanación de solicitudes que contempla el proyecto.

DCJA 37/2007 pár.174-181

6. LIBERTAD DE EMPRESA

Nuestro examen ha de tener presente que la «libertad de comercio» no es sino un aspecto o una vertiente de la «libertad de empresa» que consagra el artículo 38 CE.

Y, aunque bien temprano alertó el Tribunal Constitucional de la dificultad que conlleva definir *a priori*, con carácter abstracto y general aplicación, el contenido de dicha libertad de empresa y los límites que pueden fijarse al regular su ejercicio, como ha tenido ocasión de señalar la Comisión (entre otros DCJA 43/200), sí existe una doctrina constitucional asentada sobre el alcance de dicha libertad y la posibilidad de incidencia en ella del legislador.

Así, ya la STC 83/1984, de 24 de julio, indicó que el artículo 38 CE no conlleva el derecho a acometer cualquier empresa sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio se encuentra disciplinado en nuestro ordenamiento por normas de muy distinto orden; de ahí, a lo que ahora interesa, concluyó

que la regulación de las distintas actividades empresariales no es una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados.

Dicha doctrina ha vuelto a ser confirmada en la STC 112/2006, de 5 de abril (F.J. 8), en la que con vocación recopilatoria del entendimiento del Tribunal Constitucional sobre el derecho reconocido en el artículo 38 CE ha señalado:

> Conviene recordar que nuestra jurisprudencia sobre la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en dicha norma, cuyo ejercicio garantizan los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, vino a afirmar tempranamente que dicho artículo establece «los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de esos límites […] está asegurado por una doble garantía, la de la reserva de Ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer, de un contenido esencial. No determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, y las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal» (STC 37/1981, de 16 de noviembre [RTC 1981, 37], F. 2), , concretándose posteriormente que en dicho artículo no «se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden» (STC 83/1984, de 24 de julio [RTC 1984, 83], F. 3). Dentro de las medidas necesarias para la protección de dicha libertad hemos reconocido la especial importancia de las de defensa de la competencia considerada ésta como «una defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste» (STC 88/1986, de 1 de julio [RTC 1986, 88], F. 4).
>
> En la tarea de concretar el contenido de la libertad de empresa sirve de auxilio también lo dicho en el fundamento jurídico 3 b) de la STC 225/193 de 8 de julio (RTC 1993,225), cuando afirmamos que «si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad", ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general». Son igualmente importantes, a los efectos que ahora nos ocupan, las reflexiones hechas en el fundamento jurídico 6 d) de la STC 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 127), en el sentido de que «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado» y que «la estricta libertad de empresa […] sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula». En el fondo, como

> nos ha recordado la STC 109/2003, de 5 de junio (RTC 2003, 109), F. 15, de lo que se trata con estas resoluciones es de llevar al campo de la libertad de empresa el principio, reconocido siempre en nuestra doctrina, de que, no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor.

Precisamente, en dicha doctrina se recuerda expresamente la aplicación de tal concepción del derecho del artículo 38 CE en el ámbito de la actividad comercial, con expresa cita de la STC 225/1993, de 8 de julio, en la que afirmó que:

> […] la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas, tanto estatales como autonómicas, que ordenan la económica de mercado […]
>
> La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas —estatales y autonómicas, locales— que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio.

Cabe, por tanto, señalar que permanece en la doctrina constitucional —tal y como señaló la Comisión (en el citado DCJA 43/200)— un entendimiento de dicho derecho que gira en torno a su dimensión institucional como elemento de un sistema económico, lo que significa que dicha libertad debe servir al funcionamiento de tal sistema, integrándose armónicamente en la configuración del mismo.

Esa dimensión institucional de la libertad de empresa influye en la determinación del alcance de su dimensión como derecho subjetivo, en el sentido de que éste debe modularse en la medida necesaria para garantizar aquélla; modulación que opera tanto en la determinación del contenido esencial de ese derecho como en la regulación de su ejercicio, el cual debe incardinarse en el marco de la configuración normativa de dicho sistema económico.

En consecuencia, **el legislador, respetando el contenido esencial de la libertad de empresa** (el cual también debe fijarse en atención a la referida dimensión institucional), **tiene un importante margen de acción para modular el ejercicio de dicha libertad cuando regula los diversos aspectos del sistema económico, aspectos entre los que se encuentra el comercio.**

Por ello, cabe ya avanzar que, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, la regulación proyectada no suscita ningún problema desde la perspectiva de la libertad de empresa; el anteproyecto respeta los límites que pesan sobre el legislador , pues los condicionantes que pretende imponer en los subsectores de los «horarios comercia-

les» y los «grandes establecimientos» no afectan a la actividad empresarial en general y encuentran justificación en decisiones normativas sobre la ordenación del comercio interior, la ordenación del territorio, la defensa de la competencia y la protección de los intereses de los consumidores.

Ahora bien, conviene ya dejar apuntado que, en orden a la delimitación del concepto «economía de mercado», debe siempre tenerse presente en el examen del contenido elegido por el legislador la perspectiva del Derecho comunitario, referencia insustituible para concretar, en cada sector, dicha noción, que no puede ya interpretarse sin atender a las libertades (especialmente, de establecimiento, de libre prestación de servicios y libre circulación de mercancías) sobre las que se construye el «mercado único», según el Tratado CE.

DCJA 165/2007 pár. 69-78

En efecto, **integra el ámbito de libre configuración del legislador** (estatal o autonómico, de acuerdo con el deslinde competencial que resulte de aplicación al caso) **la regulación de los horarios comerciales, sin que ello suponga**, de acuerdo con la doctrina constitucional antes descrita, **afección ilegítima del derecho de libertad que reconoce el artículo 38 CE** (que admite tanto un régimen de libertad plena como otro que establezca limitaciones) y tomando en consideración, la reserva legal del artículo 53.1 CE.

DCJA 165/2007 pár. 87

7. MINERÍA

Para centrar adecuadamente nuestro examen, con carácter previo, cabe señalar que la comunicación es un acto que, de acuerdo con el régimen establecido en el Reglamento General y la ITC 10.3-01 para las voladuras especiales, se integra en un procedimiento más complejo que, a estos efectos, podemos sintetizar en los siguientes hitos:

a) Fase de aprobación del Proyecto General de Explotación y de los Planes de Labores por la autoridad minera competente (autoridad minera autonómica).

b) Fase de verificación de la petición de proyecto resumen de voladura especial por la autoridad minera competente (autoridad minera autonómica).

c) Fases referidas a autorizaciones en relación a los proyectos de voladura tipo en cuanto conllevan consumo y utilización de explosivos (Delegación del Gobierno en la CAPV).

Es la fase B), de verificación del proyecto-resumen de voladura especial, la que es objeto de la futura norma. Dicha verificación consiste en comprobar la adecuación

del proyecto-resumen de voladura especial con lo que al efecto conste en el Proyecto General de Explotación y los Planes de Labores previamente aprobados.

El proyecto establece, en síntesis, los pasos de la solicitud para realizar una **demolición mediante explosivos** que es la que debe ir acompañada de un proyecto que se denomina proyecto-resumen de voladura y que deberá contemplar, en resumen, la forma en que se pretende ejecutar la concreta voladura propuesta de acuerdo con las normas que rigen dichas actuaciones (elaboración por técnico competente, contratos de ejecución, datos de identificación del lugar, entorno y servicios afectados, parámetros de la voladura, explosivos a utilizar, estudios técnicos complementarios, plan de seguridad y disposiciones internas de seguridad, responsable de la Dirección facultativa de las voladuras y de la ejecución material de aquéllas, así como el personal cualificado que intervendrá en la manipulación de los explosivos, etc.).

Así centrada la cuestión, la Comisión estima que el proyecto de norma es conforme con el marco normativo en el que ha de insertarse, más precisamente con el régimen que para las voladuras especiales deriva de los artículos 150 y 151 del Reglamento General y las ITCs 02.0.01 y 10.3.01.

En realidad, la única previsión de la futura norma que merece, en esta perspectiva, una consideración es la referida a los Directores Facultativos.

El artículo 2 del proyecto tiene el siguiente literal:

> 1. Toda mercantil de explotaciones mineras o de obra civil que presente un formulario de proyecto resumen de voladura especial deberá hacerlo por medio de Director Facultativo autorizado e inscrito al efecto en la Oficina Territorial correspondiente. Para ello deberán rellenar y presentar ante la Administración el documento Anexo I (Acreditación para la tramitación de proyectos resumen de voladuras especiales).
>
> 2 A este respecto, la mercantil podrá nombrar varios Directores Facultativos a efectos de tramitar peticiones de proyectos resumen de voladuras especiales, pero en cada momento sólo puede existir un único Director Facultativo, de entre los previamente nombrados, autorizado e inscrito como tal a efectos de petición de los proyectos.
>
> 3. El Director Facultativo ejecutor de la voladura especial podrá ser distinto al inicialmente designado como Director Facultativo que haya comunicado la misma con tal de que esté en el momento de ejecutar la voladura especial convenientemente designado, autorizado e inscrito al efecto.
>
> 4. Además de lo indicado en los apartados anteriores, los Directores Facultativos deberán cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en la normativa vigente que les afecte.

La normativa básica, tal y como proclama el artículo 3 del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, determina que «todas las actividades incluidas en este Reglamento estarán bajo la autoridad de un Director Facultativo responsable con la titulación exigida por la Ley».

Por su parte, el régimen aplicable a los Directores Facultativos se contiene en la ITC. 02.0.01 aprobada por Orden Ministerial 739/1988, de 22 de abril, Instrucciones Técnicas complementarias de los Capítulos II, IV, y XIII del Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad.

De dicha ITC 02.0.01 interesa destacar que residencia en la autoridad minera competente la facultad de adaptar, en circunstancias especiales, las limitaciones que en razón a las características de las distintas unidades de explotación contempla y, asimismo, contiene normas para reglar los posibles cambios de los Directores Facultativos (sustitución, baja por fuerza mayor o renuncia).

Del análisis del entero régimen normativo que disciplina la figura del Director Facultativo, a juicio de la Comisión, puede extraerse que **constituye mínimo común indisponible para el normador reglamentario autonómico la existencia en todo momento** —concretamente, y a lo que aquí interesa, en relación a la comunicación a la autoridad minera de todo proyecto resumen de voladura especial— **de un Director Facultativo debidamente designado e inscrito en el Registro correspondiente que vele por el cumplimiento de la normativa vigente en la proyección y ejecución de la voladura especial**, previsión normativa que aparece como una medida claramente conectada con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las normas técnicas, así como la seguridad de las personas y bienes que puedan resultar afectados por la actividad —objetivamente peligrosa—.

Por ello, en tanto el proyecto preserva dicho régimen, esto es, permite que quien en cada caso actúe como Director Facultativo esté «convenientemente designado, autorizado e inscrito al efecto», se mueve dentro de las opciones que la normativa básica admite al normador reglamentario autonómico.

En suma, l**a regulación proyectada, en la perspectiva de examen que nos ocupa, se presenta como una solución que sin alterar el nivel de seguridad (siempre debe existir un Director Facultativo responsable de la concreta actividad), ni los requisitos materiales que se exige a aquél (titulación, designación por la empresa, aceptación e inscripción en el Registro) exigidos por la norma básica, contribuye a una gestión más eficaz, ya que, al permitir la existencia de varios directores facultativos debidamente designados e inscritos, las incidencias que puedan presentarse en relación a éstos no van a determinar necesariamente la paralización o imposibilidad de tramitar el proyecto-resumen**, con las consecuencias negativas que ello pueda tener para la actividad.

La solución del proyecto, en definitiva, no conlleva detrimento alguno de las exigencias técnicas y de seguridad que derivan de la normativa vigente para planificar y ejecutar las voladuras especiales, ni respecto de las exigencias (materiales y formales) que dicha normativa determina para la persona responsable de tal actividad.

DCJA 133/2007 pár. 47-59

8. PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Tipología

El **persona eventual** es una clase de personal al servicio de las administraciones públicas vascas, artículo 3 c) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (en adelante LFPV), que se encuentra sujeto al régimen de incompatibilidades unitario dispuesto por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, conforme al enunciado de su artículo 2.2, pues se aplica a todo el personal «cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo».

Ese estado de cosas no ha sufrido ninguna transformación con el Estatuto Básico del empleado público, que sigue incluyendo entre las clases de personal al personal eventual (artículo 8 y 12 de la Ley 7/2007) y que, incluso, al introducir en su disposición final 3ª una modificación del artículo 16.1 de la Ley 53/1984, se refiere de forma explícita a un límite que afecta al «personal eventual».

Pese a que tampoco contamos con una definición muy clara del personal eventual para distinguirlo con nitidez del alto cargo, ya que, como aquellos, se caracterizan por un nombramiento y cese libres, es lo cierto que se ha avanzado de forma importante en una clarificación de la figura. A ello ha contribuido, en nuestro ámbito la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de octubre de 2001, dictada en el RCA nº 1122/2000, que rechaza que los asesores de los Consejeros tengan la consideración de altos cargos, haciendo hincapié en las diferencias, y muy recientemente el Decreto 6/2007, de 16 de enero, 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, que impone la obligación de **relacionar sus puestos con una serie de indicaciones entre las que destacan los requisitos exigidos para su desempeño y las retribuciones asignadas.**

El anteproyecto, como avanzábamos, no abarca a todo el personal eventual sino solamente al que tenga «rango» igual o superior a director o directora, concepto éste que, sin embargo, no emplea la Ley 14/1988 —que alude a categorías en su disposición adicional—, ni el Decreto 120/1999 —que ya impuso el deber de declarar a determinado personal eventual—, ni más recientemente el Decreto 6/2007, que utiliza el de retribuciones equivalentes a alto cargo.

Por ello, entiende la Comisión, **aún siendo posible ese fraccionamiento para crear un doble estatuto jurídico-público dentro del personal eventual, que convendría apurar la utilización de una expresión uniforme y evitar que se abran nuevos debates sobre los contornos de la figura**.

DCJA 118/2007 pár. 87-91

En el caso concreto de las **entidades locales**, el citado artículo 104, apartados 2 y 3, LBRL determina que **el nombramiento y cese del personal eventual es libre**,

corresponde al Alcalde, el cese es automático cuando cese o expire el mandato de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento, debiendo su nombramiento, retribución y régimen de dedicación ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el de la Corporación.

De dicha regulación se colige que la figura del personal eventual en régimen administrativo, personal de asesoramiento o de confianza política, tiene una naturaleza ajena al mundo laboral, configurándose como personal de confianza política. Tal personal cesará automáticamente al cesar la persona que lo nombra, sin derecho alguno a indemnización y su desempeño no constituye mérito alguno en el régimen de la función pública. El personal eventual suele ocupar habitualmente puestos de asesoría (política o técnica), secretaría particular, etc., siendo su número limitado, identificado como tal en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo y, por consiguiente, ceñido a los puestos previamente delimitados. Asimismo, este personal tiene vedado *a limine* el desarrollo de tareas y funciones normales de la Administración en la que se inserte, tanto externas —de prestación y policía frente a la ciudadanía—, como internas —de pura organización administrativa—, por estar éstas reservadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por tanto, de acuerdo con la naturaleza de este tipo de personal y su regulación normativa, la relación jurídica que le une a la Administración nace con el nombramiento —al que expresamente se refiere el artículo 104 LBRL—, sin que sea necesaria la suscripción de contrato laboral alguno.

Asimismo, a lo que hace al caso examinado, de dicha configuración normativa deriva que el personal eventual en régimen administrativo no tenga, en principio, la más mínima relación (excepto su temporalidad) con el eventual en régimen laboral, por tener cada uno su correspondiente regulación jurídica; el primero, en la Ley y los reglamentos aplicables, y el segundo, en las fuentes de la relación laboral que no permiten eludir la aplicación del artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y demás normas que regulan los contratos temporales, de las que nacen derechos y obligaciones también para las administraciones públicas.

Ello permite considerar acreditado que concurría en el caso un supuesto de infracción cualificada de las normas reguladoras de la contratación temporal por las administraciones públicas, pues tal calificativo debe otorgarse a la suscripción sucesiva de contratos temporales en cuya virtud la persona contratada temporalmente por la afinidad y proximidad política inherentes a la confianza vino a desarrollar, con carácter habitual, tareas externas de carácter permanente (recaudación de impuestos, recaudación en vía ejecutiva, liquidación de impuestos, control de notificaciones etc.), propias de la actividad administrativa municipal, que no pueden ser subsumidas entre las funciones de confianza y asesoramiento propias del personal eventual; infracción que debe acarrear las consecuencias previstas con carácter general por el ordenamiento laboral, con independencia de la condición de Administración pública.

DCJA 179/2007 pár. 27-30 y 35

B) Acceso

Como ya hemos adelantado, el artículo 23.2 CE consagra el derecho fundamental al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, que ha de ser puesto en relación con el artículo 103.3 CE en el sentido de que precisamente el mérito y la capacidad deben actuar como parámetros de racionalidad o límites para hacerlo posible, de modo que se eviten discriminaciones o desigualdades arbitrarias.

La igualdad, en su acepción primaria, proscribe ya la determinación de requisitos que traduzcan desigualdades arbitrarias (SSTC 75/1983, 50/1986, 148/1986, 192/1987, 193/1987, 75/1988 y 67/1989), ya la fijación de reglas y condiciones rectoras del acceso de las que en modo alguno puedan predicarse las notas de generalidad y abstracción, por implicar, en virtud de su individualización y concreción verdaderas acepciones o, *sensu contrario, pretericiones ad personam* (SSTC 42/1981 [RTC 1981\42], 50/1986 [RTC 1986\50], 148/1986 [RTC 1986\148], 18/1987 [RTC 1987\18], 67/1989 [RTC 1989\67], 27/1991 [RTC 1991\27], 93/1995 [RTC 1995\93] y 11/1996 [RTC 1996\11])

Como se afirma en STC 50/1986 « […]la igualdad se predica sólo de las condiciones establecidas para el acceso a cada cargo o función, no a todos ellos, y que, por lo tanto, pueden ser distintos los requisitos o condiciones que los ciudadanos deben reunir para aspirar a los distintos cargos o funciones, sin que las diferencias (posesión de determinadas titulaciones, edades mínimas o máximas, antigüedad mínima en otro empleo o función, etc.) puedan ser consideradas lesivas de la igualdad».

En efecto, el **principio de igualdad que vincula al legislador no impide que éste establezca diferencias de trato** derivadas del amplio margen de libertad que tiene para dotar de contenido concreto a los principios de mérito y capacidad y, en definitiva, para configurar el régimen estatutario del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas. **Ahora bien, para que esa diferencia sea constitucionalmente lícita, no deben producirse situaciones carentes de una justificación objetiva y razonable y, además, debe superar un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador** (STC 110/1993, entre otras).

Pues bien, en este caso hay que decir que las reglas de acceso se establecen en términos generales y abstractos, los requisitos exigidos no son discriminatorios, por cuanto que no se refieren a situaciones individualizadas o concretas de un grupo prefijado de personas y no establecen diferencia de trato entre los aspirantes. La igualdad de trato entre los aspirantes queda establecida ya que todos los candidatos deberán cumplir los mismos requisitos para ingresar en la categoría de Agente de los Cuerpos que integran la Policía del País Vasco.

En segundo lugar, la constatación de que se aplique un criterio diferente al que rige para el acceso a otras Escalas, en los que la titulación exigida para el ingreso es la que determina el grupo de clasificación al que se accede, tampoco pude servir de

fundamento a una supuesta discriminación, ya que desde la STC 7/1984 el Tribunal Constitucional viene sosteniendo «la igualdad o desigualdad entre estructuras, como las situaciones funcionariales, que son —prescindiendo de su sustrato sociológico real— creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas; esto es, de su configuración jurídica, que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores, de suerte que al amparo del principio de igualdad no es lícito tratar de asimilar situaciones que en origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean, pues la discriminación, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales (SSTC 68/1989 [RTC 1989\68], 77/1990 [RTC 1990\77], 48/1992 [RTC 1992\48], 293/1993 [RTC 1993\293], 82/1994 [RTC 1994\82], 236/1994 y 237/1994 [RTC 1994\237])» (STC 9/1995 [RTC 1995\9], fundamento jurídico 3.º).

En este caso, la pauta elegida tiene una concreta justificación objetiva y razonable. Como ya hemos dejado advertido, de un lado, no se debe olvidar que estamos ante la categoría de ingreso a la Ertzaintza por lo que una mayor exigencia de titulación dificultaría la posibilidad de elegir entre un mayor número de aspirantes y podría provocar que no se cubrieran las necesidades de personal de la Ertzaintza. De otro lado, la clasificación en el Grupo C facilita la promoción de sus integrantes a las categorías de la Escala superior, haciendo posible una mayor fluidez en la carrera y una mayor permeabilidad entre las susodichas Escalas sin que éstas se conviertan en compartimentos cerrados y estancos.

Todo ello va a permitir una más racional gestión de los recursos humanos que conforman el Cuerpo de Policía Autónoma y, por ende, una mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico.

En este análisis es importante precisar (i) que los títulos académicos no están concebidos para acreditar una capacitación en el ámbito de la función pública policial, siendo sólo indicativos o referenciales de una preparación que puede ser de utilidad para agrupar a los funcionarios de las diferentes Escalas y así racionalizar los procesos de acceso y ordenar su carrera profesional y (ii) que la correspondencia estricta entre titulación y grupo de clasificación del cuerpo o Escala de pertenencia no se encuentra establecida de forma rígida ni en la normativa general de función pública, ni menos aún en la LPPV.

En ese sentido, resulta conveniente rescatar la idea que subyace en la iniciativa y cuya invocación da más sentido aún a un sistema que conjuga el interés público y los principios de mérito y capacidad. El informe jurídico del Departamento consultante, al tratar el tema, se refiere a la posibilidad que establece la LPPV en su artículo 59.2 de que en la promoción interna el requisito de titulación pueda ser sustituido por la superación de cursos formativos impartidos por la Academia de la Policía del País Vasco. De este modo, señala que «la ficción jurídica propuesta pudiera sustentarse en los estudios impartidos durante el curso formativo de ingreso (curso básico de ingreso) y el período de prácticas». Añadiendo en el informe complementario que «la incorporación al grupo C de clasificación de los funcionarios de la escala básica

a efectos retributivos, administrativos y de promoción interna, al margen de la titulación académica que posean y sólo respecto de la escala de inspección, tiene igual fundamento que el que inspira el artículo 59.2 LPPV».

El artículo 51 LPPV establece que: «El ingreso en los Cuerpos que integran la Policía del País Vasco se llevará a cabo mediante los sistemas de oposición, concurso o concurso-oposición, que se complementarán, como una fase más del proceso selectivo, con la realización de cursos de formación y períodos de prácticas». Debiendo tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 44 de dicha Ley «los procesos selectivos cuidarán la adecuación entre el tipo de pruebas a realizar y el contendido de las funciones a desempeñar, pudiendo incluir a tales efectos, […]cursos de formación, períodos de practicas, […]».

Según se justifica, lo que se pretende es que aquellos que acceden al curso de formación reciban una formación adecuada al cumplimiento de las funciones que deberá desempeñar, debiendo configurarse los planes de estudio con dicho objetivo. Por ello, si, tal y como aparece en la memoria, el graduado escolar es insuficiente para el ejercicio de la función policial, dado que es necesario no sólo el conocimiento de cultura general sino de otras materia jurídicas y normativas complejas y diversas, el curso de formación servirá de vehículo para lograr la equiparación técnica y formativa que se desea.

Con ello se cumplen las expectativas de los proponentes de la norma y se respeta el principio de mérito y capacidad, ya que el funcionario acreditaría la capacidad profesional necesaria para desempeñar las tareas o funciones que conlleva actualmente la categoría de Agente a la que accedería, consiguiendo así mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de las funciones que les atribuye el ordenamiento jurídico. Además, el servicio público que ofrece la Ertzaintza no se vería afectado por la imposibilidad de tener una oferta suficiente para el ingreso en los Cuerpos que la conforman.

DCJA 120/2007 pár. 78-90

C) Incompatibilidades

La disposición adicional 2ª.1 del proyecto viene a establecer una **incompatibilidad retributiva** aplicable al personal de las administraciones públicas. Dice así:

> En los casos de dedicación a tiempo parcial, el importe de las pagas extraordinarias y trienios, en las cuantías que en cada caso procedan, se abonarán por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea cuando las personas interesadas no las perciban con cargo a cualquier otra Administración.

Los destinatarios de la salvedad han de reunir simultáneamente un doble requisito: a) una dedicación a tiempo parcial; b) la percepción de pagas extraordinarias y trienios por parte de una Administración Pública.

Como es sabido, el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas se encuentra regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, que en lo que se refiere a actividades públicas establece una total y absoluta incompatibilidad, con determinadas excepciones, entre las que se incluye, artículo 3.1 en relación la artículo 4.1, el desempeño de un puesto de trabajo en la esfera docente como profesor universitario asociado en régimen de dedicación no superior a la de tiempo parcial y con duración determinada.

Conforme a las características de la figura contractual, tal y como ha sido concebida por el artículo 23 LSUV, las profesoras y los profesores asociados son contratados en régimen de dedicación a tiempo parcial, con funciones exclusivamente docentes en enseñanzas específicas, entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la universidad, y el plazo máximo de duración de los contratos será de tres años, sin perjuicio de que una vez convocado nuevamente el puesto pueda ser cubierto por el mismo profesor.

Se aprecia, pues, la adecuada armonía y concordancia entre ambas leyes, con el designio de que la universidad pueda recibir las aportaciones de especialistas que desarrollan su actividad profesional en las administraciones públicas.

El proyecto no niega esa compatibilidad funcional, pero impone una incompatibilidad retributiva, ya que no podrán percibir los trienios (en realidad la retribución por antigüedad), ni las pagas extraordinarias a las que tienen derecho el resto de los profesores asociados.

Tal restricción, para que resultara viable, debería estar dispuesta en Ley, no sólo porque el artículo 103.3 CE se remite a la Ley para la regulación del sistema de incompatibilidades, también porque la Ley 53/1984 no tiene ninguna acotación como la que se quiere incluir, en exclusiva, para el profesorado asociado de la UPV/EHU. Además, estima la Comisión que **el reglamento no puede entrar a distinguir entre aquellos a los que la Ley no distingue, limitando los derechos de algunos de los profesores en virtud de un aspecto** —la concreta actividad que desarrollan fuera de la universidad— **que no ha sido tomado en cuenta por la Ley ni de forma explícita ni implícita**, sin que tampoco veamos con nitidez las razones que justifican la citada limitación.

Es obvio que los especialistas que ejercen su actividad profesional fuera de la universidad y en otros ámbitos diferentes al público también generaran derechos económicos con motivo de su actividad principal y, entre ellos, los correspondientes a las pagas extraordinarias y antigüedad, sin que por ello vean mermados sus ingresos como profesores asociados.

DCJA 175/2007 pár. 98-105

D) Retribuciones

En este sentido, conviene recordar que la doctrina jurisprudencial en materia de derechos funcionariales viene manteniendo que frente al poder organizatorio de la Administración **el funcionario sólo puede exigir los derechos que por consolidación hayan alcanzado la cualidad de adquiridos, entre los que ocupa un lugar destacado los de orden económico**. Este campo ha sido limitado por la jurisprudencia al señalar que entre los derechos adquiridos **no puede incluirse el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, aunque sí merece aquella calificación el montante consolidado de las mismas**.

DCJA 132/2007 pár. 34

Profesionales sanitarios

El proyecto ciñe su ámbito, en principio, al personal fijo (artículo 2 y 5.a), si bien abre el acceso a la evaluación al personal sin relación de empleo fijo (artículo 2, párrafo tercero), limitando sus efectos a una posible valoración en procesos selectivos (artículo 2, párrafo cuarto), a cuyos efectos se remite a la convocatoria respectiva. Los efectos económicos del reconocimiento de nivel se difieren hasta la obtención de nombramiento en propiedad.

La LOPS toma en consideración a los profesionales sanitarios en tanto pretende sentar «las bases de un sistema imprescindible para propiciar el desarrollo del sistema Sanitario» (Exposición de Motivos de la LOPS), y el tipo de relación del personal, como el ámbito público o privado en que desempeñen su profesión, es indiferente para esa Ley. El reconocimiento del desarrollo profesional y del grado alcanzado, también por personal temporal, contribuirán a la mejora de las prestaciones sanitarias y harán más transparente la calidad del servicio o unidad en el que el profesional se encuentra integrado.

Ahora bien, el proyecto efectúa una traslación de los criterios generales establecidos por la LOPS a la carrera profesional del personal estatutario, en línea con lo demandado por el artículo 40.4 LEMPE, lo que tiene una consecuencia retributiva. **Es esta consecuencia retributiva la que niega el proyecto al personal sin relación de empleo fijo.**

En la medida en que se trata de un complemento de carrera parece posible defender la exclusión, ya que responde a diferencias estatutarias previas. La carrera se genera en una relación permanente de la que carecen el personal interino y eventual del artículo 26.5 LOSE, es inherente a su situación la precariedad del vínculo sin garantía alguna de proyección ulterior. Es más, esa diferente situación de partida es la que la norma tiene en cuenta para que la distinción no resulte desproporcionada en atención a las circunstancias particulares de ambos colectivos, ya que en el caso del personal temporal el reconocimiento también tiene efectos: económi-

cos cuando obtengan la fijeza pero, lo que puede ser más importante, será valorado para obtenerla.

Según la doctrina constitucional que reflejan las STC 48/1992 y los AATC 63/1996, 317/1996 y 183/2005, las **diferencias retributivas establecidas entre funcionarios de carrera e interinos no atentan al principio de igualdad, aunque las tareas asignadas sean análogas o idénticas, al tratarse de categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, con sistemas de acceso distintos y con una relación funcionarial o estatutaria de contenido diverso.** Conforme a la citada argumentación la diferencia retributiva resultaría, pues, conforme a Derecho.

Ahora bien, según el artículo 44 LEMPE: «El personal estatutario temporal percibirá la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias que, en el correspondiente servicio de salud, correspondan a su nombramiento, con excepción de los trienios». Y desde luego, si puede ser conforme al orden constitucional, según hemos visto, la diferencia retributiva, también **parece clara la constitucionalidad de una previsión legislativa a favor de la equiparación, siempre que los requisitos materiales y formales previstos para el personal fijo sean reunidos por el temporal.**

En una primera interpretación del precepto, en tanto supone una previsión específica sobre el régimen retributivo que señala que percibirán la totalidad de las retribuciones, tanto básicas como complementarias, no cabe negar un determinado concepto retributivo como el que nos ocupa. Si el legislador básico, que ha optado por la igualdad retributiva como regla, hubiera querido negarles el derecho al complemento de carrera lo habría dispuesto expresamente, como ha hecho con los trienios, concepto también de tipo personal y ligado a la permanencia en la función.

Esa interpretación sería coherente con la **tendencia general** que, desde hace años, **va equiparando**, **a excepción de la antigüedad, las retribuciones del personal interino con el fijo, o de carrera, del respectivo sector y de la cual es expresión el artículo 93 de la Ley de Función Pública Vasca, aplicable sólo supletoriamente al personal del servicio de salud**, según su artículo 2.4.

Sin embargo, una segunda interpretación pone el énfasis en el nombramiento, ya que la clave para comprender tal precepto está en ese término. Como consecuencia del nombramiento se deriva un encuadramiento en una categoría de referencia (sueldo y pagas extraordinarias), así como el desempeño de un puesto de trabajo para el que ha sido reclutado (complemento de destino, y en su caso, específico, de productividad o de atención continuada). **Del mero nombramiento no nace,** sin embargo**, el derecho al complemento de carrera**. Por tanto, el legislador no establece la exclusión por ser implícita, mientras no lo es, en el caso de los trienios porque éstos precisan sólo determinado período de prestación de servicios.

Por otro lado, la decisión de extender el sistema al personal temporal sólo en su aspecto evaluativo puede justificarse específicamente, según hace el expediente, al

argumentar la dificultad de cumplimiento y de evaluación de los requisitos o factores evaluables, y la menor y descendente cuantía de personas afectadas.

DCJA 25/2007 pár. 51-60

Véase DCJA 176/2007 pár 51-59

Personal docente e investigador contratado de la UPV

Como ya explicamos en el DCJA 87/2006, tanto la LOU como la LSUV prevén una **dualidad retributiva** para este personal, al distinguir su régimen retributivo general y el posible establecimiento de retribuciones adicionales que se configuran como una excepción a aquél.

En lo que ahora nos interesa, la LSUV refleja ese esquema en su artículo 33.2 y artículo 34.2.

Mientras que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 34.2 LSUV se ha aprobado el Decreto 209/2006, de 17 de octubre, de complementos adicionales del personal docente e investigador de la UPV/EHU, el proyecto persigue hacer lo mismo con respecto al artículo 33.2 LSUV, para establecer el régimen retributivo general del personal docente e investigador contratado.

Antes que nada hemos de decir que, en relación al personal docente e investigador contratado, se ha aprobado el Decreto 247/2003, de 21 de octubre, sobre profesorado contratado con carácter temporal, sin que se haya aprobado todavía el del personal contratado de duración indefinida (profesores y profesoras plenos, agregados y colaboradores permanentes). Obviamente, para este personal —personal contratado de duración indefinida— la regulación proyectada alcanzará su sentido cuando aquella se apruebe.

Volviendo al tenor del artículo 33 LSUV, cabe extraer del mismo tres mensajes relevantes:

a) Dentro de cada categoría cabe establecer diferentes niveles con sus correspondientes consecuencias retributivas.

b) En la regulación de las categorías de profesoras o profesores contratados plenos y agregados se utilizarán criterios homogéneos a los establecidos para las catedráticas o catedráticos y profesoras o profesores titulares.

c) El régimen de retribución de los asociados y asociadas consistirá en una cantidad proporcional, en función de la dedicación que se les requiera, tomando como referencia el sueldo a tiempo completo.

Tales son los parámetros legales a los que debe atenerse el Gobierno al ejercitar la habilitación concedida para completar y desarrollar la Ley, de conformidad con el tradicional principio de jerarquía normativa que recoge el artículo 9.3 CE, artículo 62.2 LRJPAC y artículo 63 de la Ley de Gobierno.

Pues bien, tales exigencias sustantivas se cumplen sin dificultad en el caso de las letras a) y b), mientras que es más arduo llegar a concluir que lo son en el caso de la letra c).

En realidad, la primera de ellas, letra a), hubiera permitido abrir un abanico de diferentes niveles en cada categoría, pero en tanto que tiene naturaleza potestativa y no prescriptiva nada cabe objetar al hecho de que finalmente tales niveles no se contemplen.

Para enjuiciar la segunda, letra b), hay que acudir al régimen general del profesorado universitario funcionario que se encuentra regulado en el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, con las modificaciones introducidas por los Reales Decretos 1949/1995, 74/2000 y 1325/2002.

De su contraste con lo dispuesto en el proyecto, la homogeneidad que demanda la LSUV se cumple suficientemente, aunque la estructura retributiva se simplifique, ya que el salario base de la categoría (término del proyecto) parece englobar el sueldo, el complemento de destino y el componente general del complemento específico, lo cual no es irrazonable ya que su distinción en éste ámbito hace más compleja su gestión y no vemos una utilidad relevante para la misma.

Finalmente queda por tratar el **régimen retributivo del profesorado asociado.** Para comprender el artículo 33.3 LSUV debemos detenernos previamente en el artículo 29 LSUV. Éste establece una distinción en el régimen de dedicación del personal docente e investigador contratado, de suerte que el profesorado pleno, agregado y adjunto ejercerá sus funciones preferentemente en régimen de dedicación a tiempo completo, el profesorado asociado tendrá, por su parte, una dedicación a tiempo parcial y, finalmente, la dedicación del colaborador vendrá determinada por las necesidades de la docencia.

Del análisis del Anexo I se comprueba que tal esquema es más complejo, sobre todo porque la dedicación del profesorado asociado, siendo a tiempo parcial, toma diversas magnitudes (6 horas lectivas, 5 horas lectivas, 4 horas lectivas y finalmente 3 horas lectivas). Además la LSUV no concreta cuál debe ser la categoría profesional que hay que tomar como referencia, pudiendo servir por tanto cualquiera de ellas.

En ese contexto podrían defenderse dos tesis: la primera, más estricta, según la cual el artículo 33.3 LFV no sólo habilita al Gobierno para que desarrolle la Ley sino que también le obliga a hacerlo en un sentido muy concreto pues ha de consistir en una cantidad proporcional en función de la dedicación; el legislador exige una delimitación cierta del porcentaje y lo exige además conforme a un criterio muy claro:

ha de tomar en cuenta la dedicación y ha de ser proporcional a la misma. La segunda tesis sería más flexible: La Ley no impediría una determinación del montante y, en todo caso, siempre cabría establecer comparativamente un porcentaje de proporcionalidad con respecto a las retribuciones fijadas para otra categoría con dedicación a tiempo completo, aunque el mismo no estuviera determinado por la dedicación que se les requiere. Esta última, aunque pudiera resultar defendible, tiene a nuestro entender una justificación más débil y podría generar problemas.

Además del artículo 33 LSUV, existe otra previsión en la LSUV que tiene incidencia directa en el proyecto que analizamos; en concreto el artículo 27.4 LSUV dispone taxativamente que el «personal doctor investigador tendrá los mismos derechos que el profesor agregado. El profesor de investigación tendrá los mismos derechos que el profesor pleno».

El artículo 4 del proyecto se remite en la fijación del salario base a lo establecido en el Anexo I. Dentro del referido anexo existe un doble epígrafe para distinguir al personal docente y al personal investigador. En lo que ahora nos interesa, se concluye que el personal doctor investigador percibirá idénticas cantidades que el profesor colaborador (y profesor contratado interino), mientras que el profesorado de investigación percibirá las del profesor agregado.

Tales equiparaciones se apartan, por ende, de la pauta establecida por el legislador en cuanto a los derechos que *ex lege* les corresponden y no pueden ampararse en el margen de discrecionalidad que dispone el Gobierno para ejecutar la Ley, pues su claridad impide acoger una interpretación que pudiera justificar el fin buscado por el departamento promotor de la iniciativa.

DCJA 175/2007 pár. 52-67

En concreto, el artículo 26 se titula **personal investigador** no contratado y contempla a los investigadores en fase inicial (becarias y becarios de doctorado) y los investigadores experimentados (doctores investigadores que, en virtud de convenios, acuerdos o cualquier otra forma de colaboración, desarrollen actividades en una universidad). El artículo 27 se ocupa del personal investigador contratado, y si inicialmente se mencionan tres categorías —el personal investigador contratado, el doctor investigador y el profesor de investigación— la primera luego no merece la atención del legislador y podría entenderse que tal omisión es debida a que está pensando en el personal investigador contratado para obra o servicio determinado al que de forma previa había mencionado en el artículo 14.2 LSUV. Las otras dos son figuras contractuales de duración indefinida, conforme a la asimilación de régimen del apartado 4 del artículo 27 LSUV.

Dejando a un lado a estas dos figuras (doctor investigador y profesor de investigación), nos centraremos en el colectivo del personal investigador temporal, tradicionalmente integrado por el personal investigador en formación o en fase inicial, el

personal investigador en perfeccionamiento o experimentado y por el personal investigador adscrito a proyectos, convenios o contratos de investigación.

Lo cierto es que, si bien la LSUV identifica a los primeros como no contratados, de un lado por la vía del artículo 17.1 b) de la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación, y, por otro, por la vía del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el estatuto del personal Investigador en Formación, las becas de investigación predoctorales para los investigadores que se encuentran en la segunda fase —tercer y cuarto año— y las becas de investigación posdoctorales se han sustituido por contratos laborales.

A esa realidad quiere dar un tratamiento adecuado el artículo 14 del proyecto, lo cual es aceptable, pero, como veremos, ha de hacerlo conforme a la nueva conceptuación de este personal.

En primer lugar, partiendo de lo dispuesto en su apartado 1, con carácter previo hemos de inferir a qué colectivo se refiere, ya que no lo identifica con la claridad que sería recomendable, pues se remite a lo «establecido en la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, y este Decreto», lo cual resulta poco o nada explícito. Se puede concluir, pese a ello, que se ocupa del personal investigador contratado para obra o servicio determinado para el desarrollo de un proyecto de investigación científica y técnica. Ya hemos dicho que se encuentra aludido en el artículo 14.2 LSUV y también en el artículo 48.1 LOU, sin que se sepa nada más sobre el mismo.

Pues bien, no cabe la menor duda de que en este caso no se trata de una figura contractual específica de las universidades, si no que existe una remisión expresa al contrato para obra o servicio determinado previsto en la normativa laboral, debiendo sujetarse directamente al régimen jurídico previsto en la normativa reguladora de esta modalidad contractual, esto es el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET), y en lo que se refiere al salario a lo dispuesto en el artículo 26 ET que llama a su determinación mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato laboral.

El proyecto parece asumir ese esquema de fuentes ya que especifica que las retribuciones serán «como mínimo» las que, no sin cierta oscuridad, identifica. Esto es, establece un marco unitario mínimo, dejando a la negociación colectiva —o al contrato— su efectiva concreción.

Si podemos salvar el apartado 1, aunque en todo caso debería aquilatarse su redacción, más difícil resulta admitir que las retribuciones del personal investigador contratado conforme a lo establecido en el artículo 17.1 b) de la Ley 13/1986 y personal investigador en formación, en la modalidad de trabajo en prácticas, sean las establecidas en la correspondiente convocatoria, tal y como lo prevé el apartado 2.

No cabe duda que las convocatorias han desempeñado un papel muy importante en la determinación de las condiciones de trabajo de los investigadores, cuando no mediaba un contrato. Sin embargo, una vez que se ha procedido a su laboralización,

tales bases reguladoras exceden con mucho el papel que les corresponde a la hora de regular las condiciones de trabajo de estos colectivos, invadiendo espacios de regulación típicos de la autonomía colectiva.

En lo que se refiere específicamente al personal investigador contratado conforme a lo establecido en el artículo 17.1 b) de la Ley 13/1986, la propia Ley señala que sus contratos se regirán por el artículo 11.1 del ET, pero, entre otras, con la siguiente particularidad: la retribución de estos investigadores no podrá ser inferior a la que corresponda al personal investigador que realice idénticas o análogas actividades.

Por su parte, el artículo 8.4 del Real Decreto 63/2006 contempla para el personal investigador en formación que el contrato de trabajo en practicas se regirá en su «duración, retribución, prorrogas y extinción» por lo que establece el artículo 11.1 ET y su normativa de desarrollo.

Finalmente, en cuanto al apartado 3, dedicado a las retribuciones del personal investigador doctor en formación, en la modalidad de obra o servicio determinado, es trasladable lo señalado con respecto al colectivo identificado en el apartado 2 anterior, pues adolece del mismo defecto. Es la modalidad contractual la que delimita los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral.

En suma, se hace preciso realizar las adaptaciones necesarias en los dos apartados que comentamos (2 y 3) del artículo 14 del proyecto.

DCJA 175/2007 pár. 85-97

E) Carrera profesional

Por similares razones, llamamos la atención sobre la falta de explicación en el expediente del proyecto las razones por las que el sistema no se abre, en el aspecto meramente evaluador, al personal sometido a régimen laboral, fijo o temporal, al cual, como venimos señalando, le es aplicable la LOPS.

Desde luego, no son razones suficientes para tal exclusión:

— Que dicho colectivo sólo se da temporalmente, respecto a personal empleado con anterioridad a la LOSE, la cual impone, en exclusividad, la forma jurídica estatutaria para las relaciones de empleo; pues ello no lo hace inexistente y supone ignorar a quienes mantienen la naturaleza laboral en una relación nacida como consecuencia de subrogación en la posición empleadora, cuestión ajena a los objetivos y principios del sistema de desarrollo profesional.

— Que el régimen retributivo laboral pueda contemplar complementos análogos al que aquí se trata, pues ello podría ligarse al mismo y único sistema de evaluación.

La exclusión de este personal debería justificarse, bien en la práctica o pronta extinción del colectivo, bien en razones vinculadas estrictamente a los propios elementos del sistema de desarrollo profesional que no han sido del todo expuestas.

En cuanto a la valoración en procesos selectivos para el nombramiento fijo, la remisión a los términos de la convocatoria debe entenderse, por ende, a la regulación de tales procesos, lo cual consideramos, en abstracto, que es posible porque **los factores que disciplinan el desarrollo profesional están conectados con los principios de mérito y capacidad**, pues reflejan la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público.

Otra cosa es que no cualquier valoración del nivel reconocido será conforme a Derecho. Por un lado, la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria puedan dar a ese mérito concreto, no puede llevar a rebasar el límite de lo tolerable (SSTC 67/1989, 185/1994 y 73/1998).

DCJA 25/2007 pár. 61-65

El artículo 8 del proyecto procede a encuadrar los factores en tres bloques valorativos y prevé que para superar la evaluación el profesional deberá obtener una puntuación mínima en cada uno de los bloques conforme a la tabla que incluye.

Lo cierto es que tal puntuación mínima no va acompañada de una puntuación máxima alcanzable en cada bloque, ni una referencia porcentual, por lo que no da una idea cabal del grado de exigencia que conlleva.

Esa ausencia de determinación quedará solventada en la convocatoria que contendrá los baremos de puntuación y será aprobada mediante Resolución del Director General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud con carácter anual (artículo 11.1.1).

La Comisión estima que, sin negar que pueda tener el órgano convocante un cierto margen de actuación, **la salvaguarda de los principios de mérito y capacidad que actúan no sólo en el momento de acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial, «aunque sea diferente el rigor o la intensidad con la que operan»** (SSTC 192/1991, 200/1991, 293/1993 y 365/1993), requiere una determinación, o al menos determinabilidad, normativa suficiente.

Esto es, que **las pautas principales por las que deben juzgarse los méritos de los aspirantes deben venir, en la medida de lo posible, fijadas en una norma y con vocación de permanencia,** sin que se incorporen directamente a un acto administrativo con una pluralidad indeterminada de destinatarios y tengan efectos limitados a un solo proceso.

Se trata de configurar un régimen uniforme de valoración de los méritos a efectos de la carrera profesional de los diplomados y la misma, salvo que existan razones que no han sido expuestas en el expediente, debe ser materia de desarrollo reglamenta-

rio, puesto que ese régimen ha de estar dotando de unas mínimas reglas estables comunes a todos los procesos con independencia del ejercicio en el que se desarrollan y no, como parece configurase en el proyecto, propia del contenido de las Bases de cada convocatoria.

En definitiva, **la traslación al Director General del Ente y al acto de convocatoria de un extremo esencial, sin prácticamente ningún límite ni criterio que permita restringir y acotar adecuadamente esa atribución, supone un ejercicio de la potestad reglamentaria que no alcanza a cubrir el contenido normativo mínimo que debe tener la regulación.**

DCJA 25/2007 pár. 68-74

F) Mérito y capacidad

En este análisis es importante precisar (i) que los títulos académicos no están concebidos para acreditar una capacitación en el ámbito de la función pública policial, siendo sólo indicativos o referenciales de una preparación que puede ser de utilidad para agrupar a los funcionarios de las diferentes Escalas y así racionalizar los procesos de acceso y ordenar su carrera profesional y (ii) que la correspondencia estricta entre titulación y grupo de clasificación del cuerpo o Escala de pertenencia no se encuentra establecida de forma rígida ni en la normativa general de función pública, ni menos aún en la LPPV.

[…]

El margen de libertad que tiene el legislador para dotar de contenido concreto a los conceptos de mérito y capacidad, incluye la valoración de los conocimientos que se entienden acreditados en relación con la forma de acceso y composición de cada Cuerpo o Escala funcionarial, a efectos de promoción interna, siendo tal valoración la que determinará las exenciones que se estimen adecuadas en las pruebas de acceso a los Cuerpos o Escalas superiores. En definitiva, las exenciones se podrán efectuar conforme a la correspondencia funcional y técnica entre los Cuerpos o Escalas de origen y aquellos a los que se accede, y no sólo conforme a la titulación que determina la pertenencia a un determinado Grupo en el que existen Cuerpos y Escalas de diferente alcance técnico y funcional.

DCJA 120/2007 pár. 86 y 106

G) Situaciones

El hecho de que para el nombramiento se tengan en cuenta criterios de idoneidad y principios de mérito y capacidad excluye su carácter político y, por lo tanto, a la vis-

ta de los preceptos citados, esta Comisión, al igual que la Dirección de Función Pública, considera la **imposibilidad de fijar un supuesto nuevo de servicios especiales mediante Decreto,** dada la reserva legal que la Constitución otorga a la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o régimen estatutario. En consecuencia, debe suprimirse tal consideración.

DCJA 168/2007 pár. 55

H) La reclasificación

La disposición transitoria prevé que lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a quienes a la fecha de entrada en vigor ostenten ya la condición de funcionarios de carrera de la de la Escala Básica de la Ertzaintza.

El proceso de reclasificación que se opera respecto a dicho personal deriva directamente de la modificación estructural que prescribe el nuevo apartado 4 del artículo 105 y se justifica en la necesidad de resolver la situación de ese personal para adecuarla al nuevo régimen de clasificación, consiguiendo con ello una identidad de situación entre este personal y el de nuevo ingreso a la citada Escala.

Antes que nada, cabe advertir que no se encuentra directamente afectado el artículo 23.2 CE ya que se trata de un proceso ajeno al acceso a la función pública. Estamos ante un colectivo de funcionarios que ya han accedido a la Escala Básica y se encuentran prestando las funciones que a sus integrantes encomienda la Ley.

Pues bien, para enjuiciar la solución del anteproyecto debemos partir de dos ideas fundamentales.

De un lado, el **funcionario que ingresa al servicio de una Administración Pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente** y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, **sin que**, en consecuencia, **pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso** (SSTC 99/1987 [RTC 1987\99], 129/1987 [RTC 1987\129] y 70/1988 [RTC 1988\70]). Al amparo del principio de igualdad y por comparación con situaciones pasadas, no puede pretenderse paralizar las reformas orgánicas y funcionariales que decidan las Administraciones públicas (ATC 160/1989 [RTC 1989\160 AUTO]).

Como lógico corolario, el legislador o el Gobierno disfruta también 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 (STC 57/1990 [RTC 1990\57]). La discriminación entre estas estructuras que son creación del Derecho y pueden quedar definidas por la presencia de muy diversos factores, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación que no resulten objetivos ni generales

(SSTC 7/1984 [RTC 1984\7], 68/1989 [RTC 1989\68], 77/1990 [RTC 1990\77] y 48/1992 [RTC 1992\48]), (STC 293/1993 [RTC 1993\293], F. 3º).

Entre los criterios objetivos que el legislador puede valorar, cabe incluir el fin perseguido con esa medida organizativa, las características de los puestos a cubrir, las necesidades presentes y futuras de prestación de los cometidos asignados a los empleados públicos o las previsiones presupuestarias (STC 9/1995 y ATC 541/1985).

Pues bien, como ya hemos dicho son funcionarios de la Escala Básica que se encuentran clasificados en el Grupo D, grupo de clasificación que va a desaparecer en esa Escala, ya que conforme al sistema establecido en la Ley se va a acceder con el grupo de clasificación C.

Es esa circunstancia la que el legislador puede tomar en consideración y la decisión de integrarlos en el grupo C encuentra fundamento en una serie de razones que, a juicio de la Comisión, son legítimas.

Así, si el legislador no estableciera ninguna norma de adaptación convivirían en la Escala Básica funcionarios de dos grupos de clasificación, que no sólo desarrollan las mismas tareas —igualdad objetiva— sino que además la titulación exigida para el ingreso ha sido la misma —igualdad subjetiva—, en una situación, por tanto, sustancialmente homogénea o equiparable.

Es cierto que los nuevos integrantes de la Escala Básica, a través del proceso selectivo, acreditaran la mayor capacitación que exige el ejercicio de las funciones policiales a cuya satisfacción se dirige el curso básico, pero no es menos cierto que los actuales integrantes de la Escala vienen ya desarrollándolas supliendo en su trabajo el posible déficit formativo que la reforma quiere remediar.

A la luz de uno de los objetivos principales que da sentido a la modificación, el de facilitar la promoción interna sin que resulte determinante la titulación académica, la medida de extender a todos los integrantes de la Escala Básica la posibilidad se revela claramente enderezada a la consecución de dicho objetivo.

En esta perspectiva, es la solución contraria —ceñir la medida sólo a los de nuevo ingreso— la que debilitaría la consecución de aquél objetivo, dejando además al margen a funcionarios que gozan de una situación plenamente consolidada y que reúnen, con su antigüedad en la Escala, una capacitación innegable.

DCJA 120/2007 pár. 91-103

I) Promoción interna

La nueva clasificación tiene efectos en la promoción interna aunque limitados a la Escala de Inspección. Según establece la disposición adicional primera, con la re-

clasificación operada se tendrá por cumplido el requisito general de titulación al que se refieren los artículos 59 y 105 para los funcionarios de la Escala Básica que concurran a los procedimientos de ingreso mediante promoción interna en la Escala de Inspección.

En materia de promoción interna también es aplicable el artículo 23.2 CE, aunque, como se afirma en la STC 293/1993, «**es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa**, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos».

El margen de libertad que tiene el legislador para dotar de contenido concreto a los conceptos de mérito y capacidad, incluye la valoración de los conocimientos que se entienden acreditados en relación con la forma de acceso y composición de cada Cuerpo o Escala funcionarial, a efectos de promoción interna, siendo tal valoración la que determinará las exenciones que se estimen adecuadas en las pruebas de acceso a los Cuerpos o Escalas superiores. En definitiva, las exenciones se podrán efectuar conforme a la correspondencia funcional y técnica entre los Cuerpos o Escalas de origen y aquellos a los que se accede, y no sólo conforme a la titulación que determina la pertenencia a un determinado Grupo en el que existen Cuerpos y Escalas de diferente alcance técnico y funcional.

Pues bien, la medida adoptada en esta disposición responde a la reordenación de efectivos proyectada y a la libertad del legislador de eximir de ciertos requisitos por entenderlos acreditados con la correspondencia técnica exigida en el acceso a la Escala de origen.

Como venimos señalando, tanto el sistema de acceso como la reclasificación cuentan con un fundamento objetivo y su incidencia en la promoción interna es asimismo razonable y proporcional a la finalidad perseguida. El normador reduce sus efectos a la Escala de Inspección, lo que denota el carácter excepcional de la dispensa de titulación. Para que puedan integrarse en otras Escalas en las que se exige mayor titulación, deberán poseer, obviamente, la titulación requerida o la inmediatamente inferior y superar los cursos de capacitación, según dispone el artículo 59.2 LPPV.

Hay que consignar que la única Escala de la Ertzaintza que se encuentra clasificada en el Grupo C es la Escala de Inspección (artículo 105.1 y 2 LPPV) y que el ingreso en las dos categorías que la conforman —Suboficial y Oficial— se produce exclusivamente por promoción interna (artículo 56.2 LPPV).

Es una Escala, por tanto, sobre la que se proyecta la carrera de los funcionarios de la Escala Básica, ya que son los únicos que pueden participar en el proceso de acceso a la misma.

Es más, una vez que se encuentran clasificados en el Grupo C, no se trata propiamente de una exención del cumplimiento de un requisito sino del reconocimiento de que lo reúnen *por mor* de la reclasificación operada.

La argumentación recogida en la memoria complementaria es que no cabe exigir a los funcionarios de la Escala Básica la participación en un curso de capacitación para la promoción a una categoría superior que pertenezca al mismo grupo de clasificación, ya que los cursos de capacitación están previstos para pasar de un grupo a otro careciendo de la titulación exigible para el ingreso en la categoría a la que pretende acceder. Como soporte de esta conclusión se cita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de junio de 2002.

Esta Sentencia afirma que «la titulación exigible para el ingreso en la correspondiente categoría (artículo 59.2 Ley 4/92) es la del grupo de clasificación […] que se corresponda con las Escalas (artículo 105 Ley 4/92). Por esa razón el D 315/94 en su art. 57 afirma que los cursos de capacitación serán tres, para acceder de la escala del grupo de clasificación D (Escala Básica) al grupo de clasificación C (Escala de Inspección);[…]». Por ello, la Sala entiende que resulta innecesaria la exigencia de un nuevo curso de capacitación para alguien que pertenece al mismo grupo de clasificación ya que o bien tiene la titulación, o bien ha debido superar el curso de capacitación previamente.

Entiende la Comisión que, en tales casos, estamos ante una promoción que ya no es vertical, de una Escala a otra Escala perteneciente a un grupo de clasificación superior, sino ante una promoción horizontal, de una Escala a otra Escala del mismo grupo de Clasificación, por lo que no sería incoherente que reconocida la posesión de la capacitación necesaria para integrarse en un determinado Grupo (a las dos vías anteriores se añade ahora la vía novedosa que se incorpora al artículo 105.4 LPPV con la que también se suple la titulación) pudieran acceder a otra Escala del mismo Grupo.

Por último, cabe mencionar que la medida otorga un mismo trato a todos los integrantes de la Escala Básica, sin que los miembros de la Escala de Inspección puedan considerar que es discriminatoria porque a ellos les fue exigida titulación o la superación de un curso de capacitación, ya que no integra su derecho pretender que quede congelado el sistema de acceso sin que el legislador lo modifique con la finalidad de lograr una mayor eficacia en la organización y prestación del servicio.

El art. 14 de la CE ampara la igualdad ante la ley, pero no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo. El principio de igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos, de-

ban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con ello se incidirá en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico (SSTC 119/1987 [RTC 1987\119], fundamento jurídico 3; 88/1991, fundamento jurídico 2; 38/1995 [RTC 1995\38], fundamento jurídico 4).

DCJA 120/2007 pár. 104-116

9. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) En el ámbito de las Administraciones Públicas

La Comisión considera necesario sugerir, antes que nada, la posibilidad de que en el ámbito de aplicación del procedimiento que aprueba el proyecto informado **se incluya a todo el personal al servicio de las administraciones públicas vascas: no sólo al personal funcionario o estatutario, sino a todos los empleados públicos**, en la línea de la disposición adicional tercera, 2 de la Ley 7/1993, de creación de Osalan. Y **ello porque la sustitución de las sanciones por medidas correctoras se conecta con la naturaleza de la entidad pública sujeta al principio de legalidad y a un régimen de Derecho administrativo que hace impropia la imposición de sanciones** (así lo ha destacado el Consejo de Estado en el dictamen 1563/2002). No se trata, en modo alguno, de rebajar la protección que reciben los diferentes colectivos que prestan sus servicios en la Administración, sino de dar una respuesta coherente a un régimen con peculiaridades acusadas cuando se trata de la Administración, tal y como han sido reconocidas en la LPRL, sobre todo en los principios generales contenidos en su artículo 45.1, donde, como hemos explicado, se contienen las reglas básicas que rigen en la materia.

[…]

En cuanto al ámbito de aplicación a que se extiende el proyecto de Decreto, recordamos que se concreta en el artículo 2.1 como la Administración Pública de la CAE en los términos señalados en el artículo 7 del Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, así como el resto de entidades a que se refiere el artículo 1.1 de la Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Patrimonio de Euskadi, y las demás administraciones públicas vascas territoriales. Esta Comisión repara en que el artículo 1.1 de la Ley 5/2006 se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de la norma, al objeto de establecer el régimen jurídico de los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad Autónoma o patrimonio de Euskadi, e incluye, entre otras, a instituciones como el Parlamento Vasco, el Tribunal Vasco de Cuentas, el Ararteko o la Universidad del País Vasco, así como otras entidades de naturaleza pública en que así lo disponga su ley de creación, con el fin de colegir que aquel patrimonio se integra por todos los bienes y derechos que, por cualquier título, pertenezcan o se atribuyan a las entidades mencionadas.

Ha de repararse, por una parte, en que ciertas instituciones incluidas en el ámbito de aplicación de la norma proyectada gozan de una autonomía que en ningún caso puede verse afectada por la proyección sobre ellas del procedimiento contemplado en la iniciativa dictaminada, pero que, sin embargo, siendo evidente que, en cuanto empleadoras, se hallan sujetas a la normativa de prevención de riesgos laborales, resulta sin duda más apropiado que, en caso de detectarse una infracción a la misma, sean objeto de un procedimiento para la imposición de una medida correctora en lugar de una sanción, y, por ello, se incluyan en el ámbito de la norma proyectada. Sin perjuicio de la apreciación anterior, insistimos en este momento en que, no habiéndose remitido el proyecto a tales instituciones, que resultan afectadas por su contenido y que, por lo tanto, no han tenido ocasión de realizar ningún comentario en relación con aquél, es inexcusable que, con carácter previo a la aprobación de aquél, el Departamento consultante proceda a conceder el trámite omitido.

El Consejo de Estado en su dictamen 1563/2002 más arriba citado —emitido en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos administrativos especiales de actuación de la ITSS y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado—, abordó la cuestión relativa a la extensión de las prescripciones del proyecto al personal civil de otras instituciones del Estado de las que afirma que no se pueden calificar técnicamente de administraciones públicas, en particular los órganos constitucionales; aunque, a su juicio —y en la línea defendida por esta Comisión—, en cuanto sometidos a la legislación laboral y de prevención de riesgos laborales y a la legislación administrativa como empleadores, debían entenderse sometidos a la regulación de prevención de riesgos laborales.

Por otra parte, el ámbito de aplicación así delimitado, por remisión al artículo 1.1 de la Ley del Patrimonio de Euskadi, plantea una dificultad en relación con la cláusula abierta contenida en la letra j) del párrafo y artículo citados, ya que, si bien tiene sentido que aquella Ley incluya en su ámbito subjetivo de aplicación, a los efectos de establecer el régimen jurídico de los bienes y derechos que integran el patrimonio de Euskadi, a «aquellas otras entidades de naturaleza pública en que así lo disponga su ley de creación», puede no encontrarse explicación a que esas otras entidades cuyos bienes y derechos, conforme a su ley de creación, formarán parte del patrimonio de Euskadi, se sometan, por sólo ese hecho, al régimen del procedimiento de imposición de medidas correctoras por incumplimientos en materia preventiva que es objeto de estudio en este dictamen. Instamos, por ello, al órgano autor de la iniciativa a que reflexione sobre la oportunidad de mantener íntegra la referencia a la Ley de Patrimonio de Euskadi como marco normativo determinante del ámbito subjetivo de aplicación del proyecto ahora analizado.

DCJA 164/2007 pár. 51-56

B) En la minería

El marco legislativo de seguridad en el trabajo en minería es muy complejo dada la diversidad de normas vigentes que concurren en esta materia, encabezadas por la Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). En su Exposición de Motivos se configura como una referencia legal mínima, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas. Con arreglo al artículo 7.2 de la citada Ley, las funciones que correspondan a las administraciones públicas competentes en materia laboral para la promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento y sanción dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales, continuarán siendo desarrolladas, en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de la técnica minera, por los órganos específicos contemplados en la normativa reguladora.

La disposición derogatoria única de la LPRL declara que no afecta a la vigencia de las disposiciones especiales sobre prevención de riesgos profesionales en las explotaciones mineras, contenidas en el capítulo IV del Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Minero, y en sus normas de desarrollo, así como las del Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería y el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, y sus disposiciones complementarias.

En el ámbito sectorial afectado, es de mencionar, en primer lugar, el artículo 117 de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas que prevé en su apartado 1 que incumbe al Ministerio de Industria, en la forma que reglamentariamente se establezca, la inspección y vigilancia de todos los trabajos de exploración, investigación, explotación y aprovechamiento de recursos regulados por esa Ley; y añade que las referidas funciones de inspección y vigilancia, en lo relativo a la prevención de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, así como la exacta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, se circunscriben a las explotaciones mineras de cualquier orden y a cuantos trabajos que, regulados por esa Ley, exijan la aplicación de técnica minera. En la línea del párrafo 2 de ese artículo de la Ley, el Reglamento de Policía Minera y Metalúrgica, de 23 de agosto de 1934, en su artículo 2 atribuye específicamente al Cuerpo de Ingeniero de Minas la inspección y vigilancia, además de las minas, canteras, y de fábricas relacionadas con el procesado mineral, los túneles para ferrocarriles, y, en general, todos los trabajos subterráneos.

No puede olvidarse, tampoco, que en ese ámbito se han transpuesto e incorporado al Derecho minero Directivas comunitarias específicas, en especial, la 92/104/CEE sobre disposiciones mínimas en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas (mediante RD 1389/1997, de 5 de septiembre, que aprueba las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que contiene tipificación de conductas infractoras en esa materia).

De entre toda la normativa de referencia es especialmente reseñable el Real Decreto 863/1985, de 2 de abril —declarado vigente por la LPRL—, que aprueba el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera, que son de aplicación directa en todo el territorio nacional, con el carácter de mínimas, que podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas que tengan atribuciones estatutarias. Una lectura de los artículos 1 y 2 del Real Decreto nos lleva a concluir que, tratándose de normativa básica y a falta de regulación autonómica en la materia, dicho Reglamento, así como las Órdenes que aprueban Instrucciones Técnicas Complementarias (ITCS) en su desarrollo y ejecución, constituyen normativa aplicable en la CAPV en relación con las explotaciones de minas, canteras y otros trabajos y actividades que menciona su artículo 1, que requieran la aplicación de la técnica de la minería o el uso de explosivos (comprendiendo, por tanto, minas, canteras y túneles, en una lectura conjunta con la ITC 04.6.05, aprobada mediante Orden de 19 de abril de 1994). El artículo 2 del Reglamento identifica como objeto, entre otras, la protección de las personas ocupadas en esos trabajos contra los peligros que amenacen su salud o su vida y la seguridad en todas las actividades que especifica.

En virtud del artículo 168 del Real Decreto 863/1985, en las Comunidades Autónomas en que se haya transferido la competencia en materia de minas incumbe al órgano autonómico correspondiente las funciones de inspección y vigilancia en lo relativo a previsión de accidentes y enfermedades profesionales, al análisis de las causas del accidente y a plantear las conclusiones pertinentes, el cumplimiento del Reglamento y la estricta observancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo en las explotaciones mineras de cualquier orden y en cuantos trabajos regulados por la Ley de Minas que exijan la aplicación de la técnica minera. Añade en su párrafo segundo el artículo 168 que, en los supuestos en los que, como consecuencia de las actuaciones administrativas derivadas de la puesta en práctica del Reglamento, la Autoridad competente tuviese conocimiento de hechos que pudieran producir efectos en el ámbito normativo laboral y de Seguridad Social, dará traslado de las actuaciones practicadas a la ITSS.

Por último, no puede pasarse por alto el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), en el que se contienen (sección segunda del capítulo II) las conductas infractoras objeto del procedimiento sancionador que se prevé en la disposición proyectada, en las que se incardinan las obligaciones que en materia preventiva se contienen como disposiciones mínimas exigidas en la normativa sectorial enunciada a los empleadores y empleadoras en el ámbito delimitado.

DCJA 173/2007 pár. 22-28

Dada la práctica mantenida durante un periodo muy amplio de tiempo en que la vigilancia y control de las condiciones de seguridad en el ámbito minero ha estado atribuida a órganos integrados en la estructura administrativa con competencia en industria y minas, y que, en cambio, el proyecto de Decreto, partiendo de las

previsiones de los decretos de estructura de los departamentos implicados que menciona en la parte expositiva de la iniciativa, se decanta por organizar el control en el ámbito de minas, canteras y túneles mediante la articulación del título de prevención de riesgos laborales, y, por ello, atribuir su ejercicio al órgano competente del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, se hace preciso que en el texto informado quede suficientemente delimitado el ámbito y actuaciones comprendidas en la órbita de actuación de ese Departamento, porque dicho ámbito será el afectado con el ejercicio de la potestad sancionadora y vinculado al procedimiento sancionador que el proyecto articula (artículo 5 del Reglamento).

Como ya se adelantó, el artículo 7.2 LPRL excepciona de la intervención de las administraciones públicas competentes en materia laboral las funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento y sanción dentro de la normativa de prevención de riesgos laborales en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de la técnica minera, y las atribuye a los órganos específicos contemplados en la normativa reguladora, consolidando la organización administrativa tradicional en esta materia.

El proyecto de Decreto que se examina se separa de la organización tradicional en ámbito estatal y atribuye las funciones señaladas a la Inspección Vasca de Seguridad y Salud Laborales, incardinada en OSALAN, organismo autónomo creado por la Ley 7/1993, de 21 de diciembre, «con la finalidad de gestionar las políticas que en materia de seguridad, higiene, medio ambiente y salud laborales establezcan los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, tendentes a la eliminación en su origen y, cuando no sea posible, reducción en su origen de las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo» (art. 1), si bien «sin perjuicio de las competencias del Departamento de Industria, Comercio y Turismo en materia de técnica minera y seguridad industrial» (art. 1 del proyecto de Reglamento). Esta organización ya había sido anticipada en el Decreto 315/2005, de 18 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social.

La distribución efectuada no es, por otra parte, extraña al diseño previsto en el ordenamiento estatal, tal y como reconoce el artículo 168 del Real Decreto 863/1985, en cuya virtud las repetidas funciones corresponderán al órgano autonómico que determine la Comunidad Autónoma con competencia en materia de minas. La encomienda de estas funciones a un órgano distinto del competente internamente sobre régimen minero constituye manifestación de la potestad de autoorganización de la CAPV (art. 10.2 EAPV), siempre que esta decisión no altere sustancialmente las normas básicas contenidas en la legislación estatal que, en el caso, y al margen de las normas sustantivas aplicables, se centra fundamentalmente en la cualificación profesional del personal llamado a efectuar las labores preventivas (tradicionalmente, ingeniería en Minas).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos llamar la atención sobre la falta de concreción que se deriva del artículo 1 del reglamento proyectado cuando refiere su objeto de

aplicación al procedimiento administrativo sancionador por infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales «en el ámbito minero, canteras y túneles». La especificidad contenida en la LPRL lo es respecto de «trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera» condicionante que desaparece en el texto que se dictamina. Es, por tanto, la aplicación de esta técnica minera la que cualifica dicha especificidad.

La Comisión reconoce la dificultad de precisar la noción de «técnica minera», ya que no hay en nuestro ordenamiento un concepto jurídico unívoco de aquella. Sólo el artículo 1.4 del Reglamento General para la Minería da una idea de los trabajos efectuados sobre rocas que precisan la aplicación de técnica minera. Por esta razón, para la fijación del concepto de técnica minera deberá acudirse a otros criterios. En el ámbito propio, por técnica minera debe entenderse ejecución conforme a determinados y específicos procedimientos utilizados, que coinciden con los aplicados en la perforación de galerías de preparación o de arranque en minería subterránea e incluyen la realización de voladuras con explosivos u otras tecnologías.

En cualquier caso, no es ilustrativa la explicación que contiene la parte expositiva referenciando la actual redacción de los decretos que regulan la estructura orgánica de los departamentos implicados, pues, dejando a un lado su valor en cuanto antecedentes, no contribuyen precisamente a aclarar qué debe entenderse por «técnica minera» a los efectos del reglamento.

A la vista de ello, recomienda la Comisión que se introduzca una explicación de lo que se entiende por técnica minera que permita deslindar la atribución a la ISSL (integrada en el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social) de la materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de minas, canteras y túneles, de las competencias que sigan quedando residenciadas en el Departamento de Industria, Comercio y Turismo.

Por último, para completar el panorama de distribución interdepartamental de áreas, es obligada una referencia al Decreto 8/2005, de 27 de junio, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la CAPV y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, que, en su artículo 10.1.d) atribuye al Departamento de Industria, Comercio y Turismo el área de actuación de minas, en tanto reserva al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social, en el artículo 8.1.n), el área de prevención de riesgos laborales. Tal delimitación de áreas no puede actuar como obstáculo de la normación proyectada, si se aclara la reserva de los aspectos relativos a la técnica minera al Departamento mencionado en primer lugar, y en la interpretación de que la prevención de riesgos laborales tiene una proyección horizontal que afecta a todos aquellos sectores de actividad en que los trabajadores se hallan expuestos a riesgos que los poderes públicos se encuentran obligados a impedir, velando por la seguridad y salud de aquéllos, por lo que no se puede limitar los sectores a los que se extiende esa actividad preventiva.

En cualquier caso, para una mayor seguridad y para evitar interpretaciones contrarias a la línea anterior, el panorama quedaría resuelto, a juicio de esta Comisión, si en la fórmula aprobatoria del Decreto se añade tras la mención de la propuesta del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social: «[…] previa aprobación del lehendakari y aprobación del Consejo de Gobierno […]». Ya que el Decreto de áreas proviene del Lehendakari, éste otorga expresamente el visto bueno a la formulación contenida en el proyecto, en lo que pudiera, eventualmente, suponer de alteración del Decreto de áreas.

DCJA 173/2007 pár. 44-53

10. PROTECCIÓN DE DATOS

Si bien tal recordatorio puede ser de utilidad, a fin de que los derechos fundamentales de los residentes no caigan en el olvido —pese a estar sometidos a las normas internas que rigen en el recurso no pierden la titularidad de los derechos fundamentales por mor del ingreso—, lo que no es posible es recortar su contenido tal y como sucede en la letra e), cuando se añade a la protección de datos de carácter personal la acotación «que afecten a su intimidad».

Baste acudir como glosa de la dimensión específica de este derecho a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre (FJ 5º):

> El Tribunal ya ha declarado que el art. 18.4 CE contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama "la informática"», lo que se ha dado en llamar «libertad informática» (F. 6, reiterado luego en las SSTC 143/1994, F. 7, 11/1998, F. 4, 94/1998, F. 6, 202/1999, F. 2). La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. **La llamada «libertad informática» es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático («habeas data»)** y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (SSTC 11/1998, F. 5, 94/1998, F. 4).
>
> Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en **el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática,** bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de

datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

DCJA 84/2007 pár. 70 y 71

11. SANIDAD

A) Segunda opinión médica

El artículo 2 concreta los procesos de enfermedad en los que se garantiza la segunda opinión médica, con un párrafo final abierto en el que se incluirán las enfermedades, que no relacionándose en los precedentes, representen riesgo para la vida o para la calidad de la misma.

En este punto cabe recordar que la Proposición no de ley relativa al derecho de los pacientes a una segunda opinión médica, aprobada por la Comisión de Sanidad del Parlamento Vasco en sesión del día 22 de mayo de 2006, requería que se garantizara «en los supuestos de enfermedad con riesgo para la vida o para la calidad de la misma, entendida ésta como una amenaza de incapacidad o menoscabo importante para su vida cotidiana o profesional, y, en todo caso, en los siguientes procesos: cáncer, esclerosis múltiple, enfermedades de las coronarias que requiera cirugía, accidentes cerebrovasculares y enfermedad de Parkinson».

En relación con los supuestos recogidos en el proyecto, Osakidetza-Servicio Vasco de Salud ha señalado en su escrito de alegaciones que el ámbito de garantía «es muy restrictivo y que todos deben tener derecho a una segunda opinión, ajustada a una lista de prioridades». El Departamento valora esa consideración concluyendo que el meritado precepto «hace discriminación positiva para colectivos en riesgo de exclusión social, de discapacidad o dependencia. Si bien, por el diagnóstico y las opciones terapéuticas tendrían cabida entidades nosológicas de análoga complejidad».

La memoria técnica elaborada se refiere a esa cuestión al analizar la situación actual y señala que la segunda opinión se está realizado de manera adecuada, pero apunta que, no obstante, «podría ser que en algunos casos no relacionados con esas enfermedades graves […], la gestión no sea tan apropiada» y concluye que de los datos elaborados cabe deducir que funciona razonablemente en patologías graves, por lo que «lo prudente es considerar que mejorar la accesibilidad para ciertos colectivos no debe suponer un riesgo de presión para el equilibrio del sistema aunque sí un esfuerzo organizativo».

Por ello, en concordancia con los principios de equidad, accesibilidad y racionalización de los recursos públicos, considera necesario «proceder a una delimitación del derecho a obtener una segunda opinión médica, genéricamente proclamado por el

Decreto 175/1989, desde una perspectiva actual, con base en los principios anteriormente enunciados y que realmente sirva para satisfacer los intereses de salud del ciudadano, desde criterios de calidad y excelencia sanitaria, sin olvidar la necesaria perspectiva de racionalidad en el empleo de recursos sanitarios públicos, considerando que un sistema asistencial público tiene vocación de cobertura universal y debe garantizar prestaciones de calidad a toda la población».

En relación con similar reflexión se han pronunciado los Consejos Consultivos de Andalucía y de Castilla-La Mancha. Coincidiendo con su criterio, puede afirmarse que tal delimitación no puede estimarse en modo alguno como incompatible con el reconocimiento del derecho a una segunda opinión médica que lleva a cabo el artículo 28.1 de la LSNS porque ésta no lo concibe como un derecho absoluto que el ciudadano pueda ejercer indiscriminadamente. Antes al contrario, la regulación reglamentaria a la que remite está obligada a cohonestar el derecho del ciudadano a la segunda opinión médica con la asignación equitativa de los recursos públicos, toda vez que el ejercicio abusivo o para otros fines de ese derecho pondría en peligro el cumplimiento de las exigencias derivadas de la universalización y equidad en los niveles de salud e igualdad efectiva en las condiciones de acceso al servicio público sanitario y la utilización eficaz y eficiente de los recursos disponibles, que deben inspirar las actuaciones sobre protección de la salud, por mandato del artículo 6 de la LOS. Nada hay, por tanto, que oponer, desde un punto de vista legal, a la opción normativa que se propone, que se encuentra suficientemente motivada.

No obstante, estima la Comisión adecuado someter a la consideración del órgano redactor de la iniciativa la conveniencia de reflexionar sobre la posibilidad de **acotar con mayor precisión el listado de enfermedades que permiten el ejercicio del derecho cuya regulación constituye el objeto del proyecto.**

En efecto, el procedimiento para ejercer el derecho se diseña en la futura norma —como no puede ser de otra manera— tomando en consideración los específicos contornos del mismo, lo que, a su vez, supone tener muy en cuenta que la garantía de aquél es inescindible de la toma de la decisión administrativa, en el tiempo más breve posible, siendo el informe de los médicos, en la mayoría de los casos, determinante del contenido positivo o negativo de aquélla.

Por ello, afinar cuanto sea posible en la concreción de los supuestos que permiten obtener una segunda opinión médica (y, como lógica secuencia, los que autorizan su denegación) se presenta como un contenido de la norma directamente enderezado a cohonestar el derecho de los usuarios con la gestión ágil y eficaz del procedimiento, que constituye presupuesto inexcusable para que la segunda opinión médica cumpla su finalidad, y para poder así resolver los supuestos de denegación con más facilidad y seguridad jurídica.

Esa concreción, claro está, no impide que se contemple una cláusula abierta —como la que ahora figura en el apartado d), o similar— pues comprende la Comisión la distinta y compleja realidad que subyace en la asistencia sanitaria, imposible de ser aprehendida en un listado cerrado.

No obstante, habida cuenta que se está regulando la configuración de un derecho, cabe advertir que el listado de enfermedades que se hace parece reducido y si bien el párrafo final es muy abierto también queda muy abierta su interpretación posterior. Considerando que los perfiles del derecho deben quedar suficientemente definidos en la disposición reglamentaria que se informa, sin que pueda quedar abierta para su desarrollo mediante disposición de rango inferior, se sugiere la posibilidad de analizar la conveniencia de ampliar el listado de enfermedades concretas en que el paciente tendrá ese derecho.

DCJA 102/2007 pár. 26-36

12. SEDES

Respecto a la sede del ente, en el artículo 5.1 se atribuye su determinación al Reglamento de organización y funcionamiento, de forma similar a otras iniciativas que ha tenido ocasión de valorar esta Comisión (DDCJA 32/2002, 56/2003, 69/2006), habiéndose pronunciado al respecto en el siguiente sentido:

— Cuando se trate de ejercicio de competencias de las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma, aunque sea de forma descentralizada, es de aplicación el artículo 4 EAPV, el cual requiere Ley para la designación de sede.

— 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 (capitales, en denominación tradicional) presenta una alta 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 la determina (artículo 5) para el Estado, como otros textos fundamentales del Derecho comparado, dificultando no sólo la atribución a órganos administrativos sino incluso la deslegalización. A su vez, el silencio de la Ley supondría la imposibilidad de fijar una sede distinta.

— Además del rango legal, **debe existir una justificación suficiente para separarse de lo establecido en la Ley de Sedes.**

— Por supuesto, atendiendo a las necesidades reales que se encomienden a la persona diferenciada, **el interés general permite la dimensión orgánica precisa en cada Territorio Histórico y la ubicación de órganos y servicios técnicos desconcentrados donde proceda**, según el caso.

DCJA 160/2007 pár. 37

13. SISTEMA MONETARIO

La LTTP, en tanto buena parte de su contenido viene determinado por expresiones monetarias, se vio afectada por la innovación estructural introducida en nuestro sistema monetario por **la implantación del euro**, en sustitución de la peseta, como moneda de curso legal, con las consecuencias en el ordenamiento previstas en la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, modificada por la Ley 9/2001, de 4 de junio, en cumplimiento de la normativa europea al respecto: Reglamento (CE) 1103/97, del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro y Reglamento (CE) 974/98, del Consejo, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro. Esa normativa señala el siguiente **régimen de redondeo de las unidades señaladas en pesetas,** una vez aplicado el tipo de conversión:

a) En los importes que se hayan de liquidar, abonar o contabilizar, como saldo final, se redondea por exceso o por defecto, al céntimo más próximo, y en caso de igualdad al céntimo superior;

b) Cuando se trata de convertir una tarifa o precio a aplicar a una base expresada en cualquier magnitud, la conversión se hace con 6 decimales y el redondeo según la séptima cifra; y

c) En el caso tributos graduados por tramos, si estos diesen, tras la conversión, resultados coincidentes en diferentes tramos, se incrementa un céntimo la cuantía del tramo superior.

En la refundición proyectada, ha de respetarse ese sistema en la conversión monetaria para las cuantías señaladas por la LTPP en su versión inicial o por modificaciones introducidas por las Leyes 4/1999 y 7/2000, citadas. En definitiva, se trata de respetar el principio de inalterabilidad en los instrumentos jurídicos que informa el cambio de moneda en nuestro sistema, no efectuando redondeo en operaciones intermedias que alteren el resultado final de la operación de conversión. Ese límite, similar al general que hemos visto limita la refundición, es compatible con las posibilidades clarificadoras y simplificadoras, en la forma del mensaje normativo, que hemos señalado más arriba y que conllevan las siguientes modulaciones.

DCJA 100/2007 pár. 47-48

14. VIVIENDA

La vivienda constituye un marco o dimensión espacial de carácter primario e imprescindible para la vida personal y social del individuo, y, en particular, para el desarrollo de la vida familiar.

Pero junto a su dimensión social, la vivienda presenta una vertiente económica, en cuanto bien económico de alto coste de producción que influye decisivamente en la

efectividad de su disfrute real por parte de todos los ciudadanos y afecta o comprende la acción de los poderes públicos en su garantía.

Ello da lugar a que los poderes públicos, para satisfacer las necesidades de vivienda como derecho constitucional, establezcan múltiples estrategias y su contemplación en el marco de la política económica general, por lo que analizaremos únicamente aquellos aspectos que, recogidos en el texto constitucional, determinan las vías que se ofrece a los poderes públicos para atender a la satisfacción de este derecho, teniendo en cuenta los presupuestos objetivos, subjetivos e instrumentales que la Constitución explícita o implícitamente delimita.

Para ello debemos comenzar determinando el **alcance del principio de igualdad en la determinación de los beneficiarios del derecho a la vivienda, al extender el artículo 47 el reconocimiento del derecho a la vivienda a «todos los españoles».**

La primera cuestión que plantea la generalidad de su reconocimiento es valorar el alcance que, en este particular ámbito, puede jugar el principio de igualdad previsto en el artículo 9 CE —«corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas»— y lo cierto es que el principio de igualdad no puede entenderse en sentido mecanicista o formalista sino atendiendo a su valoración real y material, en el sentido de un tratamiento singular de las situaciones análogas y una diferenciación ante las situaciones diferentes.

La vivienda, efectivamente, es una necesidad social, común a todos los ciudadanos. Mientras un sector, más o menos amplio, puede satisfacer dicha necesidad en función de su nivel de ingresos o renta, otros sectores, por el contrario, carecen de los recursos para alcanzarla. En consecuencia, los poderes públicos, a través de sus actuaciones normativas o administrativas, deberán atender en especial a estos sectores para que alcancen las condiciones necesarias para la efectividad real de este derecho.

La propia Constitución acota dos sectores sociales a los que otorga una protección especial: los ciudadanos de la tercera edad (art. 50 CE), para los cuales la necesidad de vivienda es objeto o contenido del sistema de «servicios sociales» a ellos destinados, y asimismo, los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, «a los que prestarán la atención que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos» (art. 49 CE), entre los que específicamente figura el derecho a la vivienda.

Al mismo tiempo, y dado el carácter de necesidad social de la vivienda —cuyo disfrute depende en gran medida del nivel de rentas de los ciudadanos—, una interpretación progresiva de la Constitución permite considerar que los beneficiarios no se reducen a los especificados en la misma, debiendo incluirse en los mismos a la familia como grupo social —«los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia» (art. 39 CE)—, y como sector social a los trabaja-

dores, en cuanto el artículo 35 CE prescribe que la renta del trabajo o salario debe ser «suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

A los sectores señalados en la Constitución se deben añadir los colectivos que han sido definitivos por normativa sectorial, tal y como se establece en el artículo 59 de la Ley 4/2005, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, disposición que prevé que, en función de su situación socioeconómica y del resto de las condiciones que se determinen reglamentariamente, las administraciones públicas vascas competentes darán un trato preferente en la adjudicación de viviendas financiadas con fondos públicos a las personas que hayan tenido que abandonar sus hogares como consecuencia de sufrir maltrato doméstico.

Y con relación a las victimas del terrorismo en el ámbito de la CAPV es en el Decreto 214/2002, de 24 de septiembre, en el que se regulan diversas ayudas en materia de vivienda con la finalidad de otorgarles una protección especial.

Estos parámetros constitucionales y legales deberán ser tenidos en cuenta por los poderes públicos para ordenar su política de vivienda como un condicionamiento impuesto por la vigencia efectiva del principio de igualdad real. La legislación ordinaria y la acción administrativa deberán modular en cada caso, y en atención a los distintos niveles de actuación, las exigencias del principio de igualdad en materia de vivienda.

Junto a los presupuestos anteriormente señalados la Constitución impone la observancia de dos requisitos o parámetros: «digna y adecuada», por lo que la vivienda debe reunir determinados requisitos objetivos para cumplir su función primordial, permitir o facilitar la habitabilidad, siendo estos requisitos eminentemente técnicos, estando los poderes públicos legitimados para imponerlos dentro de una cierta flexibilidad en aquellas construcciones que se beneficien de auxilios públicos.

Y finalmente, el contenido real y material del «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» ha planteado importantes problemas de interpretación jurídica respecto a su efectivo alcance y extensión, dado que **el fin tutelado por el artículo 47 CE no es directamente asegurar universalmente, y desde una perspectiva jurídico-patrimonial, la titularidad en régimen de propiedad, arrendamiento u otro título legítimo de ocupación de un inmueble destinado a vivienda.**

El inmueble o bien vivienda es un medio instrumental respecto a la necesidad social o colectiva que la norma constitucional protege, que no es otro que asegurar la satisfacción de la necesidad de alojamiento o habitación.

Obviamente, para la satisfacción de esta necesidad será preciso la disponibilidad de un número suficiente de unidades de vivienda, pero el contenido del derecho previsto en el artículo 47 CE no es propiamente la pretensión a la obtención de una de estas unidades, sino que los poderes públicos aseguren a los ciudadanos la posibilidad de acceder al disfrute del bien vivienda en función de sus rentas y de su derecho a la libertad de residencia y domicilio.

Para la consecución de este objetivo, los poderes públicos se verán precisados a articular una serie de prestaciones administrativas en materia de vivienda, prestaciones que constituyen el auténtico contenido y razón de ser del art. 47 CE, como ha señalado la doctrina, que deben ir dirigidas a facilitar la disponibilidad de suelo: financiación de la construcción de determinado tipo de viviendas de interés social, otorgamiento de ayudas personales para acceso a la vivienda en propiedad o arrendamiento, facilitación de préstamos y, eventualmente, constitución de un patrimonio público de viviendas para satisfacer directamente, en propiedad, arrendamiento o disfrute administrativo, a determinados usuarios.

DCJA 159/2007 pár. 73 a 88

El artículo 23, «**cesión de las viviendas de protección pública** y necesaria autorización», establece la posibilidad de ceder temporalmente las viviendas en arrendamiento o en precario cuando por las razones previstas en el mismo no puedan ser utilizadas por su titular, salvo cuando dichas razones sean permanentes en cuyo caso establece en su apartado 4º que «el titular procederá a la venta de dicha vivienda si no le es posible utilizarla como domicilio habitual».

Previsión que en términos similares contempla el artículo 26 al establecer que «**el titular de una vivienda de protección pública que adquiera con posterioridad una vivienda libre, deberá ofrecer en venta la vivienda de protección pública a favor de la administración autonómica** en un plazo máximo de tres meses», permitiendo en ese supuesto que la Administración acuerde la expropiación de la vivienda.

Las citadas previsiones y obligaciones que el proyecto viene a imponer a los beneficiarios de una vivienda de protección pública **carecen de habilitación legal**, por lo que deberán ser objeto de reconsideración.

Debemos señalar al respecto que, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la LSU, las dos únicas causas que legitiman la expropiación, que no la obligación de venta por sus titulares de las viviendas sometidas a algún régimen de protección publica, son: (i) la falta de uso residencial de la vivienda por más de un año ininterrumpido o (ii) la utilización de la misma para fines distintos del de domicilio del titular sin contar con la previa y preceptiva autorización del Departamento del Gobierno Vasco, competente en materia de vivienda, o del Ayuntamiento, según corresponda.

Siendo las anteriormente mencionadas las únicas causas expropiatorias que pueden contemplarse en el Decreto, y en tanto no se establezca la obligación de vender prevista en los artículos 23.4 y 26 en norma con rango de ley, deberán suprimirse las referidas previsiones del proyecto así como la obligación de su inclusión en los Anexos de los contratos (apartado 6º del Anexo I y apartados 6 y 8 del Anexo II).

DCJA 159/2007 pár. 98-102

La disposición transitoria segunda realiza diversas previsiones sobre el plazo de **duración del régimen de las viviendas de protección oficial** y, si bien en el expediente no se aporta información del plazo por el que inicialmente fueron constituidos, si establece la prórroga del régimen de protección oficial hasta la total amortización de las medidas financieras.

Debemos señalar al respecto que, en todo caso, dicha previsión no podrá suponer un plazo de calificación de las viviendas de protección oficial superior al que ya tenía la correspondiente vivienda originariamente. Y ello debido a que **el derecho a que el plazo no se extienda más allá del régimen en que se adquirió la vivienda debe considerarse una situación consolidada que de ser modificada por un régimen posterior supondría una vulneración de los límites a la retroactividad de las normas** derivados del art. 9.3 CE.

DCJA 159/2007 pár. 125-126

El artículo 35 del proyecto ha sido objeto de observaciones por la Oficina de Control Económico, observaciones que esta Comisión comparte en la medida que viviendas de protección pública posibilita la **adjudicación directa de los beneficios de una promoción concertada de a favor de sociedades del sector público en cuyo capital social participe de modo mayoritario la Administración de la CAPV** (como se indica en el citado informe «en la práctica se viene efectuando a favor de VISESA»), siendo la adjudicación contraria a los principios establecidos por el Derecho comunitarios en materia de contratación pública.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y determinada la condición de contrato de servicios de las promociones adjudicadas a VISESA, **para que las mismas puedan ser adjudicadas a la citada sociedad sin necesidad de celebrar un procedimiento previo y público es preciso que la actividad se preste esencialmente para la entidad matriz y que la Administración ostente sobre la sociedad un control análogo al que tiene sobre sus propios servicios**.

Si bien el primer requisito no platea problemas, nos encontramos que respecto del segundo ha sido **la reciente Ley 30/2007, de 30 de octubre**, de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo de 2008, la que viene a determinar **qué debemos entender por control análogo al que tiene sobre sus propios servicios,** al exigir que para que una sociedad pueda ser considerada como medio propio de aquellos poderes adjudicatarios para los que realice la parte esencial de su actividad la totalidad de su capital tendrá que ser público (artículo 24.6, en relación con lo dispuesto en el art. 4.n) de la citada norma).

DCJA 159/2007 pár. 108-110

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO

1. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

A) Inicio

En cumplimiento de la LPEDG se ha dictado la **Orden de inicio,** así como la de aprobación previa, que se establecen en sus artículos 5 y 7 como trámites a cuyo través se delimitan, en primer término, los **objetivos, finalidad y alcance de la concreta iniciativa normativa que se pretende elaborar** y, en segundo, el texto articulado que será sometido al **examen de quienes deben ser llamados a expresar su opinión sobre el mismo**, facilitando así la realización de los trámites que resulten preceptivos.

DCJA 168/2007 pár. 21

Aunque se ha **alterado la secuencia dispuesta por la LPEDG**, ya que se ha dictado antes la Orden de aprobación previa del proyecto (12/6/2007) que la Orden de iniciación del procedimiento (12/7/2007), **de tal circunstancia no cabe extraer ninguna consecuencia jurídica.** Aún siendo de una utilidad innegable para la correcta ordenación del procedimiento, siempre que se hayan considerado los aspectos sustantivos de la iniciativa y cumplimentados los trámites esenciales del procedimiento, no puede anudarse a su omisión o indebida formalización una virtualidad invalidante.

DCJA 175/2007 pár. 34

B) Audiencia

Se echa en falta, sin embargo, que **no hayan sido oídas las entidades privadas más directamente afectadas por la entrada en vigor del Decreto**, como son aquellas que gestionan los recursos de acogida y que deben cumplir los requisitos materiales y de funcionamiento que este impone para que puedan seguir operando.

Tales entidades, fácilmente identificables, sobre todo aquellas que mantienen conciertos o convenios con la Administración, son interesados directos de la regulación, y el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8 LPDEG, llamado a dotar de contenido concreto al derecho que reconoce a los ciudadanos el artículo 105 a) CE, **de no subsanarse, llevaría a la nulidad del Decreto proyectado por infracción del procedimiento legalmente establecido**.

DCJA 84/2007 pár. 46-47

En relación con el trámite de audiencia, hemos de tener en cuenta que la **naturaleza y contenido de la norma** no **es** fundamentalmente organizativa, sino **de consulta y de participación de los sectores representativos** de intereses sociales y actividades relacionadas con la seguridad industrial. Por lo tanto, **no queda subsumido en la excepción del artículo 8.5 LPEDG**, que exceptúa del trámite a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades del Gobierno, así como las disposiciones orgánicas de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella.

DCJA 174/2007 pár. 18

Si, como reitera la Comisión, la presencia de los interesados en el procedimiento de elaboración para que expresen su opinión e intereses afectados es siempre esencial, ésta **se torna especialmente valiosa cuando la audiencia trae al procedimiento el parecer de entidades representativas del sector, así como de entidades con conocimientos especializados en la materia**.

DCJA 37/2007 pár. 38

Por último, el contenido del artículo quinto, que añade una disposición adicional al Decreto 258/1996, para recoger la participación de la Asociación de Padres y Madres de alumnos que tenga la condición de más representativa en el centro, como medida encuadrable en el artículo 44.2,c) de la LEPV, suscita una cuestión que merece ser mencionada; esto es, la necesidad del trámite de audiencia a las federaciones y confederaciones de padres, recogido en el artículo 44.3 de la citada Ley.

No obstante, la Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General (en adelante, LPEDG), establece que **no será necesaria la audiencia a las personas interesadas cuando las organizacio-**

nes y asociaciones mencionadas participen orgánicamente o por medio de informes o consultas específicas en el proceso de elaboración. Por ello, estando un representante del grupo de padres en la Comisión Permanente del Consejo Escolar de Euskadi, (artículo 11 del Decreto 55/1989, de 7 de marzo, por el que se regula el Consejo Escolar de Euskadi en desarrollo de la Ley 13/1988, de 28 de octubre de Consejos Escolares de Euskadi) y dado que son miembros de dicho Consejo seis padres de alumnos de enseñanza no universitaria de Euskadi, cuya designación corresponderá a las confederaciones o federaciones de padres de alumnos, en proporción a su representatividad (artículo 10 de la Ley 13/1988), entendemos subsanada la falta de dicho trámite de audiencia.

DCJA 1/2007 pár. 25-26

Y, de igual forma, considera la Comisión que en cuanto a los denominados prestadores de servicios de certificación, el proyecto se limita a recoger el régimen que para los mismos deriva del vigente ordenamiento jurídico (en especial, la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos), por lo que resulta de aplicación la doctrina de esta Comisión (DCJA 12/2004) según la cual **cuando la norma reglamentaria no añada nada nuevo sobre el régimen previamente establecido en una norma de rango legal, no cabe apreciar la existencia de una afectación real de derechos e intereses por el reglamento que justifique la realización de la audiencia en el procedimiento de elaboración**.

DCJA 113/2007 pár. 67

La participación de las entidades del sector en el trámite de audiencia —que han realizado una valoración detallada y fundada del proyecto— junto al adecuado entendimiento del sentido y finalidad de dicho trámite por el órgano instructor —que ha sopesado la opinión de aquéllas, modificando los contenidos del proyecto cuando razonadamente lo ha considerado oportuno— merece un juicio positivo, pues la audiencia ha permitido una reflexión distinta, desde otras perspectivas, contribuyendo a mejorar el producto normativo proyectado.

En suma, l**a audiencia ha cumplido su primordial función de contribuir al mejor acierto de la futura regulación, al introducir en el procedimiento la posibilidad de ponderar los intereses del sector afectado por la regulación proyectada**.

DCJA 133/2007 pár. 24-25

C) Participación de otras administraciones

Y, asimismo, considera que, atendiendo al círculo de intereses afectados por tal contenido, la audiencia realizada a través del Consejo Vasco de Bienestar Social no

cumple satisfactoriamente el trámite al no traer al procedimiento la opinión de todos los sectores cuyos intereses pueden verse afectados, a fin de que sean valorados por el órgano proponente.

En el mismo sentido, el expediente no deja constancia de la participación de administraciones cuyo ámbito de competencia se ve directamente afectado por la regulación proyectada (artículo 9 de la LPEDG).

Así, no consta participación alguna de la Institución del Ararteko a la que expresamente se refieren los artículos 17.4 y 22 del proyecto. Teniendo en cuenta que la Defensoría proyectada puede desarrollar su actividad en ámbitos parcialmente coincidentes con los de dicha Institución, debería haberse recabado su participación, de acuerdo con el artículo 9 LPEDG.

La propia LIA —en lo que tiene también de texto recopilatorio de todos los mecanismos jurídicos de nuestro vigente ordenamiento jurídico para la protección y salvaguarda de los derechos del menor de los que se ha dotado nuestro ordenamiento jurídico— revela que la correcta ubicación del nuevo órgano en lo que a sus funciones de defensa y actuación inmediata para atajar las situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los menores y adolescentes es una exigencia de factibilidad de la iniciativa.

A diferencia de lo que sucede con el contenido funcional del órgano que la LIA le atribuye en labores de divulgación, sensibilización o fomento, a fin de dar a conocer los derechos de los menores y los adolescentes en el que la concurrencia con otras administraciones no plantea problemas (estando expresamente prevista en la propia LIA Título V, Competencias), el contenido funcional al que nos referimos reclama un análisis previo y diferente, pues el correcto deslinde de la actividad del órgano en ese campo es esencial para la eficacia del sistema de protección de los derechos de los menores y adolescentes a cuya consecución responde el dictado de la LIA.

Por ello, l**a amplitud con que la iniciativa establece el ámbito objetivo y subjetivo en el que puede desenvolverse la actividad del nuevo órgano, atendiendo al elenco competencial que comprende** (más amplio que el correspondiente a las competencias en materia de «asistencia social»), **impide considerar que la participación de las administraciones representadas a través del Consejo Vasco de Bienestar Social haya sido suficiente para ponderar adecuadamente la afectación de la regulación proyectada sobre la totalidad de los intereses públicos implicados**.

En efecto, al margen de aquellos contenidos del proyecto destinados a reproducir literalmente los preceptos de la LIA atinentes al órgano «Defensoría de la Infancia y la Adolescencia», no obra reflexión alguna relativa a los concretos objetivos que persigue la iniciativa, ni las opciones y elementos que se han tomado en cuenta para su consecución. Tampoco permite saber el porqué del contenido propuesto, ni la relación de éste con la finalidad que motiva su dictado.

Dicha ausencia de reflexión documentada en el expediente es relevante en este caso porque precisamente el órgano cuya regulación se aborda, atendida la regulación legal del mismo, exige la colaboración reglamentaria. A fin de dotar al órgano de la eficacia exigible, resulta imprescindible procurar su adecuado encaje en el complejo entramado institucional con el que cuenta la CAPV en el ámbito de los derechos de los menores y adolescentes, en el que hay responsabilidades directas de los tres niveles institucionales (administración local, foral y autonómica) y una intensa intervención preventiva y tutelante de los órganos jurisdiccionales y el ministerio fiscal.

La Comisión considera, en suma, que dicha delimitación (sin perjuicio de los problemas concretos que pueda presentar su aplicación) se erige en factor determinante para la factibilidad de la futura regulación, cuyo dictado debe garantizar que no se produzcan duplicidades o disfunciones y que se optimicen los mecanismos y cauces legales para la protección de los derechos de los menores, operación diseccionadora que reclama la previa reflexión sobre los órganos competentes, los distintos soportes competenciales que otorgan soporte a cada uno y la concreta regulación que ampara, en cada caso, su intervención, así como las facultades que, para evitar situaciones de amenaza o vulneración de los derechos de los menores y adolescentes, ha puesto a disposición de cada uno el ordenamiento jurídico.

Así, sin ánimo exhaustivo, en el procedimiento de elaboración no consta reflexión alguna sobre el sentido y alcance que la Defensoría tiene en el marco de la LIA. No consta siquiera cita del artículo 17 de la LIA que, a juicio de la Comisión, es un precepto clave para indagar aquél sentido cuando expresamente reconoce la posibilidad —si bien restringida a los niños y niñas y adolescentes— de plantear sus quejas ante la institución de la Defensoría de la Infancia pero sistemáticamente junto a otras vías a cuyo través también se persigue el efectivo ejercicio de los derechos que asisten a aquéllos (adviértase que el apartado 5 de dicho artículo 17 contiene un mandato para todas las administraciones públicas, en razón a sus ámbitos competenciales). Hay asimismo otras menciones en la LIA (vgr.: artículo 93, 2 k) que avalan la necesidad de una clara delimitación funcional, sin la cual no parece factible alcanzar el funcionamiento eficaz del nuevo órgano.

La ausencia de la obligada reflexión que debe preceder al dictado de la norma proyectada a fin de conocer el sentido, finalidad y alcance de las funciones del nuevo órgano, no sólo dificulta enormemente la labor de la Comisión en el enjuiciamiento jurídico de la iniciativa, sino que, en el caso, se revela imprescindible. Por lo que no ofreciendo el procedimiento noticia alguna sobre los extremos indicados —ni siquiera en términos indiciarios—, la valoración del procedimiento seguido no puede ser positiva.

DCJA 139/2007 pár. 63-73

En cuanto a sus antecedentes es preciso resaltar, de entre los que la memoria menciona, el que fuera gestado tomando en consideración la opinión de la UPV/EHU,

habiendo sido objeto de estudio en numerosas reuniones con los miembros del rectorado (sobre todo con el Vicerrector de profesorado), y que fuera sometido a los sindicatos en diversas reuniones que se celebraron conjuntamente con los representantes del Departamento y de la UPV/EHU (reuniones de 20/9/2006, 22/12/2006, 23/02/2007, 2/04/2007 y 4/05/2007).

Tampoco consideramos que sea relevante que lo fueran con carácter previo al procedimiento formalmente abierto para la aprobación del futuro Decreto; lo decisivo es que tal participación se produjera en términos que permitan comprobar que cumplieron su finalidad los trámites preceptivos a los que dan cauce el artículo 7.2 LPEDG (se negociarán o consultaran con los representantes de personal los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determine la legislación de función pública) y artículo 9 LPEDG (se dará participación a las administraciones que puedan resultar afectadas por la regulación prevista).

Ahora bien, no se ha incluido en el expediente remitido la documentación soporte que obviamente ha de formar parte del mismo, lo cual deberá necesariamente subsanarse para que se constate su adecuación a la LPEDG.

DCJA 175/2007 pár. 36-38

D) Negociación o consulta con los representantes del personal

El expediente deja entrever que el inicio de actividades de la Agencia tendrá repercusión sobre las condiciones de trabajo del personal que pasa a integrarse en la Agencia, debiendo además ésta definir sus puestos de trabajo (funciones, régimen de acceso,[…]). Sin embargo, **el texto sometido a dictamen de esta Comisión es una norma de carácter organizativo que, si bien se refiere a aspectos relativos a esas condiciones, no entra en su regulación, ni en su modificación**. De este modo, tal y como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de febrero de 2004, mencionar esos aspectos no significa entrar en su régimen, ni variar su contenido.

Por eso, dado que la disposición adicional segunda señala que **el personal se integrará en las condiciones establecidas en un específico Decreto de integración**, **será entonces cuando deba llevarse a cabo la negociación** en los términos fijados en el artículo 37 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

DCJA 168/2007 pár. 35-36

E) Comunicación a la Unión Europea

El expediente tampoco acredita el cumplimiento de ninguna comunicación a los órganos de la Unión Europea, UE, que se exigiría por la naturaleza de la regulación del

proyecto, con arreglo al Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información.

A este respecto, se afirma incluso en la orden de inicio del procedimiento de elaboración del proyecto que no se aprecia la necesidad de cumplir ningún trámite ante la UE.

La Comisión considera a estos efectos que la disposición **pudiera encontrarse eximida** efectivamente **de cumplir con la comunicación reglamentaria a la UE** —que por su naturaleza le alcanza de forma indudable—, **por razón**, todo lo más, **de tratarse de una modificación no sustancial de otra norma anterior;** norma sobre la que habría pesado en realidad la citada obligación, pero **siempre que ésta hubiere sido objeto de la efectiva comunicación.**

DCJA 90/2007 pár. 22-24

F) Memorias

La iniciativa (con proyección sobre el acceso, la promoción interna y los aspectos retributivos) debe ser sometida al denominado test de razonabilidad que supone, en definitiva, ponderar la relación entre medios y fines que se concita en cada medida que aquélla incorpora. Por ello, en este caso, el procedimiento debe contar con una precisa exteriorización de las razones del entero contenido de cada medida, a fin de permitir su adecuada valoración.

En cuanto a la forma en que el expediente ofrezca la fundamentación del proyecto, la Comisión, de acuerdo con su visión material y antiformalista del procedimiento, no se detiene en la denominación de los documentos, sino en la existencia en aquél de la información suficiente.

Ello no obsta para que la **Comisión considere que es la memoria el documento destinado a ofrecer** dicha **información**, facilitando una sistemática y fácil comprensión de **los objetivos, fines y motivos de la concreta regulación proyectada, dejando noticia de las opciones y alternativas barajadas**, de las opiniones relevantes de la audiencia y del contenido de los informes preceptivos, así como de la valoración jurídica y económica de la concreta iniciativa que finalmente se va a convertir en proyecto de ley.

La Comisión viene señalando que contar con una memoria —adecuada a las exigencias que presente cada proyecto— permite y facilita al Consejo de Gobierno la valoración de las consecuencias (fácticas, jurídicas y económicas) que tendrá la medida legislativa proyectada, permitiéndole conocer la realidad sobre la que se proyecta la medida, sus efectos y coste.

Por ello, y con el carácter ya señalado de sugerencia destinada a mejorar la exteriorización del fundamento de la iniciativa, estima la Comisión que ésta se cumpliría

más adecuadamente si se completara la memoria que ahora compaña al anteproyecto en el sentido siguiente.

DCJA 120/2007 pár. 38-42

No obstante, la Comisión lamenta que el expediente no permita identificar, siquiera someramente, los **problemas detectados en la aplicación de la norma que se modifica,** para optar por la diferenciación que ahora se promueve, pues tal información hubiera resultado conveniente para enjuiciar si ésta es la mejor solución para solventarlos.

DCJA 33/2007 pár. 40

Véase DCJA 37/2007 pár. 35

No consta valoración, informe o estudio alguno sobre la incidencia económica de la reforma para los destinatarios de la misma, pues, aunque se efectúan consideraciones generales, éstas no se sustentan en datos concretos extraídos de la realidad.

La Comisión viene señalando la importancia de no limitar la evaluación de los proyectos (en especial, aquellos —como el aquí examinado— con una clara proyección general) a sus efectos en los presupuestos de la CAPV, obligación que, como todas las atinentes al procedimiento, debe ser precisada en cada caso atendiendo a la finalidad, naturaleza y contenido de cada iniciativa.

DCJA 33/2007 pár. 51 y 52

Consta la reflexión sobre las consecuencias económicas que el proyecto supondrá para la propia Administración, tanto en cuanto a gastos, menores, como al devengo de las correspondientes tasas. Sin embargo, no se ha hecho constar, como pone en evidencia la Oficina de Control Económico en su informe, el resto de consecuencias, en términos de coste, que la entrada en vigor de lo proyectado pudiera tener en el subsector (artículo 10.3, in fine, de la Ley 8/2003, citada).

La Comisión viene insistiendo, desde antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2003 (DCJA 122/2000), en que **una memoria económica limitada en su contenido al análisis de las consecuencias, en términos de gastos e ingresos, para la propia Administración es insatisfactoria a efectos del procedimiento de elaboración de una disposición**, con independencia de su carácter preceptivo, y eventualmente suficiente, a efectos del control económico.

Efectivamente, según la disposición adicional tercera del texto refundido de la Ley de Régimen Presupuestario de Euskadi, aprobado por Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, y los artículos 42 y 43 del Decreto 464/1995, de 31 de octu-

bre, por el que se desarrolla el ejercicio del control económico interno y la contabilidad en el ámbito de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dictado en el ámbito de la Ley 14/1994, de 30 de junio, de Control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y específicamente su artículo 26.1, el control económico tiene como finalidad evaluar la incidencia económica del proyecto, ciñendo esa incidencia a la Hacienda General del País Vasco, en sus aspectos presupuestarios y no presupuestarios, pero no alcanza a la incidencia, también económica, en otras administraciones públicas, los particulares y la economía general.

Pero en la elaboración de disposiciones de carácter general, la Comisión viene sosteniendo la necesidad de una adecuada ponderación, obrante en el expediente, de las diferentes consecuencias, y destacadamente la de contenido económico, que supondrá la aplicación de la norma sometida a dictamen, lo cual permitirá conocer las condiciones de factibilidad de la norma, y no simplemente su adecuación formal al ordenamiento (DCJA 15/2001, párrafo 16).

La Comisión, con un criterio antiformalista, viene admitiendo que la constancia de tal reflexión no se recoja en un solo documento, sino que se aprovechen otros, como puedan ser los emitidos con ocasión de la respuesta a las alegaciones presentadas en trámite de audiencia, o en informes específicos.

Pero, en el caso que nos ocupa, prácticamente nada se dice sobre las cargas que los requisitos establecidos van a suponer sobre los particulares titulares de la actividad sometida a la disposición proyectada, a pesar de que, según hemos visto, hasta ahora no existían mínimos de cumplimiento obligado, si bien es posible que la realidad generalizada sea haber superado ese estándar, lo que podría explicar el silencio al respecto de los representantes del subsector.

En consecuencia, con anterioridad a la aprobación del Decreto debe incluirse en el expediente la constancia de la reflexión sobre las repetidas consecuencias para los particulares y la economía general y, presumiblemente, su ausencia respecto a otras administraciones.

DCJA 91/2007 pár. 27-33

Varios de los informes emitidos en el expediente han sido valorados por la Dirección de Estudios y Régimen Jurídico, en un documento fechado el 24 de octubre de 2007 e incorporado sin firmar a aquél. **No obstante, a ese documento no se le puede atribuir, en rigor, el carácter de memoria de todo el procedimiento** a que se refiere el artículo 10.2 de la LPEDG, al no identificar las modificaciones realizadas respecto a los textos originales, ni justificar las razones que han motivado la no aceptación de algunas observaciones que se contienen en informes que obran en el expediente.

DCJA 164/2007 pár. 50

Pues bien, pese a que en la citada Memoria Económica se han analizado formalmente los tres aspectos que exige el artículo 10.3 LPEDG, cuestión distinta es si dicho análisis es suficiente atendido el pretendido impacto de la reforma, sin que a esta Comisión le parezca que lo es, por las razones que se expresan a continuación.

En primer lugar, sin duda, las obligaciones impuestas por la Ley 24/1995 tienen consecuencias económicas sobre la producción audiovisual e inciden sobre un sector económico importante como es el de la cinematografía.

Parece conveniente, por ello, realizar una ponderación de la repercusión económica que para los operadores televisivos y sobre todo para los productores con establecimiento permanente en la Comunidad Autónoma pueda derivar de las condiciones de inversión que pone la norma, al obligar a que se destine un 60% de la financiación a obras vascas y de estas un 50% en euskera, cuando menos para saber cuál es el esfuerzo económico que a los operadores va a suponer la aplicación de la regulación (que no sólo atiende a la inversión propiamente dicha sino también al rendimiento que cabe esperar de la misma) y se contraste con los beneficios que ésta puede producir al sector, a los efectos de verificar la procedencia o no de su aprobación, modificación o replanteamiento.

Esa necesidad es más perentoria, si cabe, con respecto a la reserva para obras en euskera, ya que han surgido dudas incluso sobre su factibilidad. La entidad Zinema Plataforma ha puesto en entredicho su puesta en práctica, ante la complejidad de la financiación de obras en lenguas minorizadas como el euskera, sin que se haya realizado estudio alguno que permita verificar si resulta, como aquella afirma y no se ha negado, «inviable su cumplimiento de no adoptarse medidas de acompañamiento».

Se echa en falta, por ende, un análisis preciso de la situación del sector audiovisual en la Comunidad Autónoma, porque si se pretende incidir en el mismo, de forma preliminar, es preciso recabar la información precisa sobre los largometrajes que se producen, su coste medio, los medios de financiación, etc.

En segundo lugar, de igual manera tampoco cree la Comisión que están suficientemente documentadas las razones por las que se decide la aplicación de la obligación de inversión a las operadoras de televisión de ámbito local y de la simultánea moratoria.

Si atendemos a lo que se expresa en la memoria, ésta refleja la incertidumbre que rodea a la propia viabilidad económica de los proyectos presentados en el concurso para el otorgamiento de las concesiones, argumento que sirve para establecer la exención temporal que se recoge en la disposición transitoria segunda.

En principio, no le parece a esta Comisión que tal reflexión garantice la idoneidad de la fórmula, pues revela que todavía es pronto para conocer cuál va a ser su situación y el esfuerzo inversor que cabe exigírseles.

En ese sentido, no sólo hay que esperar a que se consoliden para decidir su equiparación o no con las demás operadoras, también habrá de ponderarse, a la hora de articular una medida de este tipo, cómo quedan finalmente configuradas a tenor de las características con las que han sido concebidas por el Decreto 190/2006, de 3 de octubre, por el que se regula el servicio de televisión local por ondas terrestres. En particular, si resulta adecuada una nueva carga, a la vista del canon que han de abonar y, sobre todo, si procede la imposición de una nueva obligación para el cumplimiento de una finalidad pública cuando su proyección de servicio público es muy intensa.

Esa proyección pública es patente, por ejemplo, en la selección (uno de los canales digitales se reserva al Ayuntamiento respectivo y se priorizan a las entidades sin ánimo de lucro), en los criterios de adjudicación (en los que priman los compromisos sociales, educativos, culturales, etc.) y en las condiciones de prestación del servicio (el favorecimiento de la programación en euskera, la reserva de un tiempo de emisión a la creación musical y audiovisual vasca, etc.).

En suma, **su incidencia económica en el sector no ha merecido, a juicio de la Comisión, la atención que requiere, una vez advertida la importancia que para la industria audiovisual vasca puede tener la inyección de recursos que el proyecto encamina a su favorecimiento.**

Por ello, **aunque formalmente se han seguido las reglas y criterios de elaboración, realizándose los trámites adecuados, materialmente no cabe afirmar, atendido el contenido del proyecto, que éste haya cumplido su finalidad y sea expresivo del proceso razonado que debe anteceder a su aprobación.**

DCJA 154/2007 pár. 46-57

No obstante lo cual, la Comisión, atendiendo, por un lado, a la relación que parte del contenido de la reforma guarda con la Directiva 206/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y a la decisión que incorpora respecto del subsector «horarios comerciales», cree adecuado someter a la consideración del órgano proponente dos cuestiones.

En cuanto a los preceptos atinentes a los grandes establecimientos comerciales, **siendo innegable su relación con la citada Directiva 2006/123/CE, la justificación de la regulación proyectada resultaría más adecuada si se plasmara utilizando los criterios que incorpora dicha norma comunitaria** precisamente para que los Estados miembros (expresión que, en virtud del reparto competencial en la materia «comercio interior» debe ser referido en nuestro caso a la Comunidad Autónoma de Euskadi) evalúen tanto los regímenes autorizatorios vigentes como los que pretendan implantar y que se enuncian en el artículo 15, cuyo contenido debe realizarse a la luz de la parte expositiva de la Directiva y de otros preceptos de la misma (vgr. artículos 9 y 14).

Concurre en la iniciativa sometida a examen una circunstancia que cualifica su análisis: la citada Directiva, a juicio de la Comisión, viene a objetivar un aspecto de la reflexión mínima que debe preceder al dictado de la futura norma en el sentido de requerir que el establecimiento de nuevos regímenes de intervención en las actividades de servicios —entre las que se integra la referida a la implantación de establecimientos comerciales— contenga una valoración más concreta referida a cada medida que se pretenda implantar, en orden a su compatibilidad con las exigencias de no discriminación, justificación en razones imperiosas de interés general y proporcionalidad.

Con idéntico carácter, en cuanto al contenido referido a los horarios comerciales —que se explica en la modificación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre—, **al ser su finalidad establecer un régimen limitativo y la introducción de un régimen jurídico diferente, se encuentra sometido a las exigencias de justificación más intensas que reclama la aplicación del principio de igualdad**, lo que avala una exteriorización más detallada de las razones que soportan la opción normativa y los fines a los que sirve.

DCJA 165/2007 pár. 53-56

G) Informes

No consta el **informe de evaluación de impacto en función del género**, previsto en la Ley 4/2005. La Comisión considera que el proyecto no se encuentra dispensado del mismo ya que su contenido, aun siendo organizativo, incluye la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración, no siendo por tanto de aplicación la Directriz Primera, punto 2, letra a) del anexo del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno «por el que se aprueban las directrices para la realización de la evaluación previa del impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres», publicado por Resolución 5/2007, de 14 de febrero, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, (BOPV de 13 de marzo).

Por lo tanto, tratándose de una iniciativa de rango reglamentario, procede la inclusión de tal informe antes de la elevación al Consejo de Gobierno. En el caso de que, tras la consideración del mismo, se introdujesen alteraciones substanciales en el proyecto, debería reiterarse la consulta a esta Comisión (artículo 29 de la Ley 9/2004, citada).

DCJA 140/2007 pár. 14 y 15

No consta que se haya realizado la evaluación previa de impacto en función del género, cuya elaboración exige el artículo 19 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (en adelante LIMH), habiéndose aprobado por el Consejo de Gobierno, en sesión de 13 de febrero de 2007, las directrices para la

realización de la evaluación previa de impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres; ni, por lo tanto, el preceptivo informe de verificación de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer recogido en el artículo 21 LIMH.

Hay que descartar que el proyecto sea subsumible en la **excepción** que contemplan tales directrices: **«que no afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y los que tengan una carácter esencialmente organizativo»**. Es obvio que incide sobre los intereses legítimos de los ciudadanos que pretendan acceder a las distintas modalidades contractuales de profesor o investigador universitario, así como sobre los de los profesores que forman parte de las plantillas de las universidades no públicas que quieren integrarse en el porcentaje de profesores que ostentan evaluación positiva.

DCJA 107/2007 pár. 34-35

Siguiendo con la tramitación, no consta que se haya realizado la evaluación previa de impacto en función del género, cuya elaboración exige el artículo 19 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (LIMH), conforme a lo señalado en la Directriz Primera, punto 2, letra a) del anexo de la Resolución 5/2007, de 14 de febrero, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, (BOPV de 13 de marzo), por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno "por el que se aprueban las directrices para la realización de la evaluación previa del impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres".

Si bien la Orden de inicio (1 de marzo de 2007) es anterior a la publicación de las directrices, la Orden de aprobación previa es de 15 de marzo de 2007, y la memoria y los informes recabados también son de fecha posterior a la publicación de las directrices. Por ello, entiende la Comisión que no puede dispensarse de la emisión del citado informe preceptivo y que previamente a su aprobación por el Consejo de Gobierno debe incluirse en el expediente.

DCJA 155/2007 pár. 22-23

Veáse DCJA 142/2007 pár. 25 y 174/2007 pár. 21

La **preceptiva intervención de la Comisión Asesora del Protectorado de Fundaciones del País Vasco** se acredita mediante copia del Acta de la reunión del Pleno celebrada el día 13 de noviembre, en la que se señala lo siguiente: «Analizados por los presentes los borradores de Decreto sometidos a informe del Pleno de la Comisión Asesora y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 404/1994 que aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Protectorado y

Registro de Fundaciones del País Vasco, acuerdan emitir informe favorable a los siguientes: 1.- Borrador de Decreto del Protectorado de Fundaciones del País Vasco; 2.- Borrador de Decreto del Registro de Fundaciones del País Vasco».

La expresa previsión legal de este órgano (artículo 36.3 LF) y su posterior concreción reglamentaria en el ROFPR (artículos 9 a 13) permiten considerar a la Comisión Asesora como un órgano consultivo cualificado que presta asistencia técnica y asesoramiento al Protectorado, incluyendo expresamente su contenido funcional «el informe previo a cualquier modificación o desarrollo de la reglamentación de las fundaciones».

De ahí que la forma en que se ha cumplido **en este caso dicho trámite preceptivo merezca una valoración negativa, al no permitir conocer ni una sóla de las razones en las que descansa la opinión favorable de ese órgano de la Administración,** específicamente configurado con el sentido y finalidad señaladas.

DCJA 33/2007 pár. 46-48

Entre las ausencias relevantes constatamos, sin embargo, que no se ha cumplido un requisito específico establecido en este ámbito por la LSUV, que en su artículo 65.2 b) incluye entre las funciones que se atribuyen al **Consejo Vasco de Universidades** la de «conocer los proyectos de disposiciones generales que se dicten en desarrollo de la presente ley».

Es cierto que el proyecto no incide sobre el conjunto del sistema universitario vasco, sino sobre una de la universidades que forman parte del mismo, pero la Ley no parece hacer distinciones que permitan fundamentar una respuesta negativa a la exigibilidad de su informe, habiendo acogido una fórmula muy genérica en la que, sin duda, cabe subsumir esta iniciativa.

Desde luego, el que haya sido sometido al Consejo de Coordinación de la Enseñanza Pública Universitaria no significa que podamos dar por cumplido el trámite, sin que ambas intervenciones tengan la cualidad de ser intercambiables.

DCJA 175/2007 pár. 45-47

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Iniciación

La reclamación se formula **por personas legitimadas, como son los padres del menor**, que ostentan su representación legal conforme al Código Civil, formalizándose en su nombre por representación voluntaria que no ha sido cuestionada.

DCJA 38/2007 pár. 6

En primer lugar, no existe ningún problema para que el afectado actúe mediante **representante**, pero **debe quedar acreditada, sin embargo, tal representación** por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna de la misma o mediante declaración en comparecencia personal del interesado, tal y como exige el artículo 32.3 LRJPAC.

DCJA 59/2007 pár. 21

La reclamación ha sido presentada en nombre de entidad, presumiblemente, legitimada: la mercantil titular del negocio respecto del que se plantean los daños objeto de reclamación. Sin embargo, **en el expediente no consta tal titularidad, en relación con el concreto negocio, la cual debería acreditarse** suficientemente en el expediente antes de proceder a la resolución, siendo suficientes para ello los medios con que cuenta el propio Ayuntamiento.

DCJA 72/2007 pár. 9

La reclamación ha sido **presentada por la representación de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal**, suficientemente acreditada en trámite de subsanación. Respecto a los bienes comunes propios de dicha comunidad, está suficientemente acreditada la legitimación, pero **la reclamación alcanza a daños correspondientes a diversos elementos privativos**, cuyos propietarios no han asumido directamente el ejercicio de tal acción de responsabilidad. Tal **voluntad de ejercer la acción,** que indirectamente puede extraerse de la participación en las juntas de comunidad en que se decidieron las acciones, sin embargo, **debe constar individualizada y expresamente antes de resolver el presente procedimiento.**

En particular, en la concreción de daños objeto de reclamación se han incorporado elementos identificados en los propios documentos de la parte reclamante como propios del portal contiguo al que ejerce la reclamación inicial. Respecto a ellos, salvo que se acredite que forman parte, como elementos comunes, de la misma comunidad en régimen de propiedad horizontal, debe constar específicamente la voluntad de sus propietarios de ejercer la reclamación.

DCJA 115/2007 pár. 9-10

La reclamación ha sido presentada en nombre de entidad legitimada: la **comunidad de propietarios** titular de la dirección en que se producen las filtraciones e inundaciones origen de la misma. **Es indudable la capacidad jurídica de tal comunidad, aún careciendo de personalidad jurídica**. Sin embargo, en el expediente no consta el acuerdo correspondiente al ejercicio de la acción de reclamación, ni el apoderamiento a la persona que ha actuado, en todo momento, como representante de la misma.

Además de requerirse la **acreditación de haberse adoptado el correspondiente acuerdo, según la normativa de propiedad horizonta**l, en cumplimiento del ar-

tículo 32.3 y 4 LRJPAC debe acreditarse tal representación, en los términos allí señalados, antes de continuar con el procedimiento, sin perjuicio de que, de aportarse, se tengan por realizados todos los actos anteriores. Además, debe tenerse en cuenta que todos los daños objeto de reclamación sean comunes, titularidad de dicha comunidad, y no privativos de personas copropietarias.

DCJA 41/2007 pár. 10-11

B) Instrucción

Actos de trámite

Hay que recordar que el artículo **107.1 LRJPAC restringe la recurribilidad a tales actos** y excepcionalmente la admite cuando se trate de actos de trámite, «si estos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos».

Desde tiempo inmemorial, los actos interlocutorios o preparatorios de un procedimiento, los conocidos como actos de trámite, no son susceptibles de impugnación autónoma. Como ha señalado una antigua y pacífica doctrina jurisprudencial, la ilegalidad intrínseca en que los actos de trámite pueden incurrir sólo es fiscalizable con ocasión de la impugnación que se lleve a cabo del acto definitivo del procedimiento; es en ese momento cuando el Tribunal puede pronunciar un fallo anulatorio de dicho acto definitivo, no sólo por los vicios que concurran específicamente en el mismo, sino, también, por las eventuales irregularidades en que hayan podido incurrir los actos de trámite que lo hayan precedido. Mientras el acto resolutorio constituye el momento culminante de proceso de formación de la voluntad y de él van a surgir, en consecuencia, los efectos anudados a dicha voluntad, los actos preparatorios, en cambio, carecen per se de cualquier eficacia decisoria, pues únicamente están destinados a preparar la adopción de la resolución. De todo ello se extrae el «principio de concentración procedimental», según el cual el acto de trámite no puede ser objeto de impugnación autónoma o separada.

Las razones para denegar su enjuiciamiento son evidentes, **no tiene sentido que se activen los mecanismos de control de la legalidad cuando la Administración todavía no ha adoptado una decisión definitiva** sobre el asunto que instruye.

DCJA 42/2007 pár. 44-46

La prueba

También hay que decir que los reclamantes han cumplido con la carga de aportar los hechos sobre los que fundamentan su pretensión resarcitoria, pues l**as actua-**

ciones de los procesos penales pueden tener eficacia de prueba documental en el procedimiento administrativo.

Es más, consideramos que los hechos declarados probados en el proceso penal constituyen base fáctica inexcusable para la resolución del expediente, en reconocimiento de la primacía de ese orden jurisdiccional pues como dijo la STC 77/1983, de 3 de octubre, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado —primacía que en materia sancionadora reconoce expresamente el artículo 137.2 LRJPAC según el cual los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien—.

En general, es preciso distinguir cuando se trata de una sentencia condenatoria o absolutoria, porque el sustrato ineludible vendrá determinado en el primer caso, positivamente, por los presupuestos fácticos del tipo o tipos penales afectados, mientras que en el segundo, negativamente, por su inexistencia fáctica, siempre y cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiera podido nacer o se declare probado que una persona no fue autor del hecho.

DCJA 10/2007 pár. 16-18

El correcto funcionamiento del servicio docente se ve corroborado, en fin, por el **sobreseimiento recaído en las diligencias penales** abiertas a raíz del suceso contra el …, una …, la … y la … del aula a la que pertenecía don …

Y es importante porque, como decíamos recientemente en el DCJA nº 5/2007, aunque no se trate de la fijación de unos hechos, sino de un **juicio de valor** que no vincula ni a la Administración ni a los órganos de otros órdenes jurisdiccionales, el mismo está **realizado sobre la base de una prueba y un análisis que abarcan aspectos fácticos relevantes para el caso, lo cual le dota de una consistencia que no puede obviarse al resolver el presente caso.**

DCJA 10/2007 pár. 63-64

Así las cosas, la Comisión estima que las precedentes actuaciones, deben ser valoradas a la luz de la doctrina jurisprudencial (por todas, SSTC 211/2000, de 18 de septiembre y 246/2000, de 16 de octubre) que sostiene, en síntesis, que **el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes** (artículo 24.2 CE) no protege frente a eventuales irregularidades u omisiones en materia de prueba, sino frente a la efectiva y real indefensión que pudiera derivarse con ocasión de esas irregularidades u omisiones, relativas a la propuesta, admisión y, en su caso, práctica de las pruebas solicitadas. **En suma, lo preservado por el citado derecho es que la prueba correctamente instada (en tiempo y forma), siendo pertinente y decisiva, no se haya practicado debidamente causando, así, la indefensión material prohibida.**

DCJA 21/2007 pár. 14

Una cosa es que el órgano instructor deba realizar los actos de instrucción para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los que haya de adoptarse la resolución final y **otra, bien distinta, que en esa actividad el instructor deba acreditar aquello que sólo a quien reclama corresponde.**

DCJA 36/2007 pár. 27

No se ha otorgado período de prueba, a pesar de solicitarlo expresamente la reclamante y de alegar hechos relativos a la realidad de los daños, su origen y su relación causal con la Administración, que se dan por no ciertos en la instrucción. Dicho trámite devenía obligado a la luz del artículo 80.2 LRJPAC.

Sin embargo, atendiendo, por un lado, a que la inactividad del Ayuntamiento y las circunstancias en que se ha producido constan declarada y acreditadas, respectivamente, en la sentencia judicial antes referida, la cual ha permitido detallar nuestro relato de hechos en estos extremos, y por otro lado a que la reclamante ha utilizado diligentemente el trámite de audiencia para aportar cuantos documentos, incluso médicos, ha considerado oportunos sobre los daños pretendidos, la Comisión considera que la omisión de aquél período de prueba no genera indefensión material a la reclamante, y que constan suficientemente las circunstancias necesarias para alcanzar el pronunciamiento de fondo, que muy difícilmente podría ser alterado por pruebas adicionales.

DCJA 119/2007 pár. 17-18

Se realiza correctamente el trámite de audiencia al reclamante quien propone la citación del testigo presencial que realiza el instructor, aunque resulta infructuosa.

En lo que se refiere al derecho a **proponer las pruebas, en el trámite de audiencia**, el reclamante propone la práctica de una testifical ofreciendo los datos para la identificación y oportuna citación del testigo.

Con un entendimiento correcto del procedimiento, a pesar de ser propuesta en dicho momento, el instructor practica la notificación al testigo.

Que dicha prueba no se haya finalmente realizado no es un resultado que quepa imputar a un defectuoso proceder del instructor.

Por tanto, considera la Comisión que el procedimiento seguido ha sido correcto, en tanto se han practicado los actos de instrucción necesarios para otorgar adecuado fundamento fáctico y jurídico a la resolución que ponga fin al procedimiento, con especial atención a la garantía, durante la tramitación, de los derechos que al particular asisten, con un **entendimiento material del procedimiento que le ha permitido alegar, aportar la documentación y solicitar la práctica de las pruebas que para**

la defensa de su interés ha estimado convenientes, con pleno conocimiento de lo instruido.

DCJA 151/2007 pár.13-17

Los informes del servicio, por el tiempo transcurrido desde el accidente hasta que se emiten, refieren hechos que no son exactamente coetáneos al momento en que se produce la caída. Pero en tanto que advierten sobre la existencia de anomalías en las bocas de riego situadas en esa calle, defectos que se detectaron con una ligera anterioridad a una supuesta denuncia realizada por la Policía Municipal el 4 de abril de 2003 —cuyo contenido no se ha incorporado al expediente—, **sirven, como indicios válidos, para corroborar la declaración prestada por el testigo**.

DCJA 20/2007 pár. 13

La reclamante niega virtualidad probatoria al informe de la Policía Municipal porque los agentes no fueron testigos directos e inmediatos de la caída.

Ahora bien, una cosa es que el referido informe carezca de la fuerza probatoria que, a los efectos del proceso, otorga el artículo 319.1 LEC a los documentos públicos del artículo 317. 5º y 6ª LEC y, otra bien distinta que, de acuerdo con el artículo 319. 2 LEC, puedan servir como prueba, sin perjuicio del derecho de articular prueba en contrario que asiste a la reclamante.

DCJA 30/2007 pár. 30-31

Parece necesario indicar que **una cosa es que el órgano instructor** (y de consuno, el órgano competente para resolver) **deba formar su criterio** sobre el supuesto planteado **tras llevar a cabo la libre y racional valoración de la prueba** practicada conforme a las reglas de la sana crítica y, **otra, el derecho que tiene la reclamante a que se practique la prueba pedida o a que su no práctica sea acordada** en forma motivada por ser manifiestamente improcedente o innecesaria.

DCJA 78/2007 pár. 13

Los conocimientos especializados y técnicos deben incorporarse al procedimiento por el cauce de la prueba pericial (art. 335 LEC), mientras que **la prueba testifical debe quedar reservada para aportar datos fácticos**, al ser éste su objeto (art. 360 LEC).

DCJA 9/2007 pár. 46

Audiencia de los interesados

En efecto, la audiencia se ha desarrollado correctamente pues la instrucción, sin atisbo alguno de automatismo, ha atendido a las circunstancias del procedimiento y, como corresponde al entendimiento material y dinámico del derecho de defensa de su interés que asiste a todos los interesados en los procedimientos administrativos, **cada vez que se realizaba alguna actuación relevante en el procedimiento se ha dado traslado a la reclamante a fin de que alegara lo que tuviese por conveniente**.

DCJA 123/2007 pár. 15

En cualquier caso, hemos de señalar que el trámite de audiencia tenía que haberse sustanciado para las dos partes en el momento indicado y que **no procede un nuevo trámite cuando el Ayuntamiento, a la vista del escrito de alegaciones del titular de la licencia, aceptándolas, opta por modificar aquella propuesta** y redacta una nueva que contempla la revisión parcial de la licencia concedida.

DCJA 15/2007 pár. 21

Cabe señalar que el trámite de audiencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento, debe practicarse sobre la totalidad del expediente tramitado, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.

De otra parte, una vez cumplimentado, **el que no conste en el expediente alegación alguna por parte de la reclamante en el marco de ese trámite, no altera en absoluto la insoslayabilidad con la que debe procederse a su práctica, ya que antes no podía saberse si tenía intención o no de alegar o de presentar documentos o justificaciones**.

DCJA 20/2007 pár. 16 y 17

Ello ha supuesto que el interesado no haya conocido el informe emitido por la Inspección de Educación en fecha 2 de noviembre de 2006, posterior por tanto a la realización de su escrito de alegaciones, de fecha 20 de julio de 2006. Esto no obstante, **no considera la Comisión oportuno decretar la retroacción de actuaciones a la vista del contenido del informe, que se limita sustancialmente a recoger los testimonios de los responsables del centro educativo**, de los que **ha podido conocer de forma directa por su participación en las pruebas testificales** practicadas a iniciativa de la propia parte reclamante, en fecha posterior.

DCJA 38/2007 pár. 8

[…] trámite que no se ha cumplimentado en relación con la diligencia de valoración económica del daño efectuada por el Ayuntamiento, y que tiene como finalidad

cuantificar económicamente las lesiones valoradas por la Compañía Aseguradora y el Servicio Médico del Ayuntamiento.

No obstante, esta Comisión considera que no procede acordar la devolución del expediente para la práctica de la audiencia en ese punto al no existir una verdadera indefensión material, **ya que el informe de valoración no altera los conceptos indemnizables que ya conocía la reclamante**.

DCJA 58/2007 pár. 15-16

Propuesta de resolución

Únicamente, como mera observación formal sin mayor trascendencia, hemos de indicar que junto al escrito del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por el que se remite el expediente a esta Comisión se adjunta la resolución por la que se acuerda someter el presente asunto a nuestro dictamen —firmado igualmente por el Sr. Alcalde—, que materialmente hace las veces de una propuesta de resolución o de acuerdo, trámite procedimental inmediatamente anterior a la remisión del expediente a este órgano consultivo.

La funcionalidad de ambos trámites es diferente, pues mientras el primero tiene por objeto el sometimiento de la cuestión a esta Comisión y conlleva la suspensión del plazo para resolver, **la propuesta de resolución o acuerdo es el acto de trámite que tiene por objeto pronunciarse** —como propuesta— **sobre todas aquellas cuestiones que se susciten en el procedimiento**.

DCJA 75/2007 pár. 7 y 8

Plazo para resolver

Debe asimismo tenerse en cuenta que dicha reclamación debió ser subsanada y que dicha **subsanación** se realizó por escrito con entrada el 19 de octubre de 2006.

Por tanto, esta fecha es la que debe ser tenida en cuenta como ***dies a quo* del inicio del plazo de seis meses** (artículo 13.3 Reglamento) para resolver y notificar la resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42. 5 a) LRJPAC.

DCJA 48/2007 pár. 13 y 14

Suspensión

También debe señalar que en modo alguno se puede considerar que haya existido interrupción alguna del plazo para dictar resolución por el tiempo transcurrido des-

de la fecha en la cual se procedió a solicitar informes a la Secretaría Técnica de la Dirección de Seguridad Ciudadana y a la Dirección de Recursos Humanos 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 TSJ de Navarra en sentencia de 16 de julio de 2006, (JUR 2004\275282), dejar inoperante por el mero criterio de la Administración el plazo máximo previsto en el artículo 42.2 de la Ley 30/1992 LRJPAC 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 4/2007 pár. 19-21

Motivación

En lo que se refiere a la nulidad del acto de iniciación del expediente por falta de motivación, es preciso señalar que en modo alguno puede decirse que adolezca de tal defecto, ya que se expresan con detalle las razones que justifican la iniciación del procedimiento y se esgrimen, precisamente, los preceptos de la LCAP por los que se rige el contrato de gestión de servicios públicos, sin perjuicio de que también se traigan a colación los del contrato de concesión de obras, lo cual no puede tildarse de inadecuado o incongruente ante las dificultades ya expresadas a la hora de deslindar ambos contratos cuando el objeto directo del contrato es, de forma conjunta, la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos.

En cualquier caso, la **exigencia de motivación del artículo 54.1 a) LRJPAC debe predicarse del acto que ponga fin al procedimiento, porque será éste el que realmente limite derechos subjetivos e intereses legítimos.**

DCJA 42/2007 pár. 42-43

3. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Procedimiento de revisión de oficio

Iniciación

Es al órgano que inicia un procedimiento de revisión de oficio al que corresponde la obligación de aportar los motivos —de entre los establecidos en el artículo 62.1 LRJPAC— en las que pretende fundar la revisión emprendida; obligación que esencialmente encuentra su razón de ser en garantizar el derecho de defensa de los interesados cuyos derechos o intereses pueden verse afectados por la declaración de nulidad.

La selección de dichos motivos debe realizarse siempre por el órgano competente tras el examen jurídico del concreto acto que se somete a revisión, a la luz de las normas que resulten de aplicación, ya que, como es sabido, la regla general en materia de invalidez de los actos administrativos sigue siendo la anulabilidad (artículo 63 LRJPAC).

[…]

Por tanto, de acuerdo con su actual configuración legal, el **inicio de un procedimiento de revisión va a exigir la identificación de las causas de nulidad que, a juicio del órgano competente, concurren en el concreto acto objeto de aquél; identificación que, de acuerdo con lo señalado, debe ir precedida del examen jurídico contraído a razonar la subsunción del caso en la causa o causas del artículo 62.1 LRJPAC, respetando las reglas de interpretación estricta de éstas.**

ACJA 4/2007 pár. 10-11 y 14

Instrucción

En cuanto a la tramitación del procedimiento, no existiendo una especificidad normativa en la actual redacción del artículo 102 LRJPAC, **la producción del acto revisorio debe efectuarse conforme a las previsiones del procedimiento administrativo común, con la especialidad de que entre los actos de instrucción preceptivos es necesario incluir el dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma**.

En los procedimientos de revisión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas Sentencia de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2002/1122), especifica que «la jurisprudencia de este tribunal ha distinguido tradicionalmente **dos fases en los procedimientos de revisión de oficio. La primera** comprende la **apertura de un expediente**, tras los trámites pertinentes, la Administración determina *prima facie* si el acto o actos cuya revisión se pide adolecen o no de los vicios que determinarían su

revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa se abre **la segunda** fase que incluye la solicitud de **dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma** equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita».

La primera fase debería contener, entre otros, los siguientes actos de instrucción: la apertura, la elaboración de informes técnicos, en su caso, en relación con los motivos que fundamentan la tramitación del procedimiento de revisión, informes jurídicos, el trámite de audiencia a los interesados y una eventual resolución de inadmisión —cuando no se base en alguna de las causas de nulidad del artículo 62—, para pasar a continuación a la fase resolutiva del procedimiento que incluye el dictamen del órgano consultivo.

DCJA 106/2007 pár. 14-16

Véase también DCJA 28/2007 pár. 15-16

Como es constante doctrina, en el procedimiento de revisión de oficio **la audiencia** a todos los que, conforme al concreto objeto de éste, aparezcan como interesados es un trámite esencial cuyo incumplimiento puede viciar a su vez de nulidad el acto que, en su caso, declare la nulidad.

En efecto, **debe recordarse que la vigente configuración legal, como contrapeso de la atribución a la Administración de la potestad de revisión de sus propios actos —auténtica prerrogativa para su autotutela—, conlleva extremar la aplicación de las garantías de los interesados en el procedimiento de revisión**, concretadas básicamente en la preceptiva consulta al órgano consultivo que resulte competente, la audiencia al interesado y la posibilidad de que, como consecuencia de la declaración de nulidad, proceda reconocer una responsabilidad patrimonial.

DCJA 89/2007 pár. 21-22

Vease ACJA 4/2007 pár. 18

B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial

Iniciación

Como es sabido, el artículo 142. 5 LRJPAC fija en un año el **plazo para reclamar**; plazo que se configura legalmente como un plazo de prescripción.

La aplicación de este plazo está dominado en la doctrina y en la jurisprudencia por **una interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado** que responde a la necesidad de atenuar el rigor en la apreciación de la prescripción; institución

que supone una limitación para el ejercicio de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica y que, por tanto, al no encontrar fundamento en razones de justicia intrínseca, excluye la interpretación rigorista y merece un tratamiento restrictivo.

La citada interpretación doctrinal del precepto legal se ha construido, así, sobre el principio de la *actio nata* lo que, en síntesis, conlleva que dicho plazo no se considere iniciado hasta que el perjudicado pueda tener cabal conocimiento del daño, así como de los elementos fácticos y jurídicos que permitan el ejercicio de la acción de responsabilidad (entre otras, STS de 16 de mayo de 2002).

DCJA 70/2007 pár. 20 a 22

Como es común a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la fijación del día de inicio del cómputo del citado plazo ha de realizarse siempre atendiendo a las circunstancias que presente el caso, en especial, a lo que revelen sobre la voluntad del interesado, a la luz de los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho.

El instituto de la prescripción se funda en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos y el tratamiento restrictivo, al que nos hemos referido, **lleva implícito una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan su interrupción.**

DCJA 158/2007 p. 37-38

Procede analizar a continuación la **temporaneidad o no de la acción** que se ejercita por la reclamante, que resulta condicionada en su legitimidad al plazo anual previsto en el artículo 142.5 LRJPAC.

La cuestión resulta oportuna por la **condición de vecindad que reúne la reclamante que ha podido tener conocimiento exacto en todo momento del estado de las obras ilegales, sin servirle de excusa una ausencia de notificación persona**l, como parece apuntar en su escrito inicial de reclamación a fin de enervar anticipadamente cualquier objeción de extemporaneidad.

DCJA 146/2007 pár. 33 y 34

La reclamación ha sido presentada por personas legitimadas y dentro del plazo previsto en el artículo 142.5 de la LRJPAC. Aunque el plazo comenzó a correr cuando se produjo el suceso luctuoso, esto es el […], **quedó interrumpido por el ejercicio de acciones penales**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146.2 LRJPAC.

Es obvio que, en este caso, rige la contraexcepción prevista en dicho precepto, en el sentido de que **la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional pe-**

nal era necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. En particular, no podía prescindirse de la existencia de unas Diligencias abiertas en sede penal contra personal de la Administración Pública para adoptar la decisión correspondiente, en tanto que podía condicionar directamente el contenido de ésta.

Como dice la STS de 4 de octubre de 1999 (Arz. 8539):

> En la medida en que el principio de la «actio nata» impide que pueda iniciarse el cómputo del plazo de prescripción mientras no se tiene cabal conocimiento del daño y, en general, de los elementos de orden fáctico y jurídico cuyo conocimiento es necesario para el ejercicio de la acción, resulta evidente que la interpretación del artículo 142.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (según el cual «La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan ni interrumpirá el plazo de prescripción para iniciarlos, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial»), no puede ser entendida en sentido restrictivo. Antes bien, siempre que del proceso penal puedan resultar datos relevantes respecto a la cuantía del daño y a la procedencia o no del ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración en el marco de dicho proceso, el proceso penal incoado resultará relevante, pues esta Sala tiene declarado que no sólo un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada, comporta una eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Sentencia de 26 de mayo de 1998 [RJ 1998\4975], que invoca la doctrina de la Sentencia de 4 de julio de 1980 [RJ 1980\3410]). Con arreglo al principio que luce en este último precepto, que debe ser interpretado armónicamente con el anterior, la determinación del alcance del perjuicio, a cuya concreción está indudablemente avocado el proceso penal que versa sobre la posible comisión de un delito culposo causante del mismo, condiciona el inicio del plazo de prescripción y éste es cabalmente el supuesto al que se refiere este proceso.

Cuando se formula la reclamación, el 12 de julio de 2006, es meridiano que no ha transcurrido el plazo de un año desde la notificación a los reclamantes —aunque desconocemos la fecha en que se produjo— del Auto de 8 de marzo de 2006 de la Audiencia Provincial de ……, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 30 de septiembre de 2005, del Juzgado de Instrucción nº 4 de …… .

DCJA 10/2007 pár. 11-14

Ante estos datos, en principio, puede plantearse el problema de la posible prescripción de la acción para reclamar. Ahora bien, para establecer el «*dies a quo*» a efectos de computar el término de prescripción de un año no podemos olvidar que **se han ejercitado acciones penales**, que han culminado con sentencia de la Audien-

cia Provincial de Gipuzkoa, notificada el 4 de junio de 2004, y contra la que no cabía recurso ordinario alguno**. De este modo el plazo previsto en el artículo 142.5 de la LRJPAC quedó interrumpido y el día inicial del cómputo es el día en que se notificó la sentencia.**

DCJA 158/2007 p. 25

Del examen del expediente remitido se concluye la necesidad de examinar, en primer término, el requisito que, en orden al plazo de presentación de las reclamaciones de responsabilidad, establece el artículo 142. 5 LRJPAC.

En efecto, procede analizar si la compañía de seguros reclamante, tal y como afirma en sus alegaciones**, interrumpió o no el referido plazo con el envío de un telegrama** el 4 de noviembre de 2004.

Si bien, antes conviene recordar el bagaje teórico que debe presidir el examen de dicha cuestión.

Con carácter general, como viene reiterando la Comisión (por todos, DCJA 29/2007), el artículo 142. 5 LRJPAC establece un plazo de prescripción, lo que supone, por un lado, que el no ejercicio de la acción dentro del mismo produce el efecto de extinguir el derecho material a la indemnización y, por otro, que es un plazo susceptible de interrupción, cuya aplicación, según doctrina constante, se rige por un criterio de cómputo flexible, antiformalista y favorable al interesado, pues no encuentra la prescripción fundamento en la justicia intrínseca, sino en la seguridad jurídica, debiendo por ello excluirse en su aplicación las interpretaciones rigoristas. No obstante, su apreciación exige siempre la atenta observación de las circunstancias del caso, en especial a lo que puedan revelar sobre la voluntad del interesado, a la luz de los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho.

Junto a ello, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 31 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento, por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, para que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos o entidades dirijan a los órganos de las administraciones públicas a través del operador del servicio postal universal puedan considerarse presentados de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 LRJPAC y normativa de desarrollo, deben reunir unos requisitos de forma y contenido que el telegrama no reúne.

Conjugando ambas premisas (interpretación antiformalista y requisitos normativos de los escritos de los interesados), la doctrina y la jurisprudencia cuando se enfrentan al examen del telegrama vienen distinguiendo dos ámbitos.

En cuanto a su virtualidad como medio para activar el procedimiento de responsabilidad, la doctrina (de nuevo, DCJA 29/2007 o dictamen del Consejo de Estado nº

1784/1994, de 16 de diciembre, 3731/1996, de 5 de diciembre y 3159/2000, de 30 de noviembre) viene señalando que, si bien el telegrama no es medio apto para iniciar un procedimiento administrativo por no concurrir en él los requisitos legalmente exigidos para las solicitudes, ello no debe ser entendido en sentido estricto, de forma tal que obste de modo categórico la posibilidad de que el telegrama pueda erigirse en instrumento para producir el efecto de iniciar un procedimiento, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por las normas riturarias para las solicitudes dirigidas a la Administración (artículos 70 LRJPAC y 6 del Reglamento), y siempre y cuando, de su contenido se pueda inferir una verdadera voluntad de reclamar.

En cuanto a su virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción, si bien es cierto que la jurisprudencia contencioso-administrativa ha reconocido en ocasiones la utilidad del telegrama para tal fin, lo ha hecho en los términos que resume la STS de 14 de junio de 2005, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina:

> […] el contenido de los telegramas constituyen un mecanismo inadecuado para provocar el efecto de interrupción que se buscaba […]como por el contenido mismo de tales comunicaciones, en las que falta una identificación mínima de los datos esenciales acerca de los hechos que ocasionaron el accidente y los daños que de éste derivan, toda vez que cuando se ha admitido, excepcionalmente, un efecto interruptivo de la prescripción en supuestos de envío de telegramas (así, las Sentencias de otras Secciones de este Tribunal de 29 de enero [RJ 2002, 2222] y 16 de mayo de 2002 [RJ 2002, 4515], ha sido por asignar a la comunicación telegráfica la consideración de reclamación cuando en ella se contienen los elementos precisos para propiciar una reacción de la Administración, es decir, cuando se informe del lugar, momento y circunstancias en que se produjo el daño, así como la identidad del perjudicado y la entidad y alcance de los daños, informaciones todas ellas que aquí brillan por su ausencia. Cabe indicar, además, que constituye un fraude de ley la sucesiva remisión a la Administración de varios telegramas, cuando no existen razones que impidan o dificulten el ejercicio de la reclamación, pues el único eventual obstáculo para deducirla, al menos en la consideración de la mercantil recurrente, que era la existencia de un proceso penal, cesó con ocasión de archivo […].

Así, vgr, la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de mayo de 2002, tras reconocer que no contenía los requisitos exigibles para ser considerado una reclamación, sí admite que podía tener efectos interruptivos del plazo de prescripción un telegrama con el siguiente literal «Por el presente interrumpo prescripción para interponer acciones civiles reclamando la indemnización civil correspondiente por el fallecimiento de mi hijo don … en el Hospital Militar de …»., dejándose asimismo constancia de que el reclamante, antes, había activado la vía penal.

En suma, para el caso planteado, de la precedente doctrina interesa destacar que, **si bien no cabe desterrar *a limine* que un telegrama pueda tener efectos interruptivos del plazo para accionar una reclamación de responsabilidad patrimonial, tal efecto reclama unos requisitos mínimos de contenido, siendo asimismo necesario comprobar si el caso ofrece alguna circunstancia o razón —de carácter objetivo— que permita desterrar el uso de ese medio sólo para alargar a conveniencia de quien reclama el plazo legal** (supuesto que excedería los

límites de la interpretación flexible del instituto de la prescripción para adentrarse en el ámbito del abuso del derecho).

En el caso, de lo instruido resulta claro que los hechos ocurren el 23 de noviembre de 2003, día en que queda delimitado y estabilizado el daño objeto de reclamación, su origen y el servicio público causante del mismo, por lo que es esa fecha la que procede considerar como dies a quo.

Cabe asimismo recordar que esa fecha de inicio del cómputo del plazo es común para la acción que podía activar tanto el perjudicado como la compañía de seguros, toda vez que, como determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras STS, de 11 de noviembre de 1991, 25 de mayo y 29 de diciembre de 1999), el asegurador ejercita la misma acción que corresponde a su asegurado frente al responsable del daño, lo que, a lo que ahora interesa, supone que aquél no tiene un plazo legal de prescripción *«ad hoc»,* sino el de la acción en que se ha subrogado.

La reclamación de responsabilidad patrimonial se presenta por la compañía de seguros el 20 de septiembre de 2005.

Y aunque en sus alegaciones a lo largo del procedimiento la compañía de seguros reclamante asevera (folio 17 del expediente) que interrumpió la prescripción «mediante buro faxes recibidos en el ayuntamiento», únicamente aporta copia del Aviso de Servicio de Correos de un telegrama remitido al Ayuntamiento el día 4 de noviembre de 2004; envío que, a petición del instructor, confirma el servicio de Correos, pero sin que haya acreditación alguna de su contenido.

Por ello, la Comisión, separándose en este punto de la propuesta de resolución, estima que el certificado del Servicio de Correos permite dar por acreditado que el 4 de noviembre de 2004 la reclamante envió un telegrama a la Administración municipal, pues ésta no ha cumplido con la carga de probar que quien figura como receptor del telegrama era una persona ajena al Ayuntamiento (no sirviendo a tal fin el intercambio de correos electrónicos que figuran en el expediente).

Sin embargo, teniendo en cuenta que una de las consecuencias de la elección —legítima, pero menos segura— del telegrama como medio para cursar solicitudes y escritos a las administraciones públicas es, precisamente, la imposibilidad de que con la sola prueba de su envío quede acreditado el contenido de lo solicitado, al no aportar la reclamante prueba alguna sobre éste hurta a la Comisión el enjuiciamiento de si era aquél suficiente para interrumpir la prescripción, siendo la compañía de seguros la obligada a dicha acreditación por aplicación del principio de facilidad probatoria (artículo 217 LEC).

Y desconociendo el contenido del telegrama, una recta aplicación al caso de la doctrina antes expuesta hace que la Comisión no pueda apreciar efectos interruptivos en el plazo de prescripción por el envío de un telegrama cuyo contenido se desconoce, sin que, además, ni el curso causal, ni el tipo de daño permitan tampoco acreditar —siquiera indiciarimente— la existencia de circunstancia, razón o fundamento

algunos para que la compañía de seguros no presentase la reclamación de responsabilidad dentro del plazo de un año que fija el artículo 142.5 LRJPAC.

DCJA 76/2007 pár. 15-31

Véase DCJA 29/2007 pár. 24-27 y 30

En el examen del procedimiento seguido y en orden al tiempo de tramitación, cumple a la Comisión precisar que no puede tomarse como fecha de inicio del cómputo del plazo para resolver la de presentación de su reclamación (10 de julio de 2006), ya que el reclamante no determina las lesiones por las que reclama ni fija la cuantía hasta el 6 de octubre de 2006.

La especificación de las lesiones por las que se reclama, de acuerdo con el artículo 6.1 del Reglamento, integra el contenido necesario de toda reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que el plazo para resolver ha estado suspendido por causa imputable al reclamante; de tal suerte que, cuando se pide por el Ayuntamiento el dictamen de esta Comisión —el 2 de febrero de 2007— dicho plazo no ha transcurrido; siendo asimismo conveniente recordar que la solicitud de informe suspende de nuevo el plazo de conformidad con el artículo 45. 5 c) LRJPAC.

DCJA 32/2007 p. 16-17

Véase DCJA 51/2007 pár. 17-18

La reclamación ha sido presentada por persona legitimada dentro del plazo legal establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC y en el artículo 4.2, párrafo segundo, de su Reglamento, dado que, aunque el hecho por el que reclama se produjo el día 4 de mayo de 2004 y la reclamación se registra el 27 de julio de 2005, la LRJPAC permite tener en cuenta al objeto del cómputo del plazo, **la fecha en que el paciente es dado de alta**, lo que en este caso no se produce hasta el 19 de octubre de 2004.

DCJA 11/2007 p. 13

De este modo, cabe señalar que es pacíficamente aceptado por la jurisprudencia que **la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello**, lo que aquí acontece.

A juicio de esta Comisión, la interesada ha manifestando inequívocamente su voluntad de formular reclamación patrimonial contra la Administración, de modo que el

hecho de que desconociese quién era el titular del servicio público implicado no puede ser causante de la prescripción de la acción y, en definitiva, se debe considerar que el plazo de prescripción está interrumpido.

DCJA 22/2007 p. 25-26

Asimismo, se ha presentado dentro del plazo legal establecido (art. 142. 5 LRJPAC), ya que la reclamación se registra en el Ayuntamiento el 22 de diciembre de 2003 y nos encontramos ante un caso de **daños continuados,** ya que son debidos a la acción continua y permanente de las raíces de los árboles que van aumentando el daño según pasa el tiempo, con lo cual el daño es actual mientras no se ataje la causa que lo produce, y el «dies a quo» para el cómputo del plazo de un año no será aquél en que los daños comenzaron a manifestarse.

DCJA 27/2007 pár. 11

En relación con el cómputo del plazo, cabe observar que consta en el expediente documentación relativa a algunos desperfectos en la vivienda ya en el año 2004. No obstante, es preciso tener en cuenta que este tipo de daños van habitualmente evolucionando y tardan en estabilizarse, lo que recomienda esperar un tiempo a partir de su aparición, a fin de concretar el efecto lesivo producido. Es decir, que normalmente no coincidirá el cese del evento dañoso, que se sitúa en la finalización de la construcción del aparcamiento, con la estabilización o consolidación de los daños objeto de reclamación.

En definitiva, **el *dies a quo* coincidirá con el momento en que se conozcan, estabilicen o consoliden los daños y** sea posible cumplir razonablemente el requisito de que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado. Por tanto, con los datos que constan en el expediente hay que entender que nos encontramos ante un supuesto de **daño continuado** y que la reclamación ha sido formalizada en plazo.

DCJA 74/2007 pár. 12-13

La primera cuestión a la que cabe responder es la posible objeción procedimental que se puede derivar del hecho de que exista en estos momentos **pendiente un recurso contencioso—administrativo iniciado en paralelo** por la misma reclamante de la presente responsabilidad patrimonial, que se sustancia por el procedimiento abreviado. No obstante, la falta de conocimiento suficiente sobre los extremos exactos sobre los que se ha formulado el recurso y sobre la familiaridad o no que pueda guardar con la presente reclamación, privan a la Comisión de cualquier posibilidad de encontrar un óbice claro de procedibilidad por ese motivo; siendo por lo **demás doctrina precedente de la Comisión la conservación de su competencia en similares circunstancias** (DCJA 102/2005).

DCJA 146/2007 pár. 23

Instrucción

De acuerdo con el artículo 42.4 párrafo segundo de la LRJPAC, la **Administración debería haber indicado al reclamante, en comunicación dirigida al efecto dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud, el plazo para dictar la resolución y para su notificación, así como los efectos del silencio administrativo**, pues aunque el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial no explicita dicha obligación, el artículo 42.4 se aplica a todos los procedimientos administrativos, sin excepción. Su omisión —que no entendemos tenga la trascendencia necesaria como para invalidar el procedimiento seguido— sí es destacable, pues supone el olvido de un trámite previsto por la Ley en garantía de los derechos de los ciudadanos, a cuya mejor protección atiende el precepto citado.

DCJA 56/2007 pár. 14

Véase también DCJA 36/2007 pár. 14

Las reclamaciones formuladas han sido acumuladas en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 LRJPAC, **al existir entre ellas la identidad sustancial o íntima conexión** que exige tal precepto para llevarla a cabo, conexión objetiva en razón a la materia, puesto que los reclamantes ejercen una acción de responsabilidad derivada de una misma actividad administrativa: la realización de unas obras que les han impedido el acceso a las plazas de garaje de su propiedad.

En dos casos, **sin embargo, los peticionarios** don A.R.R. y don F.M.G.L. **han iniciado procedimientos en los que a la petición principal han añadido una segunda fundamentada en un motivo distinto**: el deterioro de la pared de los garajes como consecuencia de las humedades provocadas por la obra. Esa circunstancia tal vez hubiera **aconsejado que se tramitaran de forma independiente**, ya que para resolver las citadas reclamaciones será preciso examinar por separado sus motivos, la práctica de la prueba deberá ser adecuada a las circunstancias que se alegan y, en todo caso, porque en la resolución a dictar se habrá de garantizar una absoluta congruencia entre la misma y la respectiva situación de cada uno de los reclamantes, artículo 89.2 LRJPAC.

DCJA 92/2007 pár. 9-10

En lo que se refiere a la instrucción, esta Comisión viene reiterando que la labor instructora ha de ser la adecuada a las específicas circunstancias que presente cada caso y en este se puede afirmar que ha sido suficiente. El informe obrante en el expediente cumple con la preceptividad establecida en el artículo 10 del Reglamento. Aunque conviene señalar, como consideración específica, que **la acumulación** (artículo 6.2 del Reglamento) **no significa que no deban atenderse las cuestiones planteadas por cada solicitud, por lo que hubiera sido conveniente que junto a**

consideraciones genéricas y globales se hubiere incidido más en las circunstancias concretas de cada caso.

DCJA 143/2007 pár. 18

En concreto, en este tipo de expedientes la preocupación de la Comisión se ha centrado sobre todo en tres trámites cuya correcta formulación resulta fundamental para cumplir ese objetivo. Uno de ellos es el **informe del servicio administrativo** presuntamente causante del daño o del que depende la obra o servicio público que lo causó, informe que es preceptivo de acuerdo con **el artículo 10.1 del Reglamento que lo exige «en todo caso»**.

ACJA 3/2007 pár. 21

El **informe del servicio** relacionado con el funcionamiento que ha ocasionado la alegada lesión indemnizable señala que el servicio de limpieza viaria lo presta la empresa [...], por lo que formalmente no se ha cumplimentado lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento citado, ya que dicho informe **tiene por objeto ilustrar al órgano decisorio sobre el funcionamiento del servicio, así como aportar nuevos datos al expediente o comprobar los ya existentes en el mismo**. No obstante, el informe de la contratista permite considerar, materialmente, que ha informado el servicio a cuyo funcionamiento se imputa la presunta lesión indemnizable.

DCJA 56/2007 pár. 15

Y ello debido a que la emisión del informe por el servicio a cuyo funcionamiento se le imputa el daño tiene por objeto ilustrar al órgano decisorio sobre el funcionamiento del servicio, así como aportar nuevos datos al expediente o comprobar los ya existentes en el mismo, debiendo resultar **independiente —material y formalmente, en cuanto al órgano de emisión— de los autodenominados «informes prerresolutivos» del expediente municipal en cuestión, que son suscritos siempre por el órgano instructor del procedimiento de responsabilidad.**

DCJA 57/2007 pár. 13

Véase 180/2007 pár. 19

El análisis del expediente a la luz del contenido de los artículos 6, 7, 9, 10 y 11 del Reglamento nos lleva a constatar la aportación de informes de los servicios municipales relacionados con el saneamiento, pero, atendidas las peculiaridades del daño planteado (aguas filtradas con origen no determinado), **no debe limitarse el infor-**

me a una unidad administrativa que excluye el daño, **sino que debería alcanzar a los distintos servicios que pudieran tener relación con el origen del daño**.

DCJA 41/2007 pár. 13

El Ayuntamiento, a través de los servicios competentes, ha elaborado los informes precisos, dando con ello cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento. Esta Comisión viene reiterando que la labor instructora ha de ser la adecuada a las específicas circunstancias que presente cada caso y en éste se puede afirmar que ha sido formalmente adecuada, aunque algo tardía. **Es de interés que los servicios concernidos emitan informe en la fecha más cercana posible a la producción del accidente** y que la información que proporcionen sea completa a fin de poder conocer con precisión las circunstancias fácticas concurrentes.

DCJA 69/2007 pár. 12

En primer lugar, aunque en este caso no resulte trascendente, a la vista de la decisión que se va adoptar en cuanto el fondo, esta Comisión quiere incidir en la idea de la importancia que tiene el informe del servicio administrativo, pues **nadie mejor que el servicio causante del daño puede pronunciarse sobre su funcionamiento y actuación**, al ser quien tiene un conocimiento directo e inmediato de las circunstancias concurrentes en cada caso.

DCJA 67/2007 pár. 13

En cualquier caso, si la adjudicataria hubiera sido la **UTE, el hecho de que la reclamación y el trámite de audiencia se trasladara únicamente a una de las dos empresas que la componen** (la mercantil […]), **no privaría de eficacia a los mismos y acreditaría la participación de la adjudicataria en el expediente que se tramita.** Todo ello, de conformidad con el artículo 24 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece la responsabilidad solidaria de los miembros de una unión de empresarios.

DCJA 65/2007 pár. 16

La posibilidad de que un expediente de responsabilidad pueda finalizar mediante la fijación de la obligación indemnizatoria a cargo de una empresa contratista (solución que esta Comisión viene admitiendo en determinados supuestos (por todos, DCJA 99/2005) requiere, en lo que al procedimiento se refiere, una acabada acreditación de que es la actividad desplegada con ocasión de la ejecución del contrato la que, en exclusiva, permite la imputación al servicio público del daño por el que se reclama, al no apreciarse intervención activa u omisiva alguna de la administración municipal.

Para ello, es imprescindible —aunque no suficiente— que el expediente contenga noticia de los exactos términos de la relación contractual trabada entre la Administración y la contratista, así como de las circunstancias del caso, sin que baste la mera apelación a deberes abstractos de señalización, limpieza o adopción de medidas de seguridad (establecidos en los documentos contractuales). En suma, debe constar, la información detallada tanto del contrato suscrito como de la concreción de las obligaciones contractuales asumidas el día y en el lugar de los hechos.

En recta aplicación del principio de disponibilidad que, en materia probatoria, consagra el artículo 217. 6 Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv), con carácter general es la Administración la que debe aportar al procedimiento dicha información; carga de probar que resulta aún más intensa si, como sucede en este caso, se refiere a la actividad de una empresa (Sociedad Mixta […]), cuya denominación parece remitir a una de las personificaciones a las que pueden acudir las entidades locales para la gestión indirecta de los servicios de su competencia (artículos 104 y ss Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local).

DCJA 151/2007 pár. 19-21

C) Procedimiento de contratación administrativa

Aunque la resolución de inicio del expediente de resolución concede también al avalista un plazo de diez días para que alegue cuanto estime oportuno, no consta la recepción por aquél del citado documento, ni tampoco alegación alguna que permita suponer dicha recepción.

Que el avalista ha podido alegar lo que a su derecho convenga por el plazo normativamente establecido es un hecho que debe quedar acreditado en el expediente.

Para ello, ha de constar la correcta práctica de la notificación del trámite, de acuerdo con las exigencias que al efecto establecen los artículos 59 y ss de la LRJPAC. Dado el carácter del trámite, su incorrecta realización sí puede tener efectos invalidantes en la resolución final que, al incorporar como contenido la incautación de la fianza, afecta de forma directa e inmediata los intereses y derechos del avalista. Por lo que el procedimiento debe acreditar que ha podido defenderse no concurriendo la indefensión material legalmente prohibida.

DCJA 42/2007 pár. 10 a 12

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. GENERALIDADES

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada que **no es acorde con el referido principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización** más allá del principio de causalidad, ya que la prestación por la Administración de un determinado servicio público 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 Administración 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.

DCJA 27/2007 pár. 20

Veáse DCJA 87/2007 pár. 22-23

Porque, como ha advertido en reiteradas ocasiones esta Comisión siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 3.833/98, 1.043/99 y 2.784/99, entre otros), **la responsabilidad patrimonial no puede utilizarse como un medio para evitar la aplicación de resoluciones consentidas por los interesados ni como una vía alternativa a la interposición de los recursos correspondientes** para someter a examen la legalidad de dichas resoluciones (DDCJA 76/2001, 3/2002 y 4/2002, entre otros).

En el caso, a la luz de los hechos relatados, es de ver que los reclamantes pudieron impugnar la suspensión o instar su levantamiento con posterioridad; y en el caso de que finalmente un Tribunal les hubiera reconocido el derecho a que no se paralizara

el proceso por las razones esgrimidas, qué duda cabe que una vez declarada la ilegalidad de la actividad administrativa impugnada, por acción u omisión, podría surgir un derecho a resarcirse del daño ocasionado como medida para el pleno restablecimiento de su situación jurídica.

Sin embargo, estando los reclamantes sometidos al proceso selectivo y no habiéndose declarado la ilegalidad de la paralización adoptada por la Administración en su seno, esta Comisión entiende que no puede calificar la situación de antijurídica ni, por tanto, que sea susceptible de ocasionar un daño con el carácter de lesión técnica resarcible en el marco del instituto de la responsabilidad patrimonial.

De igual forma, pudieron reaccionar frente al acto de nombramiento y toma de posesión, e instar el reconocimiento de sus efectos retroactivos —como en definitiva algunos han hecho ahora—, impugnándolos en tiempo y forma, a fin de corregir los efectos de la demora.

DCJA 144/2007 pár. 57-60

Véase también DCJA 122/2007 pár. 47
y DCJA 46/2007 pár. 28-31

Al mismo tiempo, esta Comisión considera oportuno señalar que la suscripción por el Ayuntamiento de un contrato de aseguramiento en nada altera los procedimientos de exigencia de responsabilidad deducidos ante la Administración asegurada, como se señala en algunas sentencias civiles, entre otras, la SAP de Asturias de 16 mayo de 1997 (AC 1997\1173) al declarar que «los daños causados por la Administración Pública incluso en relaciones de Derecho privado se exigen conforme al procedimiento administrativo y se revisan por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La presencia de una aseguradora no puede convertir el ius cogens en reglas dispositivas».

El perjudicado por la actividad administrativa, o lesionado en sentido estricto, tiene el derecho subjetivo a ser indemnizado y tiene, a su vez, la carga de reclamar mediante el procedimiento administrativo previsto en la Ley 30/1992. Procedimiento que, además de constituir una garantía para los particulares, obliga a la Administración a pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad patrimonial, la concurrencia de otras causas en la producción del daño derivadas del comportamiento de la propia víctima o de terceros que excluyesen la responsabilidad de la Administración o, por lo menos, la modulasen, o sobre la existencia de fuerza mayor, entre otros extremo. No siendo posible trasladar dicha declaración a la compañía aseguradora, tal y como se realiza en el expediente objeto de consulta cuando se le requiere para que se pronuncie sobre la existencia de la relación de causalidad.

Y ello, porque aún existiendo un contrato de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial, la garantía corresponde a la Administración, aunque el pago corresponda a la compañía aseguradora, dado que, en ningún caso, la suscripción de un con-

trato de seguro podría hurtar a la Administración la carga de decidir acerca de la existencia de la lesión y del derecho subjetivo del particular a ser indemnizado.

La existencia de un contrato de seguro no supone una delegación implícita de las potestades relativas a la responsabilidad de los poderes públicos; en primer lugar porque no está prevista por la Ley y, en segundo lugar, porque esta garantía sería desde la Constitución irrenunciable.

DCJA 50/2007 pár. 16-19

Teniendo en cuenta que en el expediente constan actuaciones penales que culminaron con sentencia absolutoria, conviene recordar que **la responsabilidad patrimonial de la Administración posee un régimen legal propio y unas reglas y requisitos para su establecimiento, diferentes de las que rigen en el proceso penal** para la determinación de la responsabilidad.

Además, hay que recordar que, en general, es preciso distinguir si estamos ante una sentencia condenatoria o absolutoria, porque a la hora de establecer la relación de hechos el sustrato ineludible vendrá determinado en el primer caso, positivamente, por los presupuestos fácticos del tipo o tipos penales afectados, mientras que en el segundo, negativamente, por su inexistencia fáctica, siempre y cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiera podido nacer o se declare probado que una persona no fue autor del hecho. […]

DCJA 158/2007 pár. 5-6

Antes que nada se hace precisa una puntualización, en tanto que conviene fijar los términos concretos de la reclamación efectuada. En su escrito de 7 de julio de 2006 los reclamantes expresan con claridad que lo que ejercen es una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio, mencionando lo dispuesto en el artículo 106.2 CE y artículo 139 LRJPAC, y las STS de 27 de febrero de 1998 (Arz. 1795) y 16 de febrero de 1999 (arz. 1622) y Dictamen de Consejo de Estado de 5 de mayo de 1995 (nº 598/95, Sección 7ª).

Es por ello que **en modo alguno puede considerarse que estén ejercitando una responsabilidad patrimonial *ex delicto*, a fin de que la Administración les indemnice por los daños y perjuicios causados por una serie de menores con ocasión de la comisión de un delito del que son responsables**.

Como refiere el artículo 116 del Código Penal «toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios» y el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que del hecho delictivo además de la acción penal para el castigo del culpable puede nacer «acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». En el caso de menores, la Ley Orgáni-

ca 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), ha incorporado en su Título VIII, bajo el título «De la Responsabilidad Civil», un conjunto normativo relativo a aspectos materiales y procesales de la responsabilidad «ex delicto», derivada de hechos cometidos por jóvenes incluidos en su ámbito de aplicación. Además, para determinar la extensión de la responsabilidad habrá que acudir a los artículos 109 y siguientes del Código Penal a los que se remite el art. 62 LORPM.

No vamos a insistir en la complejidad del sistema que instaura la Ley y las no pocas dificultades interpretativas que suscita el artículo 61.3 LORPM según el cual «cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos».

Tal precepto plantea una serie de cuestiones que dejaremos ahora simplemente enunciadas: a) la naturaleza de esa responsabilidad solidaria —la doctrina parece decantarse por su carácter objetivo y fundada en el riesgo—; b) la concreta relación que efectúa sobre los responsables —si cabe entender que puedan incluirse entre los guardadores legales o de hecho las entidades públicas competentes en materia de protección de menores, lo cual parece aceptarse sin problema alguno, e incluso los centros de enseñanza, ya que asumen funciones de vigilancia, lo cual es más discutible, ya que una cosa es ese deber y otra muy distinta asimilarlo a una institución de guarda de derecho privado—; c) la expresión «por este orden» —si es de carácter excluyente, de manera que la existencia de sujetos de una clase excluye la de los sujetos de una clase posterior, o si es de carácter acumulativa, pues todos responden sin excepción, algunos defienden incluso la tesis de una imputación flexible que atienda a la persona o entidad que efectivamente ejerce la labor de educar, formar y corregir al menor, pues se pretende evitar la dejadez en la educación, como la actitud de protección y de justificación de la conducta del niño— y; d) la regla de moderación que encierra —si es aplicable sólo *ad intra* o también *ad extra*—.

De cualquier forma, en lo que ahora nos interesa, la posibilidad de seguir la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración de forma autónoma, aparece expresamente contemplada en el artículo 61.4 LORPM, que prevé que «en su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Esta eventualidad de dirigirse directamente a la Administración se abrió paso como medida para garantizar mejor la reparación del daño, para sortear el obstáculo de la subsidiariedad con la que el Código Penal contempla la responsabilidad de la Administración de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la

lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados.

[…]

Los perjudicados tienen, pues, abierta la vía de la responsabilidad por delito, que la pueden ejercer en la pieza separada de responsabilidad civil ante el Juez de Menores, con la extensión dispuesta por la LORPM y el Código Penal, o reservarla para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil, conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **pero tales vías no agotan sus posibilidades sin que exista impedimento a que puedan ejercer, también, la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a las previsiones de la LRJPAC.**

DCJA 10/2007 pár. 22-30

2. DAÑO

Afirma el reclamante que el daño moral sufrido deriva de la actuación administrativa y a él le corresponde la carga de la prueba de este hecho. **Aprecia la doctrina que para que un hecho merezca ser considerado como causa del daño es preciso que sea en sí mismo idóneo para producirlo según la experiencia común**, es decir, que tenga una especial aptitud para producir el efecto lesivo.

DCJA 46/2007 pár. 56

La reclamación que nos ocupa se encuadra, según sus términos, en las consecuencias producidas por la **realización de obras públicas** en el entorno de las mismas, y de las instalaciones complementarias de las mismas, ámbito en el que sólo procede la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando los efectos producidos exceden la carga general implícita en la realización de obras, y en los efectos a ellas inherentes, y ello de forma individualizada en el perjudicado, y no en la ciudadanía en general.

[…]

Respecto a la necesidad de **limpiar con mayor frecuencia el local**, **a los perjuicios en calzado y ropa, y a las molestias del personal y de la clientela, aun en el supuesto de que se hubieran acreditado, merecerían la calificación de mera molestia, no constitutiva propiamente de lesión resarcible,** o, si se prefiere, de carga general inherente a la realización de obras, en los términos que antes hemos referido.

DCJA 72/2007 pár. 15-18

Al margen de la ausencia de antijuridicidad, procede analizar si el daño alegado merece ser considerado como «lesión resarcible», en lo que se refiere al cumplimiento de otro de los requisitos: la existencia y/o efectividad del daño

Buena parte de las reclamaciones se basan en la diferencia de niveles retributivos entre el puesto ocupado hasta la toma de posesión tras el proceso de la OPE y el obtenido y ocupado tras ella. Otros alegan que han visto acercado a su residencia el lugar de trabajo en el puesto obtenido, respecto al ocupado, lo cual les ha supuesto costes de desplazamiento mientras tanto.

Incluso los hay que alegan que ha supuesto una minoración efectiva de sus retribuciones, por cuanto las mismas han estado sometidas a cotización por la prestación de desempleo o por formación profesional (pese a que es de cuantía idéntica con independencia de la naturaleza interina o fija de la relación).

Por último, las reclamaciones incluyen diversos conceptos referidos en genérico a «derechos profesionales», «beneficios propios de la condición de funcionario de carrera», «derechos morales», «derechos inherentes a la carrera administrativa» y similares, sin mayor determinación.

Una vez descartada la antijuridicidad de la actuación de la Administración, la misma sería bastante para desestimar la reclamación. Sin embargo, esta Comisión debe consignar que los reclamantes parten de una premisa equivocada al considerar como derechos propios lo que son tan sólo expectativas.

O dicho de otra forma, **para que el daño o lesión sea real y efectivo debe tratarse de un perjuicio a un bien o derecho patrimonializado del que es titular su reclamante**.

Lo cierto es que e**l derecho al puesto de trabajo** al que se accede a la conclusión de un procedimiento selectivo **únicamente se obtiene, como un derecho patrimonializable, a partir del momento en que se producen todos y cada uno de los trámites y actos sucesivos y concatenados que establece el artículo 36.1 de la LFPV.** Esto es, la condición de funcionario de carrera de las Administraciones Públicas Vascas se adquiere por el acceso a plazas de plantilla presupuestaria pertenecientes a un Cuerpo o Escala, mediante el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: a) superación del procedimiento selectivo, b) nombramiento conferido por la autoridad competente, y c) tomar posesión dentro del plazo reglamentario.

Los reclamantes, sin embargo, pretenden extender unos derechos, propios de quien ha superado todas las fases, a un momento anterior, en el que solamente tenían una expectativa de derecho.

Además, **si bien cabe aceptar que pudieran haber tenido una expectativa bastante cierta al nombramiento (los ubicados en las primeras posiciones de la lista) que fue frustrada por el retraso, en modo alguno se puede afirmar que dicha expectativa alcanzaba también a obtener unas retribuciones superiores a**

las que venían percibiendo en su puesto o a ocupar un puesto en una localidad de preferencia, porque tales consecuencias no se derivaban en modo alguno del procedimiento, que podía conducir a ese resultado o a otro distinto —de hecho algunos de los reclamantes no han obtenido ni lo primero ni lo segundo—.

Como ya dijimos en los DDCJA 17/2002 y 106/2004, los reclamantes, hasta el nombramiento, sólo tenían una mera expectativa a la adjudicación de un puesto en el caso de que resultaran seleccionados. La titularidad de un verdadero derecho se alcanza definitivamente cuando se adquiere la condición de personal al servicio de la Administración Pública. Como señala la STS de 7 de diciembre de 1998 (RA 10176): «Un concursante no tiene, por el hecho de serlo, derecho a una plaza, sólo tiene una expectativa de derecho. Y no basta con un retraso en la decisión del concurso para que pueda invocar que se le ha causado un daño resarcible» (FJ 5).

En esos términos también se pronuncian otros órganos consultivos: Dictamen 923/2006, de 13 de julio de 2006, del Consejo de Estado, Dictamen 254/02, de 13 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña o Dictamen 171/2005, de 19 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía.

En lo que se refiere al resto de los conceptos, en menor medida aún cabe conjeturar que resultan resarcibles. Su disfrute viene definido por normas legales y reglamentarias que definen y delimitan a sus beneficiarios, entre los cuales obviamente no se encuentran los reclamantes.

Conviene incidir en la idea de que, al abordar el asunto desde el régimen de responsabilidad patrimonial, lo relevante es la condición de particulares de quienes formulan las reclamaciones. Es por ello que resulta impensable aceptar que puedan ser indemnizables el conjunto de circunstancias positivas que hubiera producido el desempeño del puesto finalmente adjudicado y las negativas de haber desempeñado otro para solicitar una reparación por todas ellas.

Los reclamantes formulan una reclamación exhaustiva y total de posibles perjuicios, partiendo de la idea de que el tiempo en que consideran indebidamente prolongado el procedimiento ha de considerarse como prestado en el puesto de trabajo finalmente adjudicado, con todas sus consecuencias favorables en todas sus repercusiones.

Olvidan al hacerlo que la prestación de un trabajo supone una serie de cargas y obligaciones como la dedicación de tiempo, costes anejos, esfuerzos, responsabilidad, etc., y como contrapartida otorga una serie de derechos, retributivos, dignidad profesional, posibilidades de realización y promoción, derechos pasivos, etc. Pero no pueden quedar disociados para reclamar el disfrute de todos los derechos sin asumir ninguna de las cargas.

La voluntaria participación en un procedimiento selectivo no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un puesto de trabajo, sino

una simple expectativa de obtenerlo, conforme a las reglas que lo rigen y a las que quedan sometidos todos los aspirantes.

DCJA 143/2007 pár. 92-107

Véase también DCJA 144/2007 pár. 104-105

El reclamante en su acción de responsabilidad invoca como fundamento de su petición tres daños diferentes: los gastos correspondientes a la ejecución del proyecto para el que se concedió la licencia anulada, los daños morales derivados de la pérdida de las dependencias obtenidas con ocasión de la licencia anulada y, por último, los gastos derivados del derribo de la obra realizada y reposición de las cosas a su estado original.

El daño, por tanto, parece conectarse con la idea de que no pueden aprovechar la construcción efectuada, lo que todavía no ha sucedido, e incluso en el caso del derribo es un daño que no ha quedado consumado y puede que no se produzca —si finalmente es el propio Ayuntamiento el que lo lleva a cabo de forma subsidiaria—.

Por todo ello, consideramos que en este supuesto concreto procede afirmar que, hasta el momento, no existe lesión real y efectiva.

Tal consideración no impide que, lógicamente, cuando se lleve a cabo el derribo, los interesados puedan formular una nueva reclamación, ya que desde la fecha en la que la misma se lleve a cabo comenzaría a correr el plazo de prescripción establecido por el artículo 142.5 LRJPAC.

DCJA 67/2007 pár. 24-27

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Resulta fundamental la necesidad de concurrencia de un nexo causal entre la actividad administrativa y el daño causado, señalando la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1998 que, aún cuando **la Jurisprudencia ha venido refiriéndose con carácter general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal, no queda excluido que la expresada relación causal pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas, y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad**.

Resulta de ello que, aunque en general la Jurisprudencia del Tribunal Supremo concibe la responsabilidad patrimonial como puramente objetiva o de resultado, siendo lo único relevante y exigible que se deba al funcionamiento de la Administración, es

requisito necesario e ineludible que concurra una relación de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño invocado; pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7952) «aún cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla».

DCJA 78/2007 pár. 22-23

Véase también DCJA 10/2007 pár. 39

Como señala la doctrina, todo acaecimiento lesivo es normalmente el resultado de un complejo de hechos y condiciones. Por ello, **el sentido del requisito del nexo causal es acreditar la denominada causa eficiente de la lesión, que conlleva la adecuación objetiva entre ésta y aquélla**. Para la relación causal —en su entendimiento jurídico y no meramente fáctico— no sirven, desde luego, los hechos extraordinarios (fuerza mayor), pero tampoco los inadecuados o indiferentes por carecer de relevancia para sustentar la imputación del daño al servicio público.

DCJA 49/2007 pár. 27

Título de imputación

Además, cualquiera que sea la forma en que se explique el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) **no es coherente con el mismo que la Comunidad cubra los daños derivados de eventos desencadenados por terceros en cuya producción el servicio público no ha intervenido, ni tan siquiera a titulo omisivo,** desplazando su responsabilidad a la Administración para que sea ésta la que repare los daños causados por aquellos.

Cuando decimos esto no queremos decir que el daño sufrido no deba ser reparado ni que los reclamantes deban soportarlo, sino que la institución de la responsabilidad de la Administración no se ha concebido para ese propósito.

DCJA 10/2007 pár. 67-68

La reclamación de responsabilidad de la interesada se fundamenta en una supuesta responsabilidad concurrente de ambas Administraciones implicadas, Diputación Fo-

ral de Gipuzkoa y Ayuntamiento de Zestoa, por actividad (autorización de parada) e inactividad (no modificación de la parada o no adopción de otras soluciones para los peatones que se apean en ese punto) que entrañaba una situación de riesgo prolongada y denunciada desde hace años. […]

Pero la Comisión considera a este respecto que **la previa calificación foral de la carretera se erige en un obstáculo insalvable para continuar con el análisis de la responsabilidad patrimonial que se reclama del ente local consultante**, dado que la citada Norma Foral 17/1994 realiza una neta y clara separación de competencias, y responsabilidades consiguientes, conforme a la titularidad, foral-municipal, de la carretera.

[…]

Con arreglo a lo que antecede, estima la Comisión que no concurre título de imputación para solicitar del Ayuntamiento de Zestoa la reclamación patrimonial que se formula, sin perjuicio de poder acudir la reclamante a la Administración competente.

DCJA 23/2007 pár. 31-42

No cabe duda que *a priori* puede distinguirse entre el actuar activo de un ente administrativo y el que tiene su causa en el actuar de un tercero, incluso aún en el caso de que del actuar de un tercero se puedan desprender consecuencias negativas para un sujeto que admitan ser susceptibles de entenderse como aceptadas o toleradas por aquel ente público. **La cuestión remitirá en estos casos de actuar omisivo a una ponderación de la relevancia que la conducta inhibitoria, pero exigible, del ente administrativo haya podido tener realmente en el daño sufrido**.

DCJA 146/2007 pár. 26

Véase también DCJA 69/2007 pár. 22

Así, atendiendo a los datos obrantes en el expediente, y dado que se reclama porque tropezó con una trampilla mal cerrada situada en el espacio portuario, **el servicio público implicado es el servicio público portuario**, resultando que, en principio, **el mantenimiento, las instalaciones y los pavimentos del puerto corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco**.

DCJA 22/2007 pár. 22

El hecho de que los árboles fueran plantados por el Ayuntamiento en nada desvirtúa el **carácter privado del terreno**. Es más, por efecto del derecho de accesión establecido en el artículo 358 del Código Civil, lo plantado en predio ajeno pertenece al dueño del mismo.

Por lo tanto, el muro, los árboles y el terreno donde están plantados son de titularidad privada, y en concreto de la «*Sociedad Cooperativa […]*», sin que ésta haya alegado nada en contrario en el trámite de audiencia, a lo que debe añadirse que no hay nada en el expediente que haga pensar que, con independencia de su titularidad originaria, fuera un terreno de cesión obligatoria.

Este hecho, por sí mismo, sería suficiente para eliminar el título de imputación que se pretende respecto al Ayuntamiento de Bilbao, pero dado que el informe del **Negociado de Parques y Jardines señala que la zona es objeto de mantenimiento por ese servicio** analizaremos su repercusión en el presente expediente de responsabilidad.

En efecto, **la competencia municipal de mantenimiento no requiere para su ejercicio legítimo un estado posesorio público que sea reflejo de un pleno dominio, sino que debe estimarse suficiente el uso público**. En este caso, no consta que se haya intentado demostrar tal uso, ni tan siquiera que se haya alegado. Además, por su ubicación y dimensiones tampoco cabe pensar que se destine al tránsito o uso general y público

DCJA 27/2007 pár. 25-28

Porque, aunque de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia deba atribuirse a los conceptos de servicio público y de su funcionamiento el sentido más amplio que su abstracta concepción merece, lo que conlleva que **el servicio público es toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa ejercida, incluso la omisión o pasividad cuando la Administración tenga el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado, en el caso sometido a nuestra consideración es nítido que ni siquiera esa amplia acepción puede alcanzar a la actividad típica de un negocio de hostelería, sin conexión alguna con la actividad de la Administración municipal,** ya que —como señala la propuesta de resolución— el establecimiento hostelero construido a raíz del contrato suscrito en su día por la mercantil que lo explota y el Ayuntamiento de Durango «[…] no tiene por objeto la prestación de un servicio público de naturaleza económica, ni el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, sino que se trata de una actividad enteramente privada que ni siquiera puede considerarse que se presta de forma complementaria a un servicio público».

Que el accidente sufrido por un cliente en el interior de un local de hostelería explotado por una empresa privada (por mucho que el edificio que alberga el negocio haya sido construido sobre un terreno de titularidad municipal) no resulta imputable a la Administración municipal en virtud del instituto de la responsabilidad patrimonial es algo meridiano.

Baste a tal fin recordar que, incluso **para una entidad que efectivamente gestionase un servicio de titularidad pública en régimen de concesión, el régimen de**

responsabilidad patrimonial aplicable sería el del artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, según el cual corresponde al concesionario hacer frente a los daños que su prestación pueda generar a terceros, con la salvedad de que el daño traiga causa de una cláusula u orden directa de la Administración concedente.

DCJA 112/2007 pár. 27-29

En tales casos, la Administración interviene cuando ya se ha producido un evento con potencialidad lesiva a cuyo proceso causal aquélla es ajena, tratándose, por tanto, de una intervención *a posteriori* cuyo objetivo es evitar que esa potencialidad ya constituida se haga acto dañoso o mitigar el alcance de éste.

Dicho de otra forma, se trata de **supuestos en que se reclama por un daño que se liga directamente con un riesgo en cuya creación la Administración reclamada no ha participado, si bien interviene posteriormente para intentar evitar que ese riesgo no se materialice, sin conseguirlo.**

Siendo así, resulta obvio, que **el daño únicamente podrá imputarse** al servicio de extinción **cuando éste haya funcionado anormalmente,** pues si el mismo se ha desarrollado con normalidad, no podrá sostenerse que se ha incorporado al proceso causal incrementando el riesgo preexistente, debiéndose concluir que el daño es materialización exclusiva de tal riesgo.

DCJA 5/2007 pár. 25-27

Estándares de funcionamiento

Antes que nada, en el ámbito específico de las **dilaciones indebidas** debemos atender a una ya consolidada doctrina de esta Comisión (DCJA 16/2005 y los allí citados), cuyos principios generales se resumen en los siguientes:

— La calificación de dilación indebida constituye un concepto indeterminado y no está ligada directamente a la duración total del procedimiento, ni a los plazos parciales (sin menoscabo de su obligatoriedad jurídica), sino que ha de estarse a las circunstancias del caso concreto.

— El mero retraso, por leve que sea, no genera automáticamente responsabilidad patrimonial.

— Debe atenderse a la razonabilidad de los retrasos, en virtud del estándar aplicable al actuar administrativo en el ámbito de que se trate, aplicado en las circunstancias específicas de cada caso: complejidad del procedimiento, duración de procedimientos similares, la conducta de la persona afectada y la de la Administración, y la relevancia de los intereses en juego.

Ha de resaltarse que la posibilidad de reclamar a la Administración la indemnización de los daños y perjuicios causados por retraso ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (STC 26/1994, de 27 de enero, FJ 3) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 31 de marzo de 1992), pero sólo puede decirse que **el particular no tiene obligación jurídica de soportar el daño cuando el retraso es injustificado** como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SSTS de 2 de octubre de 1985-Arz. 4535, 10 de junio de 1985-Arz. 320/1986, 14 de diciembre de 1988-Arz. 9958 y 21 de marzo de 1991-Arz. 2404, entre otras).

De este modo, solo cuando, tras la valoración de dichas circunstancias, se deduzca que la dilación del procedimiento puede calificarse como irregular u anormal habrá que concluir que los daños derivados de la misma son imputables a la Administración. En caso contrario, si el retraso es adecuado a las circunstancias y la razón del mismo se encuentra plenamente justificada, no existe lesión en el sentido técnico jurídico, debiendo el interesado soportar los daños causados por la paralización del procedimiento.

También considera esta Comisión que, así como en el caso de no resolución en plazo la LRJPAC distingue sus consecuencias según se trate de un procedimiento iniciado a solicitud del interesado (artículo 43) o de oficio (artículo 44), tal circunstancia puede matizar la aplicabilidad del régimen de responsabilidad ya que la posición de los interesados en uno u otro procedimiento no es la misma. En el primer supuesto, el procedimiento se ha incoado para dar satisfacción a un interés propio, por lo cual en la demora está en juego ese interés, mientras que en el segundo es un interés público el que se encuentra concernido, y aunque del mismo pueda derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, éstas se encuentran claramente subordinadas a la satisfacción del interés público que justifica la actuación de la Administración al emprenderlo. Es por ello que en tales casos el retraso pone en riesgo ese interés público, que aquí se concreta en la cobertura de las plazas con personal funcionario de carrera que haya acreditado un mayor mérito y capacidad, en garantía de la permanencia y continuidad en la prestación encomendada, y sólo de forma indirecta y mediata el de los aspirantes que pretenden obtener alguna de las plazas convocadas.

De alguna forma refleja esa distinción —aunque no resulte aplicable sí es expresivo del entendimiento que defendemos— el artículo 78 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña, según el cual: «La demora, sin causa justificada, en la adopción de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento administrativo iniciado a instancia de los particulares, podrá dar lugar a responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados, en los términos y casos establecidos por la legislación general sobre responsabilidad administrativa».

DCJA 144/2007, pár 35-39

Véase también DCJA 143/2007 pár. 31-35

Como señala la STS de 4 de marzo de 1998, para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

En el presente caso los reclamantes alegan que la Residencia ha incurrido en una suerte de culpa in vigilando al no adoptar las **medidas de vigilancia y seguridad** que la fallecida necesitaba debido a su padecimiento, siendo esta negligente vigilancia la causa de que se produjeran los hechos relatados.

[…]

Si, como está acreditado, **dichos sistemas se habían revelado insuficientes en** varias ocasiones **para responder adecuadamente a la nueva evolución psicológica de la residente y prevenir los riesgos que de esa nueva situación podían derivarse para la integridad física de la persona residente, la adopción de medidas más intensas que las habituales integra el deber de hacer que cabe exigir al funcionamiento normal del servicio.**

En efecto, en los días previos al fallecimiento el centro contaba con información suficiente para considerar que, si no se adoptaban unas medidas de protección o vigilancia más intensas, manteniéndose el estado de agitación de la residente, las medidas habituales para evitar que la paciente se levantara, con claro riesgo para su integridad física, podían resultar insuficientes.

En el marco del servicio examinado el hecho era previsible y, al no quedar acreditado que se adoptaran medidas de prevención y precaución específicas, puede concluirse que el fallecimiento se produce como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio, siendo así el resultado dañoso imputable objetivamente al funcionamiento del servicio público implicado.

Bien entendido que la precedente conclusión no conlleva valoración negativa alguna sobre la concreta conducta desplegada por las personas que el día de los hechos atendían a las personas residentes, pues, como hemos señalado, la evaluación del deber exigible en el ámbito de la responsabilidad patrimonial se realiza en relación a las condiciones organizativas de prestación del servicio.

DCJA 158/2007 pár. 58-79

Concurrencia de causas

En definitiva, tanto al reclamante como a sus compañeros no pudo pasarles desapercibida la existencia o creación del charco durante el tiempo que estuvieron en el

frontón antes del accidente, lo que permite presumir una **conducta poco diligente del reclamante** que, aunque carece de la gravedad y entidad suficientes para romper el nexo causal, sí la tiene para introducirse en el curso causal de aquél.

Esta concurrencia **obliga a ponderar la gravedad de cada una de las causas y a moderar y distribuir las consecuencias económicas dimanantes del resarcimiento del evento dañoso, y, por ello, a reducir en la proporción que corresponda el importe del *quantum indemnizatorio*.**

En el caso presente, teniendo en cuenta que el accidente no se hubiera producido si el frontón hubiera estado, como era debido, en buenas condiciones para la práctica deportiva, o clausurado si no las reunía, y que al recurrente no pudo pasarle desapercibido con anterioridad a su caída el charco en el que resbaló, le damos igual intensidad causal a las dos circunstancias, de suerte que la indemnización procedente será reducida en un 50%.

DCJA 51/2007 pár. 42-44

Si lo que hemos dicho hasta ahora nos lleva a declarar la responsabilidad de la Administración, ello no es óbice para que esta Comisión considere analizar la conducta de la propia victima, como lo hace la propuesta de resolución.

De la documentación que se adjunta a la reclamación se desprende que **el reclamante no llevaba puesto el casco en el momento del accidente**, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 47 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en relación con los artículos 116 y 118 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento general de circulación, que obliga a los conductores de motocicletas a utilizar cascos de protección homologados o certificados según la legislación vigente cuando circulen tanto en vías urbanas como interurbanas.

Por ello, debe considerarse la concurrencia de responsabilidad del reclamante, al incumplir la obligación de utilizar el casco de protección, principal elemento de seguridad pasiva del que disponen los usuarios de motocicletas cuya utilización reduce considerablemente la posibilidad de sufrir lesiones craneales.

En este análisis, la conducta de la víctima debe calificarse como negligente y tuvo una indudable incidencia en dicho nexo causal, por lo que se llega a la conclusión de que, aun existiendo la conexión de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño producido, se debe atemperar y moderar el alcance de la indemnización solicitada por entender que el reclamante participó con su actuación en la consecución del daño.

En conclusión, teniendo en cuenta la relevancia que presenta la actuación imprudente del reclamante y, por lo tanto, la concurrencia de la causa apreciada, esta Comisión estima que a la indemnización que resulte por todos los conceptos debe aplicársele la reducción del 50%.

DCJA 180/2007 pár. 28 a 32

Sin embargo frente a esta línea tradicional de la jurisprudencia, aparece otra, más razonable, que no exige la exclusividad del nexo causal (S.T.S. de 12/2/80, 30/3/82, 12/5/82 y 11/10/84, entre otras), y que por tanto no excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando interviene en la producción del daño, además de ella misma, la propia victima (S.T.S. de 31/1/84, 7/7/84, 11/10/84, 18/12/85 y 28/1/86) o un tercero (S.T.S. de 23/3/79), salvo que la conducta de uno y de otro sean tan intensas que el daño no se hubiera producido sin ellas (S.T.S. 4/7/80 y 16/5/84). Supuestos en los que procede hacer un reparto proporcional del importe de la indemnización entre los agentes que participaron en la producción del daño, bien moderando ese importe (S.T.S. 31/1/84 y 11/10/84), o acogiendo la teoría de la compensación de culpas para efectuar un reparto equitativo del montante de aquélla (S.T.S. de 17/3/82, 12/5/82 y 7/7/84, entre otras).

[…]

El documento fotográfico aportado no permite ver la proximidad del paso de peatones que la propuesta afirma existir en el lugar, pero no cabe dudar tampoco, por el testimonio que aporta la testigo propuesta por la propia reclamante, de que **la víctima trató de cruzar de forma irregular la calzada al intentar acceder a ella descendiendo por el rebaje de una acera situado a la altura del acceso a un garaje, un lugar inapropiado y prohibido con arreglo a las normas de circulación viaria**, sin que se haya aportado ningún dato que haga ver la necesidad de hacerlo o de no poder discurrir por el paso de peatones habilitado al efecto.

No cabe, por tanto, excusar la voluntariedad de la acción de la reclamante y, con ello, la incidencia de la propia víctima en la relación causal del daño imputado.

Ahora bien, considera la Comisión que no es la actitud de la propia víctima el único o exclusivo factor desencadenante del daño que se reclama, ya que a ese mismo resultado contribuyó también la existencia indebida en el lugar de una chapa, material metálico que conforme a la reglamentación local vigente al tiempo del suceso —«Ordenanza sobre Paso de Vehículos al Interior de los Edificios y Solares del Ayuntamiento de Bilbao», vigente desde 10 de marzo de 1973—, resultaba de uso prohibido (artículo 1.2) en las aceras o bordillos como paso de vehículos.

DCJA 117/2007 pár. 17, 22-24

Conducta de la víctima

Y ello porque, al margen de que dicha exoneración debe quedar reservada, conforme constante doctrina jurisprudencial, para la conducta culpable o dolosa del perjudicado con una entidad relevante en el curso causal, resulta necesaria su acreditación por quien la esgrime como factor apto para romper el nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño alegado.

En efecto, **el dolo o culpa de la víctima como circunstancia determinante de la causación del daño es un hecho que correspondía acreditar a la Administración municipal**.

DCJA 94/2007 pár 40-41

A la vista de todo cuanto queda expuesto, se acredita que no es el funcionamiento anormal del servicio el causante del lamentable accidente, sino que fue el comportamiento, cuanto menos despreocupado y desatento, **de la víctima la causa determinante del resultado lesivo,** pues ésta, **ignorando las advertencias existentes y sin atender a las condiciones estructurales de la instalación que exigían prudencia, eludió sujetarse al pasamanos para descender por la escalera**, situándose en su bordillo, colocándose de este modo en una situación de riesgo que, a la postre, resultó fatal.

DCJA 48/2007 pár. 68

Considera seguidamente que constituye una dificultad intrínseca poder atribuir la participación del ahora reclamante en el ejercicio recreativo supuestamente lesivo —que se desarrollaba en un ambiente de esparcimiento, desprovisto ya de las rigideces y formalidades que pueden ser más explicables en un ambiente estrictamente laboral—, a cualquier otra causa que no fuera su libre y real voluntad de hacerlo; sin que resulten apreciables los ambivalentes factores o motivos de índole interna que pueden alentar, forzar o inhibir a un sujeto en su comportamiento ante sus compañeros de trabajo, incluidos los responsables del mismo; siendo evidente que el margen de autonomía personal cobra mayores cuotas fuera del estricto entorno de trabajo.

Cabe señalar que, incluso en circunstancias de presión social, el individuo no dejará de sopesar, aun inconscientemente, factores concretos, tanto externos como internos, tales como las características del ejercicio a realizar y estado físico del momento, antes de tomar parte en él, de forma que no quepa dudar de su libertad de decisión última.

Se puede entender, por tanto, que **fue la adhesión espontánea del reclamante a participar en el ejercicio y no la invitación —incluso aunque fuera dirigida concretamente a su persona—, el factor eficiente del resultado lesivo**.

DCJA 116/2007 pár. 23-25

Conviene señalar, antes que nada, que estamos ante un supuesto de daño involuntario y no buscado por la persona que lo sufre. También, que la supuesta **negligencia de la víctima no se encuentra en modo alguno probada por la Administración municipal** que se limita a declararla, sin que la misma pueda darse por acreditada a la vista de las pruebas incorporadas al expediente.

DCJA 129/2007 pár. 28

Por otra parte, la amplia acera permitía el tránsito sin necesidad de acercarse al citado elemento de mobiliario urbano, y resulta difícil sostener que la reclamante no conociera su colocación cuando vive en los alrededores y pasa por la zona diariamente cuando acude a su centro de trabajo —sin que haya motivos para pensar que ese día alteró su itinerario por alguna razón desconocida—.

En suma, la inclinación del arcón pone de manifiesto la existencia de una **pequeña irregularidad**, y tal defecto es imputable al funcionamiento de un servicio público del que es titular el Ayuntamiento de Getxo, pero tal irregularidad podía ser **perfectamente salvada sin ninguna dificultad por una persona mínimamente atenta a su propio deambular.**

Por tanto, o bien la víctima iba distraída o bien al cruzar la calzada por un sitio in idóneo —ya que no lo hizo por el paso de cebra próximo— tuvo que apresurarse lo que le impidió percatarse del obstáculo que defendía el acceso a la acera desde ese lado de la calzada.

Atendidas todas estas circunstancias, debe excluirse la existencia de un nexo causal entre el daño y el servicio público municipal, pues una diligencia simple de la reclamante hubiera evitado el choque.

DCJA 49/2007 pár. 34-37

4. ANTIJURIDICIDAD

Este deber de soportar el daño se deriva de la esencia misma de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues cualquiera que sea la forma en que se explique su fundamento (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) **no es coherente con el mismo que la Comunidad cubra los daños que, proviniendo de causas ajenas al tráfico administrativo, no hayan podido evitarse a pesar del funcionamiento normal del servicio público de extinción de incendios, salvamento o de atención de emergencias**.

DCJA 5/2007 pár. 30

En efecto, puede sostenerse que el Derecho impone a la víctima la obligación de soportar los perjuicios derivados de eventos desencadenados por causas ajenas al funcionamiento del servicio público concernido, aunque, con posterioridad a la producción de dichos eventos, intervenga aquél sin éxito, siempre que tal intervención pueda considerarse funcionamiento normal del servicio público.

La Comisión ha destacado que ese deber de soportar el daño deriva de la esencia misma de **la institución de la responsabilidad patrimonial** de la Administración, pues cualquiera que sea la forma en que se explique su fundamento (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) **no es coherente con el mismo que la Comunidad cubra los daños que, proviniendo de causas ajenas al actuar administrativo, no hayan podido evitarse a pesar del funcionamiento normal del servicio público concernido.**

Si analizadas las características del concreto servicio público afectado por la reclamación se concluye su funcionamiento normal, no podrá atribuirse a éste el daño alegado, pues 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 con ocasión (pero no como consecuencia) del funcionamiento del servicio público.

En suma, en los casos señalados, el servicio público funciona como escenario donde acaece el daño pero éste no puede atribuirse a aquél lo que conlleva que no pueda reputarse acreditada la relación jurídica causa/efecto que exige el requisito del nexo causal en el instituto de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, ni tampoco quepa considerar el perjuicio alegado como daño antijurídico.

DCJA 9/2007 pár. 60-63

Los propietarios de los garajes han sufrido un daño que no tenían por qué soportar, ya que **la satisfacción de un fin público**, como lo es de la construcción de viviendas sociales, **no podía hacerse con lesión de su derecho**. Es de ver que durante casi 8 años se han visto privados del uso y disfrute de las plazas de aparcamiento. Hay que señalar, además, que para el acceso al garaje estaba constituida una servidumbre de paso en el terreno donde se han construido aquellas, y la intensidad de la limitación impuesta por las obras ha sido de tal entidad, sobre todo por el tiempo en que se han prolongado, que justifica sin lugar a dudas la procedencia de la indemnización por los perjuicios derivados de la imposibilidad material de su ejercicio.

DCJA 92/2007 pár. 50

Esta Comisión ha manifestado en numerosas ocasiones que una caída derivada de **un tropiezo en un obstáculo de dimensiones insignificantes** entraña un daño no antijurídico, que debe soportar el administrado, y ello, porque no se puede preten-

der que la totalidad de las vías, aceras, calles o paseos se encuentren absolutamente perfectos en su estado de conservación y mantenimiento.

DCJA 129/2007 pár. 34

Pues bien, esta Comisión no comparte el parecer expresado por la propuesta de resolución en el sentido de que procede desestimar la indemnización solicitada, ya que no existe deficiencia en la instalación y las condiciones meteorológicas de aquél día, en las que el viento arrastró la lluvia hasta ese punto, son la causa decisiva y eficiente en la producción del resultado lesivo, convirtiéndose en una causa de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a la Administración. Además, añade, el interesado era consciente de la lluvia y aceptó el riesgo que suponía realizar la actividad deportiva en esas circunstancias.

Respecto al primer argumento, cabe señalar que no existe en el expediente ningún hecho o circunstancia que permita estimar un supuesto de fuerza mayor, ya que nada hace pensar que la lluvia de ese día era de una intensidad anormal, poco usual o excepcional. Como viene reiterando la jurisprudencia, **en la fuerza mayor destaca la excepcional gravedad o inevitabilidad de un acontecimiento normalmente insólito y no razonablemente previsible. Por ello, el que la precipitación en forma de lluvia sea abundante no es suficiente para considerar el hecho como imprevisible**.

De este modo, en el supuesto que nos ocupa, como ya hemos dicho, no concurrió fuerza mayor dado que los valores pluviométricos que se recogen en los informes del Centro Meteorológico Territorial en el País Vasco indican que ese volumen de lluvia es algo normal en la ciudad de Bilbao.

DCJA 51/2007 pár. 27-29

En efecto, **no habiéndose declarado la ilegalidad de la actuación de la Administración, ni que hubiere ejercido sus potestades de apertura del expediente disciplinario y consiguiente suspensión cautelar de una forma arbitraria o irrazonable, esta Comisión entiende que no cabe calificar la situación de antijurídica** ni, por tanto, que sea susceptible de ocasionar un daño con el carácter de lesión técnica resarcible en el marco del instituto de la responsabilidad patrimonial.

[…]

La propuesta de resolución, centrándose en la suspensión cautelar de funciones, considera, por su parte, que la situación del interesado no constituye un daño sino que es una carga que tiene el deber de soportar, ya que había indicios suficientes de que el mismo pudiera haber cometido una acción delictiva y la adopción de la medida cautelar aparecía justificada y fue proporcionada a las circunstancias concurrentes en el supuesto.

Planteada así la cuestión, esta Comisión comparte el parecer del órgano consultante, pues tanto la incoación del expediente disciplinario como la suspensión provisional acordada tienen su fundamento en el estatuto jurídico legal al que se encuentra sometido el reclamante como funcionario policial, teniendo el mismo el deber de soportar las consecuencias inherentes a una situación cuyos derechos y deberes se encuentran delimitados legalmente.

[…]

La circunstancia de que posteriormente no se produjera una incoación efectiva del procedimiento penal, ni un fallo condenatorio subsiguiente, limitándose a decretar el juez del caso su archivo provisional, no hace, ni mucho menos, que la decisión resultara incorrecta.

Debemos recordar, en ese sentido, que el Auto de archivo provisional confirma la existencia de unos hechos que pueden ser punibles y procede al archivo provisional por insuficiencia de las pruebas de cargo y no por que haya quedado probada la falta de participación del reclamante en los hechos. Y cabe añadir que el resultado de la prueba pericial practicada, la pericial informática de fecha 26 de septiembre de 2003, fue negativa porque el sistema no aportaba suficiente información y que no se practicó la pericial caligráfica porque el texto manuscrito era muy escaso para que la pericia diera un resultado de interés. En relación con esas pruebas el Auto de archivo provisional dice «de la pericial practicada no se puede asegurar ni descartar que el autor de dichas alteraciones haya sido el agente[…]».

Es evidente, en suma, que la Administración, al proceder a la incoación del expediente disciplinario, actuó en el ejercicio de su potestad disciplinaria, para enjuiciar y, en su caso, sancionar las posibles infracciones que pudieran haber cometido los funcionarios que se encuentran ligados a ella por una relación de servicio, siendo su obligación la de investigar las conductas que pueden resultar contrarias a la deontología profesional siguiendo el correspondiente procedimiento en el que se preserven las garantías constitucionales establecidas por el artículo 24.2 CE, con los matices a los que suele hacer referencia el Tribunal Constitucional, cuando menciona este tipo de procedimiento administrativos.

Lo mismo cabe decir de la adopción de la medida cautelar de suspensión. El artículo 84.1 de la LPPV dice: «Con carácter excepcional, la suspensión provisional podrá acordarse como medida cautelar durante la tramitación de un procedimiento disciplinario o judicial, mediante resolución motivada del órgano competente, cuando así lo exija la protección del interés público, y se declarará preceptivamente si contra el funcionario se hubiera dictado auto de prisión». Y el apartado 2 del mismo artículo que: «El tiempo de suspensión provisional no podrá exceder de seis meses, salvo en caso de paralización del expediente disciplinario imputable al interesado o que la finalización de éste se halle pendiente de la resolución definitiva de un procedimiento penal por delito dolosa que se tramite por los mismos hechos, pudiendo prolongarse, en este último caso, hasta que concluya el expediente disciplinario. Cuando la

suspensión tuviera lugar por haberse dictado contra el funcionario auto de prisión, se prolongará hasta tanto recaiga sentencia o se decrete la libertad».

A la vista del atestado y de la normativa que hemos citado, cabe afirmar que la medida cautelar aparece justificada en su adopción y, teniendo en cuenta la tramitación de las Diligencias Previas, en su duración.

La gravedad de la posible conducta delictiva, una malversación de caudales públicos, que es altamente impropia de una agente policial, y la posibilidad de que al permanecer en servicio pudiera obstaculizar la labor investigadora, dan fundamento suficiente a la medida.

Como dejó expresado la STC 234/1991, de 10 de diciembre: «La tarea propia de la policía gubernativa es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros».

Además interesa señalar que la medida suspensiva, una vez se tuvo conocimiento por el órgano disciplinario de la absolución penal, fue inmediatamente levantada, quedando plenamente restablecidos los derechos del reclamante.

A la vista de cuanto antecede, la Comisión concluye, por consiguiente, en que la obligación legal de denuncia penal activada por parte del servicio policial resultaba justificada con base en las circunstancias del caso, con el correlativo deber del reclamante de tener que soportar la verificación de los hechos que se denunciaban. Y que la apertura del expediente disciplinario y la medida de suspensión cautelar derivaban como legalmente inexcusables de la actuación anterior.

DCJA 46/2007 pár. 31-54

Véase DCJA 143/2007 pár. 54-55

5. INDEMNIZACIÓN

Por daños materiales

Ahora bien, como hemos señalado, para que el daño cuyo resarcimiento se pretende pueda ser considerado lesión (en su sentido técnico-jurídico, de daño antijurídi-

co) ha de estar vinculado causalmente al funcionamiento —normal o anormal— del servicio público, que en el supuesto examinado está conectado con la construcción de un aparcamiento subterráneo en el subsuelo de una plaza o vía pública, que forma parte del dominio público local, a fin de satisfacer las necesidades de estacionamiento de vehículos de los residentes o de visitantes temporales —aparcamientos de rotación—.

[…]

En cuanto a la extensión de los daños y su valoración, esta Comisión estima que **procede acoger la que realiza en su informe el arquitecto** don. J.A.T.B., **redactado tras examinar *in situ* los daños, porque evalúa con precisión el importe de la reparación de los perjuicios ocasionados por la construcción del aparcamiento**.

El presupuesto aportado por el reclamante está elaborado por …, pero no está firmado por nadie, sin que se sepa cuáles son los conocimientos técnicos de quien lo ha redactado, y sugiere una reforma superior a la que exige la mera reparación de los daños.

DCJA 148/2007 pár. 23 y 45-46

Por lesiones

En este caso, a la vista de la discrepancia entre la reclamante y la cuantificación efectuada por la Administración Municipal, la **Comisión otorga especial consideración a la valoración efectuada por la Administración** que se realiza teniendo en cuenta el informe emitido por el médico municipal, una vez examinados los informes médicos aportados con la reclamación y a la persona interesada. Las razones que avalan esta postura son (i) que el cálculo indemnizatorio de la reclamante no esta justificado y (ii) que los documentos aportados no fijan los días impeditivos y no impeditivos, no acreditándose tampoco las secuelas por las que se reclama.

DCJA 11/2007 pár. 43

Así, a la vista de la discrepancia entre la reclamante y la Administración sobre los días de baja y su determinación en impeditivos y no impeditivos, con carácter previo debemos tener en cuenta que **el período de sanidad de las lesiones va desde el accidente hasta que aquellas se estabilizan, resultando que es a partir de ese momento cuando surge la secuela que por definición supone la imposibilidad de mejora.**

Por ello, la sanidad de las lesiones y la baja son dos conceptos que no tienen por qué coincidir y, en consecuencia, el hecho de que la reclamante siguiese acudiendo a la consulta del traumatólogo no significa necesariamente que se tratase de una visita con baja, sino que simplemente pudo estar debida a un seguimiento del estado

de salud de la lesionada relacionado con las secuelas, o al hecho de que la fecha de alta médica suele depender de otros factores ajenos a la evolución de las lesiones.

DCJA 58/2007 pár. 28 y 29

El caso suscita, por tanto, únicamente la necesidad de concretar el *quantum indemnizatorio*, resultando que **corresponde a la parte actora**, en principio, la carga de la **prueba sobre el alcance y valoración económica de la lesión.**

DCJA 104/2007 pár. 27

Respecto a la valoración de las secuelas, esta Comisión, a la vista del expediente remitido, no puede establecer una adecuada cuantificación económica del daño en aplicación de las reglas de cálculo que hemos mencionado, ya que **el único informe médico obrante en el expediente, aunque puede ser sometido a valoración en sus aspectos médicos, no es propiamente un informe pericial valorativo; de hecho, no fija la valoración de las secuelas**. En definitiva, esta Comisión desconoce los parámetros objetivos en que se ha basado la valoración, tanto del reclamante como de la Administración y, por lo tanto, carece de los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre este aspecto.

Por lo tanto, se estima oportuno que antes de la resolución del expediente se complete éste con un informe médico-pericial que permita determinar la indemnización correspondiente.

DCJA 177/2007 pár. 32 y 33

Considera a este respecto la Comisión que del expediente no se desprende ningún dato que justifique una **imposibilidad de la reclamante para ocuparse de sus tareas habituales**, ni que dicha situación le haya acompañado, de forma continua y constante, a todo lo largo del período por el que se reclama; infiriéndose de los informes médicos, por el contrario, signos de alguna evolución, además favorable.

El grado de incertidumbre en que se sumen los citados factores, no despejados por la propia reclamante, hacen que la Comisión estime más prudente acogerse para el cálculo a la cuantía indemnizatoria básica correspondiente, en este caso la prevista para la días no impeditivos, […].

DCJA 86/2007 pár. 33-34

Por daño moral

Por último, y en orden a la cuantificación del daño, debe tenerse en cuenta que no hay criterios de valoración precisos, pues los que a tal fin establece el artículo 141.2

LRJPAC no terminan de clarificar la cuestión, dejando en manos de los órganos llamados a fijar el *quantum* un amplio margen de apreciación, que concurre con especial fuerza, entre otros supuestos, en el de los daños corporales.

En este caso se reclama el daño moral producido por el fallecimiento de la madre de los reclamantes, que por su carácter afectivo y de «*pretium doloris*» carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo, tal y como viene reiterando el Tribunal Supremo, y que ha de fijarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y en un plano de equidad.

DCJA 158/2007 pár. 80 a 81

Véase también DCJA 109/2007 pár. 49

Lucro cesante

Respecto **al lucro cesante que se reclama**, con carácter previo hemos de señalar que como viene manteniendo la jurisprudencia el perjuicio indemnizable en virtud de dicha responsabilidad **ha de ser real y efectivo, y su acreditación precisa y categórica**, sin que sean suficientes meras hipótesis, conjeturas o probabilidades vinculadas a supuestos de hecho posibles o inciertos, para lo que es imprescindible concretar su entidad real. Así, en coherencia con esa reiterada jurisprudencia, la indemnización del lucro cesante ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que, como hemos indicado, no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios, a lo que debe añadirse la exigencia de una prueba rigurosa de las ganancias dejadas de obtener, prueba que no aparece en el expediente y cuya carga corresponde a la reclamante.

DCJA 58/2007 pár. 38

Por su parte, no se considera suficientemente justificada la cantidad que se reclama en concepto, calificado por la propuesta como de lucro cesante, por los días que el vehículo estuvo paralizado, porque, al margen de remitirse, sin mayores explicaciones, a 40 días, y calcularse conforme a una tabla tarifaria con una finalidad concreta no enteramente coincidente con la causa de paralización producida por el accidente (Orden de 22 de febrero de 1993, del Consejero de Transportes y Obras Públicas, sobre tarifas de servicio público de Transporte de Mercancías de carga completa por carretera, con excepción de contenedores y grúas brazo —BOPV nº 49 de 12 de marzo—), requiere responder, **como lucro cesante, a una efectiva realidad, y no a una hipotética posibilidad, en forma de una pérdida de volumen de negocio por inutilidad del vehículo, u otra forma similar de perjuicio, que el reclamante no aporta**.

DCJA 68/2007 pár. 38

Siguiendo el orden de los conceptos o partidas de la propuesta de resolución, cabe mostrarse de entrada de acuerdo con el rechazo de la partida relativa al lucro cesante, con apoyo básicamente en la doctrina jurisprudencial que se cita, ya que, efectivamente, **la falta de aprovechamiento potencialmente comercializable del suelo, supuestamente concedido inicialmente y denegado con posterioridad, no deriva de la anulación de la licencia urbanística sino de la situación urbanística del inmueble que fue vendido al demandante**. El derecho de propiedad no es un derecho absoluto puesto que se desenvuelve dentro de las previsiones legales, en este caso, conforme a las disposiciones establecidas en las Normas Subsidiarias, por lo que la pérdida de superficie o la disminución de valor del solar no son imputables a la anulación de la licencia sino a la ordenación urbanística aprobada en su día. Las limitaciones a su propiedad vienen establecidas en los instrumentos de planeamiento que forman parte del ordenamiento jurídico, tienen el carácter de auténticas normas jurídicas que se integran en el ordenamiento jurídico, y por su condición de Normas Subsidiarias vienen a suplir los Planes Generales de Ordenación, proporcionando un mínimo de ordenación sobre clasificación y aprovechamiento del suelo, urbanización y edificación, que permite encauzar y disciplinar el desarrollo urbano, pudiendo ser calificadas de verdaderos planes, pues su naturaleza es idéntica a la de los Planes de Ordenación propiamente dichos. Las Normas Subsidiarias tienen un carácter público, son obligatorias tanto para la Administración como para los administrados, respondiendo la ordenación urbana y las licencias urbanísticas que se puedan conceder a lo acordado en las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Beasain, a las que se encuentra sometida la construcción que pretendía hacer el demandante, por lo que no procede indemnización por la partida señalada.

DCJA 53/2007 pár. 32

Otros gastos

La Comisión, a lo que ahora interesa, en el citado DCJA 73/2005 determinó la improcedencia de la pretensión referida a los gastos en los que había incurrido el reclamante **por acudir a la vía judicial** en defensa de su derecho, porque:

> Los gastos ocasionados a las partes en el seno de un proceso judicial que constituyan costas procesales (como los que aquí se reclaman) se imponen a una u otra por el Juzgador, de acuerdo con lo establecido en la norma procesal que resulte de aplicación (en este caso, el régimen es el establecido en los arts. 394 y s.s. LECivl), sin que quepa intentar en vía administrativa, a título de indemnización, una reclamación nueva sobre lo ya juzgado pues ello supone pretender que, por la vía de la responsabilidad patrimonial, se inicie, en sede administrativa, un auténtico juicio supletorio sobre costas.

ACJA 1/2007 pár. 5

Aun resultando relativamente fácil para el órgano consultante despejar mediante los datos que obran en sus archivos la duda de si la plaza, por estar vacante en el curso

reclamado, era susceptible o no de ser ocupada por el interesado —lo que no deja de merecer en este punto un reproche a la instrucción practicada, en virtud del criterio sobre disponibilidad o facilidad de la prueba, apartado 6º del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, la Comisión se ve obligada, con los datos obrantes en el expediente, a desestimar la pretensión del reclamante en lo referido también a ese punto.

En lo que concierne a los gastos de pianista (de 600 euros**), necesarios —se dice— para la práctica del instrumento de su especialidad, que tuvo que preparar para presentarse a la segunda de las convocatorias de aquella al no conocer aún el resultado del proceso entablado contra la primera, la Comisión considera justificados,** tanto por una parte el recurso al citado gasto, dada la índole de los ejercicios prácticos que se establecían de forma obligatoria en la convocatoria de 3 de febrero de 2005 (BOPV nº 37 de 23 de febrero), como también en la necesaria relación causal con su exclusión de la primera de las convocatorias, declarada ilegal, a la que no se hubiera visto obligado a acudir de haber logrado en tiempo su ingreso debido.

DCJA 31/2007 pár. 32-33

Pasando al análisis del concepto reclamado como **salarios [de una persona cuidadora]** abonados desde la fecha de salida del hospital hasta el alta médica, la Comisión estima que no cabe el abono de los mismos, dado que, tal y como consta en el expediente, la reclamante dependía con anterioridad a la fecha del accidente de terceras personas para realizar las actividades básicas de la vida diaria.

La propia declaración de la persona cuyos salarios se reclaman así lo manifiesta en la testifical practicada al declarar: «preguntada sobre las características físicas de doña …, la compareciente manifiesta que se trata de una señora de … años de edad, que se encuentra imposibilitada en silla de ruedas, tiene amputada la pierna derecha y necesita la ayuda de otra persona para realizar las tares habituales de una persona, no valiéndose por sí misma».

Por lo que esta Comisión estima rechazable el abono de los salarios pagados a doña N.P. por el periodo comprendido desde la fecha de salida del hospital hasta el alta médica, dado que el gasto por el que se reclama no ha sido ocasionado por la actuación administrativa.

DCJA 105/2007 pár. 30-32

Pago

No obstante, **deberá tenerse en cuenta** el posible abono que haya podido percibir el reclamante por cuenta de alguna **póliza de seguro** que tuviere suscrita por el ve-

hículo, a fin de no defraudar el límite del principio de indemnidad, constituido por el enriquecimiento injusto.

DCJA 177/2007 pár. 39

En el caso de que, efectivamente, acabe concluyéndose tal nexo causal, los **daños que han sido ya reparados por el Ayuntamiento**, a través de la intervención de los bomberos, podrían no ser facturados sino incluidos en el pronunciamiento como **indemnización directa o en especie** (artículo 141.4 LRJPAC), siempre que conste el acuerdo de la interesada. Se evitaría, así, un pago por parte de la comunidad de propietarios que supone el coste financiero añadido. Con los indicios actuales, lo procedente es esperar a conocer aquél nexo causal, y no facturar, mientras tanto, tales servicios. Siempre atendiendo a la normativa sobre recaudación y a la peculiaridad del caso.

DCJA 41/2007 pár. 26

A la vista de la propuesta de resolución, que incluye un pronunciamiento respecto a la obligación de la **compañía aseguradora** con la que la entidad consultante tiene suscrita póliza de responsabilidad, **la Comisión debe señalar que la responsabilidad patrimonial corresponde directamente al Ayuntamiento, siendo él el obligado a abonar la cantidad total a la reclamante**, y a las demás obligaciones procedimentales y sustantivas de Derecho Administrativo, **sin que pueda descargarlas en dicha compañía u otro tercero cualquiera**. Siempre, por supuesto, sin perjuicio de los derechos que nacen de la relación aseguradora y, de repetir el pago, o de que éste se efectúe por la aseguradora en subrogación de la Administración, garantizando la efectividad de los derechos de la reclamante sin molestia o carga para ella.

DCJA 81/2007 pár. 25

Véase DCJA 152/2007 pár. 26

6. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

[…] esta Comisión en el Dictamen de constante cita, como criterio de cierre, advirtió que la imputación de la responsabilidad a la contratista debe realizarse siempre que el régimen que para los particulares deriva del instituto de la responsabilidad patrimonial mantenga su plena virtualidad, de tal suerte que la imputación a la contratista no suponga una merma de las garantías que dicho régimen consagra para los particulares.

Porque, **la utilización por las administraciones públicas de fórmulas de gestión indirecta o de contratación para la prestación de servicios no pueden suponer,**

en ningún caso, merma de las garantías del lesionado por el funcionamiento de éstos, al ser una evidencia que el legislador no ha autorizado a modificar el sistema de responsabilidad de las administraciones públicas, de carácter objetivo, a otro regido por la noción de culpa, en función de que el daño resulte imputable al concesionario o contratista.

DCJA 77/2007 pár. 38-39

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.

[…]

En definitiva, faltando en el expediente la información necesaria para efectuar una correcta imputación, si corresponde a la Administración como titular del servicio o ha de ser asumida por la empresa concesionaria, atendidos los términos del contrato y las operaciones que requieran su ejecución, sin que podamos excluir la total ausencia de toda relación o conexión entre la lesión y la propia actividad de la Administración, será preciso partir de su derivación del desenvolvimiento del servicio público local, en tanto que se ha de garantizar siempre la indemnidad del particular que consagra el artículo 106.2 CE. Ello, sin que obste una posible acción de regreso que la Administración puede formular contra la empresa concesionaria del mercado.

DCJA 16/2007, pár. 36-43

En general hay que admitir que, **aún existiendo contratista interpuesto, las circunstancias especificas del caso examinado pueden hacer que la Administración deba responder incluso por causas ajenas a las órdenes dadas al contratista o a los vicios del proyecto**, esto es, que su responsabilidad no se contraiga solamente a los supuestos del artículo 97 LCE.

En lo que ahora importa, si el desarrollo de la obra exigía establecer un paso alternativo, es obvio que esa decisión sólo la podría haber adoptado la autoridad municipal, pues a ella compete simultáneamente facilitar la ejecución de la obra y **velar por la seguridad de los viandantes** cuando deambulen por la zona.

Se trata, en definitiva, de una cuestión en la que no es descartable que hayan concurrido la Administración y el contratista en la producción del daño, lo cual es suficiente para que en este estadio la atribuyamos por entero a la Administración, a fin de que el interesado vea satisfecho con prontitud su derecho a recibir la indemnización que le permita reparar el daño que ha sufrido, sin perjuicio de lo que se pueda extraer de otro expediente dirigido singularmente a delimitar las responsabilidades de la Administración y contratista, al cual debe ser ajeno el particular lesionado.

ACJA 3/2007 pár. 28-30

Conclusión que deriva de la imposibilidad de extraer de la documentación obrante en el expediente —entre la que no figuran ni siquiera los pliegos de cláusulas contractuales— una conclusión inequívoca al respecto, así como de la existencia de dudas razonables sobre quién debía tomar las medidas aceptables para mantener la zona en condiciones de seguridad para el tránsito.

Así, junto al incumplimiento de obligaciones que pudieran ser atribuidas al contratista, como la de la correcta señalización y el concreto establecimiento de medidas que eviten accidentes como el acontecido, 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, pasos peatonales, etc**.

DCJA 66/2007 pár. 31-32

En suma, no aprecia la Comisión que la Administración municipal, ni por acción ni por omisión, haya contribuido a la causación del daño, y ello porque, aunque se acuda a una interpretación amplia de los poderes de dirección y vigilancia de la Administración contratante en el desarrollo de las obras contratadas a fin de cumplir con las exigencias que derivan de su competencia sobre vías públicas, no puede alcanzar a supuestos como el aquí examinado en el que se trata de una medida transitoria, tomada para permitir la salida y entrada de los vecinos a su portal, mientras se colocaban las baldosas en esa zona de la calle.

No se trata, en fin, d**e la habilitación de caminos alternativos de uso general y continuado por los vecinos de la zona que, mientras duren las obras, van a cumplir la función que corresponde a las aceras y vías públicas, sino de una**

solución —transitoria y ocasional— ínsita plenamente en el ámbito de actuación y decisión exclusiva de la empresa contratista.

DCJA 77/2007 pár. 47 a 48

Véase también DCJA 93/2007 pár. 38-43

7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR SECTORES

A) Centros escolares

Tratándose en el caso de una responsabilidad concerniente a un centro público de carácter educativo, conviene recordar, así mismo, 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.

Por otro lado, la verificación de la imputabilidad a la Administración en casos como el que nos ocupa debe huir de soluciones apriorísticas, de tal suerte que ni la producción de un daño dentro del centro escolar es suficiente para atribuir sus consecuencias a la Administración titular del servicio, ni su acaecimiento ad extra o fuera del horario lectivo son, por sí solos, elementos exonerantes de responsabilidad.

En última instancia, la solución de este problema requiere la exacta ponderación de las condiciones subjetivas u objetivas, temporales o espaciales, que confluyen en el evento lesivo, que son las que, en su caso, permitirán apreciar si éste está vinculado, directa e inmediatamente, con el funcionamiento del servicio público.

[…]

En materia educativa, la imputación de responsabilidad por los daños ocasionados, ya sea dentro del recinto escolar y con motivo de actividades escolares, ya sea fuera del recinto escolar, con motivo de actividades extraescolares organizadas por el centro y llevadas a cabo por personal del mismo, **se deriva de la falta de diligencia en el cuidado de los menores por parte del personal docente encargado de su custodia**, pues como precisa la STS de 26 de febrero de 1998 (Arz. 1795), citada por los propios reclamantes, se trata de un período «durante el cual el profesorado tiene, respecto de los alumnos, el deber de observar la diligencia propia de los

padres de familia a tenor de lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil en el cuidado y vigilancia de los menores que están bajo su custodia».

DCJA 10/2007 pár. 33-36 y 46

Descendiendo nuevamente al supuesto objeto de dictamen, hay que señalar que no existe en el expediente ningún elemento que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público.

No hay que olvidar que los menores condenados ya venían acosando a la víctima que había sufrido agresiones, amenazas, insultos y había sido objeto de un aislamiento deliberado. Es obvio que la víctima no encontró en el centro un espacio de paz y seguridad para formarse y socializarse adecuadamente, al contrario por la presencia en el mismo de sus acosadores se convirtió en el lugar donde aquellos llevaron a cabo sus actos de matonismo, pero debe subrayarse que fue la actividad de estos la que provocó el daño.

Hay, por ende, **una actividad de tercero que además ha merecido reproche penal y, en su caso, una inactividad de la Administración**, y cuando esto ocurre debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial señalado en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1993 (Arz 2037):

> La intervención de tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individualizadas, subordinadas a las circunstancias específicas y peculiares de cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas. Esta prudencia judicial se acrecienta en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva «con eficacia» [art. 103-1 de la Constitución], la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado.

A este efecto, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo, ha de dirigirse a dilu-

cidar, como se señala en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (Arz. 7393) «[…] si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo». Aportándose, en la propia sentencia, el siguiente criterio metodológico: «[…] Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa».

O más precisamente, por emplear los atinados términos de la STS de 16 de febrero de 1999 (Arz. 1622), que refleja la idea del Tribunal de instancia, hay que analizar si se han cumplido «**los estándares de rendimiento medio exigibles según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo del servicio, que en la época actual impone en la enseñanza».**

El **acoso escolar** constituye una manifestación de enorme gravedad totalmente incompatible con el derecho a la educación; es más, la lucha contra el acoso escolar es un imperativo derivado del reconocimiento de los derechos humanos y de la necesidad de colocar el respeto de la dignidad de la persona como clave de bóveda del Estado de Derecho, tal y como afirma la Fiscalía General del Estado en su Instrucción nº 10/2005, de 6 de octubre, sobre acoso escolar.

Resulta incuestionable que para dar contenido a los derechos que reconoce la Convención de Derechos del Niño, los derechos fundamentales que declara la Constitución (artículos 15, 17 y 27), los derechos básicos de los alumnos establecidos por el artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (en su redacción dada por la Disposición Final Primera apartado 2 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo), o ya, por último, para cumplir los fines de la escuela pública vasca, relacionados por el artículo 3 de la Ley 1/1993 de 19 de febrero, de Escuela Pública Vasca, es necesario desterrar de los centros educativos, de forma radical, los comportamientos de acoso escolar, que suponen una quiebra *ab initio* de la posibilidad de alcanzarlos.

Ahora bien, esta Comisión no encuentra motivos para apreciar que el servicio educativo haya incumplido con su deber de perseguir y corregir cualquier atisbo de acoso escolar; al contrario, ejerció una supervisión adecuada y adoptó las medidas apropiadas para poner fin al abuso y proteger al menor teniendo en cuenta las circunstancias del caso, aunque las mismas, trágicamente, no sirvieron de mucho.

Antes que nada considera esta Comisión que los hechos deben enjuiciarse teniendo en cuenta la dificultad que tienen los adultos para detectar los fenómenos de violencia entre iguales. La Instrucción nº 10/2005 de la Fiscalía General del Estado utiliza la expresión «conspiración de silencio» para ilustrar las dificultades que las características propias del acoso escolar generan para que éste llegue a conocimiento de las instancias oficiales, ya escolares, ya extraescolares.

Desde luego el celo en la persecución de este tipo de comportamientos intolerables en el centro debe ser el máximo pero, por desgracia, el centro que debe tomar las medidas necesarias para evitar esa situación no puede actuar para combatirla si la desconoce o carece, por lo menos, de indicios de que se está produciendo (modificaciones de carácter del menor, brusco descenso del rendimiento escolar, abandono de aficiones, depresión o negativa a asistir al centro escolar).

El acoso puede manifestarse en una amalgama diversa de conductas violentas, intimidatorias o denigratorias (burlas, insultos e incluso golpes), cuya detección no es fácil. De hecho, el acoso se caracteriza, por regla general, por su continuidad en el tiempo, porque el agresor o agresores son capaces de sortear las medidas de vigilancia dispuestas por el centro.

En nuestro caso, la edad de los alumnos agresores es además un factor importante, al tratarse de personas mayores de catorce años —edad que la LORPM ha puesto como límite para la exigencia a los menores de responsabilidad penal por sus propios actos— capaces de conocer que estaban causando un daño y pergeñar los medios que faciliten su impunidad.

Tal y como refiere la Sentencia penal de constante cita, los agresores utilizaban los cambios de clases cuando no había profesorado y para evitar ser vistos por los profesores uno de ellos vigilaba las inmediaciones para que nadie se acercara.

De otro lado, cuando el centro tuvo conocimiento de la ausencia del alumno, se inicia una actuación tendente a esclarecer los motivos de la misma, se contacta con la familia, con el joven, y una vez que éste menciona a su madre la índole del acoso que padece y ésta lo comunica al centro, se llama a los presuntos agresores a los que se interroga y se cita a sus padres a una reunión en la que abordar la solución del problema.

Tampoco se aprecia que se hayan infringido posibles deberes organizativos, ni tan siquiera se ha alegado que existiera un defecto de este tipo que, en el caso de que no se hubiera producido, podría haber servido para evitar las agresiones.

La Inspección educativa constata que se han cumplido las medidas generales que rigen la actividad de estos centros (en materia de guardias, controles de asistencia, etc..), cuya adecuación, para la satisfacción del cumplimiento del estándar exigible a la actuación administrativa, es acorde con lo que cabe esperarse de su normal funcionamiento, teniendo presentes las pautas orientativas que esta Comisión ha establecido para determinarlo (no puede establecerse a partir del daño sufrido ni puede construirse sobre lo óptimo sino sobre lo razonable, aplicado en consideración a la naturaleza del servicio y las circunstancias que presente el caso).

El correcto funcionamiento del servicio docente se ve corroborado, en fin, por el sobreseimiento recaído en las diligencias penales abiertas a raíz del suceso contra el …, una …, la … y la … del aula a la que pertenecía don …

Y es importante porque, como decíamos recientemente en el DCJA nº 5/2007, aunque no se trate de la fijación de unos hechos, sino de un juicio de valor que no vincula ni a la Administración ni a los órganos de otros órdenes jurisdiccionales, el mismo está realizado sobre la base de una prueba y un análisis que abarcan aspectos fácticos relevantes para el caso, lo cual le dota de una consistencia que no puede obviarse al resolver el presente caso.

DCJA 10/2007 pár. 47-64

Volviendo al régimen de la responsabilidad civil *ex delicto*, la LORPM ha establecido una atribución legal por los hechos de los menores fijando en primer término que los responsables solidarios del menor son sus padres. La LORPM presume que los padres son responsables de los delitos cometidos por sus hijos menores, con fundamento en sus funciones derivadas de la patria potestad, y el pago de la indemnización sirve paralelamente para estimular su diligencia en el ejercicio de las mismas.

Esa función se añadiría a la principal, la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía del Estado, sobre criterios de aplicación de la LORPM, alude en su epígrafe XII a la regulación que aquella establece en materia de responsabilidad civil y destaca la especial atención que presta a la reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción penal cometida por el menor, en la medida en que «la satisfacción de las consecuencias civiles del acto infractor, o, al menos, el reconocimiento del daño y la disculpa ante los perjudicados, son considerados por la Ley factores positivos, no sólo cara a la efectiva protección de las víctimas, sino también para la educación del menor».

Desde luego descartada la de la Administración, tal atribución sería coherente también con la regla del apartado 2 del artículo 1903 CC, pues la actuación de los padres conforma la culpa del artículo 1902 del Código Civil. Según la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por todas STS de 11 de marzo de 2000-Arz. 1520, «resultan responsables los padres que ostentan la patria potestad, al ser el causante menor de edad y vivir en su compañía, tratándose de una responsabilidad por semi-riesgo, con proyección de cuasi-objetiva que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de cometerse el hecho (SS. de 10-3-1983 [RJ 1983, 1469], 22-1-1991 [RJ 1991, 304] y 7-1-1992 [RJ 1992, 149]). Se trata de culpa propia de los progenitores por omisión de los necesarios deberes de vigilancia y control de sus hijos menores de edad (Sentencias de 24-3-1979 [RJ 1979, 919], 17-6-1980 [RJ 1980, 2409], 10-3-1983, 7-1-1992 y 29-5-1996)».

La responsabilidad de éstos, por culpa **«in vigilando»** o **«in educando»**, parece deducirse sin excesivo esfuerzo de lo señalado por la Sentencia de la Audiencia Provincial, cuando fundamenta la medida con la que va a sancionar el comportamiento delictivo de los menores [Fundamento de Derecho Quinto, apartado IV, letra A)] juzgando que «la estructura familiar se ha revelado como un ámbito insuficiente para servir de marco de contención de los menores (vertiente preventiva) e inadecuado para transmitir

un explícito mensaje de «responsabilización» de los menores por la conducta de grave afección de la dignidad y la salud mental de […] protagonizada (vertiente reactiva)». La actuación de los padres de los menores, que duda cabe, es objeto en ese mismo Fundamento de un severo reproche por parte de la Audiencia Provincial.

En este contexto encaja mal que las consecuencias indemnizatorias de la conducta de los menores las deba asumir la Administración educativa y, por extensión, el conjunto de los ciudadanos.

En suma, el evento dañoso no guarda relación con el actuar de la Administración sino que es consecuencia directa de la actuación delictiva de terceros, sin que esté acreditado en modo alguno que dicha conducta delictiva venga facilitada por un incumplimiento, ni siquiera parcial, o un cumplimiento negligente de los deberes de vigilancia y control que corresponden a la Administración.

DCJA 10/2007 pár. 69-74

Se puede señalar que el **desenvolvimiento de la actividad recreativa en los centros docentes no genera, por regla general, responsabilidad de la Administración, siempre que se conduzca por los cánones socialmente admitidos y el riesgo creado sea consustancial a dicha actividad y por ende asumido por la colectividad, existiendo en dichos casos el deber jurídico de soportar el daño. Por el contrario, se deberá entender que no concurrirá el deber jurídico de soportar el daño cuando la Administración introduzca o admita la existencia de algún elemento de peligrosidad en el desarrollo de dichas actividades, de tal manera que el riesgo por las mismas creado supere el que le es propio y resulte socialmente aceptado** (DCJA 13/2000).

Centradas las circunstancias especiales del accidente objeto de esta reclamación, la Comisión no aprecia que pueda conectarse causalmente el daño producido con el servicio público, ni tampoco que se hayan rebasado los márgenes de riesgo socialmente admitidos y asumibles por la propia colectividad de usuarios del servicio público educativo.

Para ello, se debe tener en cuenta que el alumno, aun en horario lectivo y por tanto sometido a la disciplina del centro —por la responsabilidad del profesor que le atendió tras el accidente, dentro de la franja horaria del almuerzo—, no se encontraba, en el momento del acaecimiento, en ninguna actividad física escolar organizada, sino en el rato de **expansión posterior al de comedor**, habiendo llegado a alcanzar el frontón junto con otros escolares por las escalinatas que lo separaban del edificio, con anterioridad a la llegada de la responsable, donde procedían a realizar juegos libres y propios de su edad.

En un momento concreto, el reclamante se colgó de la portería y, bien por resbalarse o por efecto de su propio peso, cayó al suelo en mala postura, causándose las lesiones.

El servicio educativo contaba en esos momentos con personal al cuidado de los niños, como era el responsable del comedor, que atendió con inmediatez al alumno; responsable al que, a pesar de la corta edad y natural vitalidad de menores como el accidentado, **no resulta exigible con respecto a sus deberes de cuidado** —que se deben atemperar al contexto en el que se encontraban cuando el accidente acaeció—, **una vigilancia personalizada de cada uno de aquéllos.**

DCJA 38/2007 pár. 22 a 26

Tratándose de **niños de tan corta edad** —niños y niñas como la accidentada de entre los cuatro y cinco años, no capaces por sí mismos de sopesar los peligros de sus propios actos ni la forma de evitarlos—, **una adecuada satisfacción de sus necesidades de seguridad demanda la atención continuada del personal del centro**, extremando la vigilancia para impedir la materialización de accidentes como el acaecido.

Aunque la propia organización del servicio ha previsto, precisamente por tales motivos, que reciban la atención señalada, existiendo un número de profesoras encargadas de la vigilancia de los menores que no cabe presumir resultara inadecuado, las circunstancias del caso han puesto de relieve, sin embargo, que la prestación del servicio de vigilancia no ha operado o no ha resultado todo lo efectiva que cabía esperar; vigilancia que, reiteramos, debe ser acorde con la edad de los alumnos.

Debiendo partir la Comisión, como elemento de prueba prácticamente exclusivo a la hora de analizar las circunstancias que rodearon al accidente, de las declaraciones de las profesoras que tenían encargada la tarea de asistir a los menores durante el tiempo de su recreo, cabe inferir de su testimonio algunos aspectos que remiten al factor de la vigilancia o custodia señalado más atrás como elemento componente de las características del servicio educativo.

Así, en primer lugar, no resulta posible señalar con seguridad el aparato concreto —un columpio de pie, con arreglo al testimonio de una profesora; un laberinto enrejado o escalera sueca, según el testimonio gráfico incorporado por la dirección del centro y escrito de alegaciones hecho en nombre de la reclamante— en el que se encontraba subida la menor cuando aconteció su caída; lo que da muestra de que en los momentos previos al accidente la menor se encontraba fuera del control visual de las tutoras.

Aun cuando resulte excesivo exigir de los profesores una vigilancia personalizada de cada alumno allí donde se encuentre a todo lo largo de un espacio recreativo más o menos amplio, no parece desproporcionado concentrar el celo en aquellos puntos donde el desarrollo del juego pueda constituir un foco de peligro potencial, como es el uso de las instalaciones o aparatos recreativos, donde la exposición de los menores, en niños de la edad de la accidentada, resulta más patente; y aun siendo forzoso reconocer siempre la posibilidad de que

concurran circunstancias concretas que dispensen, aun en dichos puntos, de la prestación de una atención continuada de los escolares por parte de los profesores.

En este sentido ninguna de las dos profesoras encargadas de la vigilancia, al parecer, de dos grupos de alumnos de cinco años, que se encontraban jugando en el recinto, observaba las maniobras de la menor, subida a uno de los aparatos, de lo que se percataron, al decir de las mismas profesoras, solo después de la caída, al oír una de las encargadas un llanto a sus espaldas y algún signo externo de haber sufrido una posible caída.

Dicha circunstancia, aun aislada, permite constituir, en opinión de la Comisión, una imputación de responsabilidad objetiva suficiente de la Administración educativa en el caso estudiado, al margen de componentes culpabilísticos subjetivos, tal y como señala la Ley, dada la corta edad de la menor y resultado lesivo del accidente; que hay que recordar, guarda frente a los menores, cuando no se hallan bajo el amparo de sus padres sino bajo el control del centro, los deberes de custodia legal en sustitución de aquéllos.

DCJA 47/2007, pár. 17-23

B) Función pública

Dilaciones en procesos selectivos

Las **reclamaciones han sido formuladas por funcionarios públicos**, por lo que antes que nada conviene recordar que, con carácter general, las incidencias sobrevenidas en el ámbito estatutario y en su régimen de prestación de servicios deben ser sustanciadas, primariamente, en el seno de esa relación específica, y no a través del régimen de responsabilidad patrimonial.

Existe en la actualidad una relación de sujeción especial que, en cuanto funcionarios, une a los interesados con la Administración General de la Comunidad Autónoma, por lo que cualquier reclamación de daños patrimoniales debe valorarse en primer lugar en el marco de la normativa estatutaria aplicable, con preferencia a cualquier otra normativa general, como es la relativa a la responsabilidad patrimonial, ámbito en el cual los daños individualizados que, en su caso, se hubieren producido sólo serían indemnizables si hubiesen sido causados por una actuación anormal de la Administración que el funcionario, como tal, no tuviese el deber jurídico de soportar.

Como hemos dicho de forma reiterada, en una doctrina que ya fue enunciada en el DCJA 37/1999 (párrafos 22 a 24), el régimen general de la regulación contenida en los artículos 139 y ss de la LRJPAC, donde se contempla la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, «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 nuestro caso, **las reclamaciones realizadas encuentran su apoyo en circunstancias que en rigor se produjeron con anterioridad al acceso a la condición de funcionarios de carrera** —aunque salvo en un caso todos estaban prestando servicios en la Administración General de la Comunidad Autónoma— y no tienen que ver con daños o perjuicios sufridos u ocasionados por razón del servicio público que prestan —aunque las peticiones se formulan en términos de reconocimiento de derechos funcionariales—, **en los que es neutra su condición de funcionario y sustantiva su condición de ciudadanos.**

En ese sentido, las pretensiones relativas a derechos profesionales propios de la relación estatutaria funcionarial, como tales, se encuentran ante el obstáculo de que la legislación aplicable no ha previsto, en modo alguno, en los supuestos en los que el proceso selectivo se prolongue más allá de un determinado periodo de tiempo, una regulación adecuada que dé amparo a las mismas.

De otro lado, algunos de los reclamantes, en vez de ejercitar una acción dirigida a combatir el nombramiento y la toma de posesión, que se encuentran sometidos al régimen general del artículo 57 de la LRJPAC, para exigir frente al apartado 1 (los actos producen efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa) la aplicabilidad de la regla excepcional dispuesta en su apartado 3 (podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se den las circunstancias que prevé), han solicitado esa retroacción de efectos (sin analizar si se cumplen los requisitos dispuestos por la Ley) como reparación en especie, acudiendo a la responsabilidad patrimonial como cauce residual para obtener ese mismo resultado —otra cosa es que tal vía pueda servir para ese propósito—.

Es esa condición la que abre la puerta al enjuiciamiento en sede de responsabilidad patrimonial y ningún problema hay en considerar a los reclamantes como «particulares» a los efectos del régimen de responsabilidad patrimonial, al tratarse de daños que no se encuentran cubiertos por el régimen estatutario, sin que puedan sustanciarse en el ámbito de la relación jurídica que les une con la Administración.

DCJA 143/2007 pár. 23-29

Las personas reclamantes atribuyen el perjuicio sufrido a la **dilación indebida en el respectivo proceso selectivo**, que imputan a la Administración.

[…]

Dicho esto, hemos de empezar por recordar que en el caso que nos ocupa **no existían plazos para todas las actuaciones intermedias, ni un plazo general de resolución. Es por ello que difícilmente se puede afirmar que la Administración**

haya incumplido plazo alguno; ni existía plazo legal ni en la convocatoria se fijó un periodo para la conclusión definitiva del proceso con la resolución definitiva de nombramiento y la adjudicación de las plazas.

Algunos trámites intermedios sí tenían plazo determinado en las bases reguladoras del proceso, pero no se plantea su incumplimiento, sino que la demora se achaca a la inactividad del procedimiento completo.

Es difícil establecer el estándar medio de este tipo de procedimientos, porque no todos ellos responden a unas mismas características: el número de plazas convocadas, el diseño del proceso selectivo y sobre todo el número de aspirantes condicionan en gran medida su duración.

En la actualidad, cabe mencionar que el artículo 70 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico de la Función Pública, señala que la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años. Esta sería la demora «inercial o institucional» (por utilizar los términos de la STC 206/1993, de 22 de junio) inherente a un sistema en el que deben articularse importantes garantías no sólo en beneficio de la Administración sino en el de todos los participantes en el procedimiento selectivo (convocatorias, listas de admitidos y excluidos, nombramiento de Tribunales, celebración masiva de pruebas selectivas, valoración de méritos, listas provisionales, reclamaciones, listas definitivas, elección de destinos).

La duración total del procedimiento analizado ha sido de 6 años y aunque pudiera llegarse a estimar que se ha rebasado el estándar medio ello no sería suficiente para entender anormal la duración, en la medida en que la paralización estuviera justificada.

Cuando se dicta la Orden de 24 de abril de 2002, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, es obvio que no cabe acusar a la Administración de indiligencia o pasividad, ya que ha dado cumplimiento a lo dispuesto en las bases con verdadera rigurosidad, habiendo culminado prácticamente su actividad los órganos encargados de juzgar los méritos y la capacidad de los aspirantes.

Son los motivos esgrimidos para la suspensión en dicha Orden los que son específicos del caso, esto es, los que lo hacen distinto y diferenciado de cuantos otros pudieran celebrarse, ya que responden a cuestiones que afectan en exclusiva al procedimiento que se esta dilucidando.

Efectivamente, el retraso se ha debido a circunstancias singulares, al quedar afectado el proceso por incidencias judiciales muy acusadas.

En concreto los motivos que provocan la paralización son, como venimos reiterando, dos:

a) La existencia de sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, favorables a la aplicación, a varias personas opositoras, de la Disposición Transitoria Cuarta de

la Ley de la Función Pública Vasca. Si bien estas sentencias están recurridas en casación ante el Tribunal Supremo, existen autos de ejecución provisional de varias de ellas;

b) Los puestos vacantes para ofertar a las personas seleccionadas no pueden ser determinados, por estar condicionados a la ejecución de sentencias recaídas en recursos contencioso-administrativos, contra la Orden de 31 de marzo de 1998 y a la resolución del concurso de traslados, convocado por la Orden de 14 de septiembre de 2000.

[…]

No sólo formalmente, sino tampoco materialmente, cabe apreciar que el retraso o aplazamiento sea consecuencia de un funcionamiento irregular de la Administración. Ni siquiera en el supuesto de que la Administración no hubiera dictado las resoluciones que hemos citado, se puede afirmar que haya observado una actitud omisiva e incumplidora del procedimiento que pueda tacharse de injustificada y carente de fundamento.

Iniciaremos el examen por el segundo motivo expuesto en tanto que su operatividad concluyó antes, tal y como se deduce de la Orden de 24 de marzo de 2004, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, que da continuación al procedimiento para los Cuerpos que no se encuentran afectados por la disposición transitoria 4ª de la Ley 6/1989.

Luego analizaremos el primero, achacable también a actuaciones judiciales con incidencia directa en el procedimiento y que fueron despejadas más tarde.

i) La incidencia de las actuaciones judiciales relativas a los concursos de provisión de puestos

Como hemos adelantado, la Administración basa la inactividad en el proceso selectivo en la incidencia que presentaban las actuaciones judiciales relativas al concurso de provisión de puestos convocados en 1998 y 2000, afectando la alteración del resultado del primer concurso al segundo y las plazas que, finalmente, resultasen vacantes a las susceptibles de ofertarse en los procesos selectivos a que se refieren las reclamaciones que nos ocupan.

La demora en la toma de posesión del concurso convocado en el año 2000 ya fue objeto de nuestro análisis (DCJA 16/2005), concluyendo el carácter no indebido de la misma. Indirectamente, por tanto, la cuestión está resuelta. Decimos indirectamente por cuanto allí se trataba de la demora en la toma de posesión del propio concurso, la cual, por cierto, se había determinado previamente con fecha cierta, mientras que aquí se trata de su incidencia en otro proceso, el selectivo convocado con posterioridad.

Como allí decíamos, dictada sentencia sobre las bases del primer concurso citado, al alterar, previsiblemente, el resultado de adjudicaciones de puestos, condicionaba al de 2000, en un doble sentido: por una parte, los adjudicatarios del concurso de

1998 no lo podían ser simultáneamente del de 2000 —por lo que una eventual adjudicación en el primer concurso era incompatible con otra adjudicación en el segundo— y, por otra, las plazas que se ofrecían en el procedimiento de 2000 eran, en parte, las que habían resultado desiertas en el de 1998 —por lo que, de ser adjudicadas en el de 1998, no podrían ofrecerse en el de 2000 .

Teniendo en cuenta estas circunstancias, era previsible que la ejecución de aquella Sentencia afectara —como realmente sucedió— al concurso de 2000. Así, a consecuencia de la Sentencia se proveyeron ciertos puestos que antes habían quedado vacantes y se adjudicaron plazas a concursantes que en un primer momento no habían obtenido destino a través de este procedimiento.

Considerando estos cambios, la Orden de 9 de octubre de 2003, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se reanuda el concurso convocado por la Orden de 14 de septiembre de 2000 (BOPV nº 200, de 14 de octubre), deja sin efecto ciertas adjudicaciones, ofrece a los concursantes que hubieran obtenido plaza en ambos procedimientos la posibilidad de optar por una de ellas y establece, finalmente, la nueva fecha de toma de posesión.

Es decir, nos encontramos ante un proceso de provisión que resultó afectado por las incidencias judiciales de otro anterior, a través del dictado de las diversas órdenes de la Consejera de Hacienda y Administración Pública que hemos reseñado (primero, señalando una la fecha para la toma de posesión, después, aplazándola y, finalmente, señalándola, de nuevo, tras las modificaciones operadas en los concursos, como consecuencia de la decisión judicial).

Respecto a esos procesos de provisión consideramos en su momento que, como se desprende de la relación de circunstancias que han quedado expuestas, el retraso o aplazamiento de la toma de posesión en los nuevos destinos adjudicados no se ha producido como consecuencia de un funcionamiento irregular de la Administración, en el sentido de que ésta haya observado una actitud omisiva o incumplidora del procedimiento. Efectivamente, se observa que las distintas órdenes que se han dictado han sido motivadas por las previsiones efectuadas sobre los procedimientos convocados, habida cuenta de las decisiones que estaban recayendo en el procedimiento judicial en marcha, del que había resultado una Sentencia parcialmente estimatoria.

En esta consideración debe tenerse en cuenta la complejidad inherente a todos los procesos de esta índole, en los que las decisiones sobre determinadas plazas y adjudicaciones afectan a los procesos subsiguientes, así como la actuación de los órganos responsables del Departamento de Hacienda y Administración Pública.

En síntesis, la no oferta de plazas a los aspirantes aprobados en tanto no culminaran los procesos de provisión de puestos resultaba necesaria, y tal demora debe ser soportada por los luego seleccionados, impidiendo considerarla como lesión resarcible.

ii) Las actuaciones relativas a la disposición transitoria cuarta de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca (LFPV).

La complejidad del proceso se ha debido a los numerosos recursos interpuestos por los propios aspirantes, en legítimo ejercicio de su derecho, que son los que en último término han impedido el normal desarrollo y resolución del procedimiento. De suerte que no puede derivarse una responsabilidad patrimonial de la Administración que actuó, a juicio de esta Comisión, dentro de «los márgenes razonables de apreciación».

La Administración mantuvo la paralización de los procedimientos, ante la incidencia que el criterio judicial tendría, una vez ejecutorio, en la resolución de los procesos selectivos.

El criterio seguido además fue inequívoco, y así se deduce meridianamente de lo señalado por la Orden de 24 de marzo de 2004, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se reanuda el procedimiento selectivo derivado de la Oferta de Empleo Público del año 2000 para el Cuerpo Superior Facultativo/Licenciados en Ciencias de la Información, Cuerpo Superior Facultativo/Ingenieros Industriales, Cuerpo Superior Facultativo/Traductores, para el Cuerpo Técnico de Grado Medio/Ayudante Técnico Sanitario, y el Cuerpo Técnico de Grado Medio/Arquitecto Técnico, a la vista de que los procesos selectivos para su ingreso «no cuentan con personal aspirante cuya valoración de méritos pudiera ser alterada por la Disposición Transitoria 4 de la Ley 6/1989 de 6 de Julio, o bien su incidencia es irrelevante para la resolución del proceso selectivo por no alterar el resultado del mismo».

Así, la incidencia de las actuaciones referidas al ámbito personal y términos de aplicación de la disposición transitoria cuarta de la LFPV se centraba, según la argumentación planteada por la Administración, en tres aspectos:

— La reserva de puestos (apartado 2 de la disposición) que la misma implica para el personal a que se refiere, lo cual impide ofertarlos a los aspirantes en los procesos selectivos que nos ocupan.

— A las diferentes condiciones de cómputo como mérito de los servicios prestados, lo cual conlleva una diferente ordenación de los aspirantes aprobados, lo cual, a su vez, incide en el orden de los seleccionados a efectos de elección de puesto entre los ofrecidos.

— A la alteración de las personas seleccionadas en virtud del resultado de las diferentes condiciones de cómputo de méritos, obteniendo plaza un aspirante al que se aplique dicha disposición en lugar de otro aspirante.

La cuestión, en suma, es si la continuación del proceso selectivo debía ceder ante la cualificación de las incidencias que pendían sobre el mismo.

Pues bien, entiende la Comisión que el mantenimiento de la suspensión en garantía de la corrección del procedimiento y de la adjudicación conforme a derecho de las 599 plazas correspondientes a los turnos libre y minusválido a cubrir en los Cuerpos afectados por la demora no puede calificarse como de caprichosa o arbitraria.

En el supuesto de que no se hubiera suspendido el procedimiento, la ejecución de las Sentencias una vez hubieren adquirido firmeza obligaría a la realización de las actuaciones necesarias para eliminar actos que podían llegar a suponer la declaración de invalidez de los nombramientos o de las adjudicaciones realizadas.

El hecho de que su incidencia fuera mayor o menor en unos Cuerpos o en otros no invalida el argumento, ya que la Administración acogió un criterio general y uniforme, al estar en juego una aplicación igual de la misma base relativa a la valoración de los servicios prestados por el personal interino y contratado administrativo anterior a la LFPV.

Pero es que, además, no es inoportuno recordar la incidencia que sobre el conjunto del proceso tiene el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 de la CE, respecto del cual cabe traer a colación la doctrina de la STC 10/1998, de 13 de enero, luego reproducida en la STC 178/1998, de 14 de septiembre:

> Hemos afirmado que el derecho garantizado en el art. 23.2 CE es claramente un derecho de configuración legal cuya existencia efectiva sólo cobra sentido en relación con el procedimiento que normativamente se hubiese establecido para acceder a determinados cargos públicos (SSTC 50/1986 y 115/1996). Y que este derecho opera reaccionalmente en una doble dirección. En primer lugar, respecto a la potestad normativa del procedimiento de acceso y selección, permitiendo a los ciudadanos la impugnación de las bases contenidas en la convocatoria que, desconociendo los principios de mérito y capacidad, establecen fórmulas manifiestamente discriminatorias (SSTC 143/1987, 67/1989, 269/1995, 93/1995 y 115/1996). Y, en segundo, este derecho también garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, garantizando su aplicación por igual a todos los participantes e impidiendo que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC 115/1996, que cita las 193/1987 y 353/1993).

Y, sobre todo, el Tribunal dejó sentado que una vez deba corregirse la errónea puntuación otorgada a un aspirante (en este caso por los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia), «la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual», porque de no hacerlo se produce un vicio autónomo y distinto: «una cosa es el hecho de aquietarse ante una eventual infracción de la legalidad, con las consecuencias que ello tenga de acuerdo con el ordenamiento, y otra muy distinta la producción ulterior de una nueva lesión, ésta de carácter o con relevancia constitucional. La solicitante de amparo consintió el erróneo criterio de valoración, pero no un vicio ulterior y distinto, cual es el surgido con ocasión de la resolución de ese error respecto de otros concursantes, y cuya reparación no puede ser impedida con el argumento de haber consentido una infracción distinta, anterior y de menor relevancia».

A tal propósito, la Orden de 9 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se habilita un plazo para solicitar la aplicación de la disposición transitoria 4.ª, de la LFPV, de 6 de julio, de conformidad con los criterios establecidos por los Tribunales de Justicia, resulta modélica.

Difícilmente se puede reprochar de inactividad a una Administración que va tomando las decisiones necesarias en el tiempo y que se conduce con el objetivo de preservar un derecho fundamental.

Es indicio suficiente de la proyección de la citada disposición la sola constancia, según se desprende de los datos suministrados por el expediente, del número de Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en las que se estimó la pretensión de la aplicabilidad de la citada disposición a 137 aspirantes, a los que se unieron otros 70 aspirantes que lo solicitaron a través del cauce específico abierto por la Orden de 9 de diciembre de 2005, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública.

Hay que pensar que estamos ante una regla especial encaminada a facilitar el acceso a determinado personal, establecida en abstracto por el legislador tomando en cuenta la situación previa a la aprobación de la LFPV y que reúne los ingredientes para ser decisiva.

Aunque el expediente no se detiene a detallar cual ha sido la incidencia final de la aplicación en el proceso de la disposición transitoria 4ª de la LFPV para todos los cuerpos suspendidos, pues sólo se hace para el caso del Cuerpo Superior de Administración, éste análisis es suficiente para apreciar con nitidez cuáles han sido su efectos en concreto. Así, de los 391 aspirantes que superaron las pruebas obligatorias y eliminatorias, a 20 se les aplicó la puntuación de la disposición transitoria 4ª; como consecuencia de su aplicación en lo que afecta a los 43 primeros clasificados todos ocuparon un número de orden distinto (salvo en el turno minusválido) para proceder a la elección de puestos; en la lista definitiva de 37 plazas adjudicadas, dos aspirantes consiguen plaza en detrimento de otros dos que finalmente no resultan seleccionados y en 21 casos se adjudica plaza distinta

Para el resto de cuerpos no tenemos datos concretos, pero, aunque hubiera sido diferente la incidencia, consideramos que: 1) la Administración debía preservar el derecho de una igualdad de trato de todos los aspirantes que estaban en la misma situación a efectos de valorar su experiencia previa; 2) no puede juzgarse la decisión de paralizar los procesos *ex post*, a la vista de la incidencia real que la extensión del ámbito de la reiterada disposición legal ha tenido, ya que tuvo que tomarse *ex ante*.

Desde la perspectiva del interés público, la decisión de suspender también tiene un fundamento sólido.

En la mayoría de los casos —los reclamantes son un buen ejemplo de lo que decimos— las plazas iban a ser adjudicadas a funcionarios interinos que se encontraban

prestando servicios en la Administración. Adjudicarles destinos siquiera temporalmente, a expensas de la aplicabilidad o no de lo previsto en la disposición transitoria 4ª de la LFPV, tendría repercusiones organizativas serias.

La atribución de nuevos cometidos implicaría que dejarían de ejercer los que vinieran desarrollando, con el consiguiente movimiento de personal, y el tiempo que estuvieran en el nuevo puesto adaptándose a las funciones correspondientes, tanto los seleccionados como el personal interino reclutado para cubrir las necesidades que aquellos hubieran dejado desatendidas, podría resultar inútil si tuvieran que abandonarlo para ocupar otro distinto.

La adecuada continuidad en la prestación del servicio aconseja que los inevitables trasvases de personas en puestos, sobre todo cuando son numerosos, se realicen con garantías, sin que sea irrazonable sino perfectamente lógico que cuando la regularidad de los procedimientos que los articulan se encuentran sometidos a escrutinio judicial y existen decisiones de los Tribunales que corrigen su aplicación, con un importante grado de intensidad sobre el resultado final, se espere hasta que la situación quede consolidada.

Por último, también es preciso consignar que la incidencia de la repetida disposición alcanzaba al turno de promoción interna de cada cuerpo, en virtud de la previsión contenida en las bases reguladoras de los procesos selectivos, de resolución y nombramiento simultáneos, para todos los turnos de cada cuerpo y titulación. Base 8ª de las bases generales por las que se rigen los procesos selectivos que resulta vinculante tanto para la Administración como para los particulares que voluntariamente se someten a sus prescripciones y que impedía fragmentar la resolución por turnos.

Entiende la Comisión, en suma, que el tiempo transcurrido resulta justificado por la necesidad de resolver las impugnaciones formuladas en demanda de la aplicabilidad de la disposición transitoria 4ª de la LFPV, retraso que en último término obedece a la necesidad de esclarecer sus términos y al tiempo que ha ocupado en ese menester el orden jurisdiccional competente, sin que en ningún momento ni en la instancia ni ante el tribunal *ad quem* se haya apreciado que los recurrentes o la Administración, al defender su interpretación, hayan actuado con temeridad.

DCJA 143/2007 pár. 30, 36-44 y 58-91

Acoso moral

La Comisión ha tenido ocasión de examinar en su DCJA 78/2005 —reproducido en los DDCJA 100 y 101/2005— la singularidad que concurre en una reclamación de responsabilidad patrimonial cuyo soporte fáctico —como en la que ahora analiza— consiste en **la imputación por la reclamante de una actitud de hostigamiento producida por otros funcionarios policiales destinados en la misma unidad en**

la que ella presta sus servicios que pudiera ser encuadrable en la conducta para la que se ha acuñado el término acoso moral o mobbing.

En dicho DCJA 78/2005 se examinó, en abstracto y desde diversas perspectivas, la especificidad de dichas reclamaciones.

Se expuso allí, en primer término, que ha de tenerse en cuenta que el marco de examen al que nos remite el supuesto es el de la relación funcionarial, pues los hechos en que se fundamenta la reclamación se desarrollan en el ejercicio y con ocasión de una actividad laboral.

Por tanto, es de aplicación la doctrina de la Comisión (DCJA 37/1999, 35/2001) según la cual, el sistema de responsabilidad patrimonial atiende a un propósito de socialización de los riesgos que causa la actividad pública, mientras que 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»— con aquéllos y según el régimen propio de la misma. Bien entendido que la anterior consideración no excluye (i) que el funcionario o el personal laboral de la Administración pueda acudir al régimen de la LRJPAC, cuando los daños y perjuicios alegados no tengan conexión directa con la actividad propia de su condición de personal al servicio de la Administración y (ii) que, asimismo, cabrá acudir al sistema de responsabilidad patrimonial para indemnizar al funcionario cuando no exista una vía específica o cuando el daño ocasionado sea de tal magnitud que los sistemas objetivados por el legislador (vgr.: sistema de protección social, pensiones, etc.) para indemnizar el daño no permitan alcanzar el objetivo último de la indemnidad —examen que ha de hacerse caso por caso—.

En todo caso, al margen de la anterior consideración, el acoso moral en el trabajo como presupuesto de un procedimiento de responsabilidad patrimonial presenta, con carácter general, una singularidad que condiciona su completo análisis.

Esto es, con carácter previo y atendiendo a la noción jurídica del acoso moral en el trabajo, en ésta debe distinguirse el llevado a cabo por la empresa (en nuestro ámbito, la organización administrativa) que integra esa práctica abusiva como parte de su forma de ejercer sus facultades de dirección, del producido por la conducta desplegada por otros empleados. Y, en orden a la imputación de responsabilidades, las consecuencias de una u otra modalidad son diferentes, ya que en la segunda la responsabilidad del empresario derivaría del incumplimiento de su deber genérico de velar por la salud física y psíquica de sus empleados, al no haber prevenido e impedido el acoso moral de unos empleados sobre otros.

En todo caso, si, como es sabido, en sede de responsabilidad patrimonial, los hechos sobre los que descansa el título de imputación requieren su prueba, cuando dichos hechos se refieren a una modalidad de agresión psicológica, el acoso moral desarrollado por otros empleados, cabe destacar, en primer término, la dificultad objetiva para que esta Comisión pueda realizar, al hilo de una reclamación de res-

ponsabilidad patrimonial, la declaración de que existe acoso moral, pues ello conlleva inescindiblemente una imputación personal de autoría de una conducta que puede ser constitutiva bien de un ilícito penal, bien de un ilícito administrativo.

En efecto, cuando el daño que se alega no se vincula a causas objetivas y directamente relacionadas con el desempeño de una concreta función u actividad laboral o con la forma en que se organiza ese desempeño, sino que se conecta con las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa u organización entre las distintas personas que allí trabajan, la indagación sobre este extremo adquiere una dimensión diferente.

Sin poder en este momento afirmar taxativamente que ese impedimento concurra en todos los casos —la casuística de la responsabilidad patrimonial impone la prudencia—, sí puede afirmarse, en línea de principio, que el procedimiento de responsabilidad patrimonial no parece, en principio, el cauce adecuado para, de forma autónoma, dar por acreditada la autoría culpable de alguien por la comisión de acoso moral en el trabajo.

Dicha imputación reclama el desarrollo de un procedimiento que debe contener una serie de garantías (de distinta intensidad en el ámbito penal y en el administrativo) para permitir el logro de los dos principios-derechos claves del *ius punendi*: la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión (artículo 24 CE) que, común a todo proceso y/o procedimiento, es consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva (también con distinta proyección en el procedimiento administrativo, pero con plena efectividad en el mismo).

La inadecuación del cauce escogido (o, más precisamente, el uso anticipado de la vía resarcitoria) se observa por la Comisión al comprobar que no puede, al hilo de la resolución de un supuesto de responsabilidad patrimonial, lesionar derechos fundamentales de otras personas: la admisión de la pretensión resarcitoria conllevaría irremediablemente la imputación —tácita— a una o más personas —que no son parte en el procedimiento— de una conducta como la que contempla el acoso moral en el trabajo.

En suma, como se señaló en el DCJA 78/2005, la peculiaridad de una reclamación de responsabilidad que se sustenta en el acoso moral entre funcionarios se observa, en primer término, en que la acreditación de la existencia de dicha conducta (para lo cual deben analizarse las relaciones interpersonales trabadas) no puede realizarse simultáneamente o con ocasión de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin desconocer otros principios del ordenamiento jurídico (más precisamente, artículos 24 y 25 CE) .

Asimismo, se razonó en dicho DCJA 78/2005 que, incluso prescindiendo del referido impedimento, ya en el marco del instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se observa que el procedimiento para depurar la responsabilidad patrimonial no resulta tampoco vía adecuada para enjuiciar, de forma autónoma, y, en su caso, declarar la ilegalidad de una actuación pública (acto o vía de hecho).

Tal declaración reclama que previamente se haya acometido el examen de si tales actuaciones son o no conformes a derecho. Y, sólo una vez declarada la no conformidad a derecho —de acuerdo con la normativa material y procedimental que resulte de aplicación en cada caso— podrá abordarse el análisis de si concurren o no todos y cada uno de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la administración.

Porque, si bien cabe acumular la pretensión indemnizatoria a la declaración de nulidad o anulabilidad de un acto (o a la declaración de una vía de hecho) —artículos 102. 4 LRJPAC y 31 Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA— lo inverso no procede: no cabe instar el resarcimiento de los daños producidos por la ilegalidad de un acto o actuación administrativa, sin que dicha declaración haya sido realizada en el procedimiento (administrativo o judicial) correspondiente.

En nuestro caso, dicho límite, supone que podrán acumularse ambas acciones (declarativa e indemnizatoria), pero no cabrá instar autónomamente el resarcimiento de daños por acoso moral, sin tener previamente acreditada la existencia de éste a través del cauce oportuno, atendiendo a los hechos en que aquél se concrete.

Tal criterio, estima la Comisión, es recta aplicación de la doctrina según la cual, si bien de la mera declaración (administrativa o judicial) de anulación de un acto administrativo, por no ser conforme a derecho, no cabe derivar automáticamente la existencia de responsabilidad de la Administración, dicha declaración sí es necesaria cuando el daño se conecta y vincula precisamente a la ilegalidad de la actividad que se erige, así, en título de imputación, pues este elemento es el que permite sustentar la antijuridicidad del perjuicio padecido (requisito inexcusable de la responsabilidad patrimonial, artículo 141.1 LRJPAC).

En efecto, ante una imputación por mobbing entre funcionarios que se construye sobre la existencia de conflictos interpersonales con ocasión de la prestación por cada uno de su función, el requisito de la antijuridicidad pasa por acreditar la lesión al derecho fundamental del reclamante (art. 15 CE) que, en función de su intensidad (la dimensión objetiva de la conducta agresora, su trascendencia o gravedad) puede ser incluso constitutiva de ilícito penal. Si aquélla no se ha producido, el daño no es lesión en el sentido técnico-jurídico (daño antijurídico) que exige la responsabilidad patrimonial.

Bien entendido que esta aseveración no desconoce la naturaleza objetiva del instituto de la responsabilidad patrimonial, que permite —y obliga— a apartar del examen la licitud o ilicitud de la conducta de sus agentes, siempre, claro está, que el fundamento del resarcimiento del daño no sea precisamente tal ilicitud, supuesto en el que lógicamente la declaración de ilegalidad es premisa del reconocimiento, siempre que se cumplan el resto de requisitos que exige el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (artículo 106. 2 CE y Título X Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC).

Asimismo, siguiendo el examen de la cuestión a la luz del instituto de la responsabilidad patrimonial, en orden al título de imputación, sabido es que dentro de la amplia fórmula «consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos» conviven, por un lado, la imputación por el funcionamiento anormal y la imputación por funcionamiento normal, por otro.

En el caso del funcionamiento normal, se produce la denominada imputación por riesgo: al margen de toda actuación culpable (dolo o negligencia del funcionario) u objetiva (ilegalidad o ilicitud del servicio), la Administración responde en cuanto organización que realiza una actividad potencialmente dañosa para los terceros.

En el caso del funcionamiento anormal, por su parte, se integran tanto la imputación por las actuaciones personales de los agentes de la Administración que con su conducta ilegal o culpable hayan causado materialmente el perjuicio, como la imputación por actuaciones impersonales o anónimas de carácter ilegal que se atribuyen a la organización genéricamente considerada.

Una cosa es, por tanto, que el instituto de la responsabilidad patrimonial admita todas las imputaciones descritas y otra bien distinta que los requisitos de cada una sean idénticos o intercambiables.

En efecto, en el marco descrito, el daño que se dice causado por acoso moral en el trabajo producido por determinados funcionarios sería una variante del funcionamiento anormal y, dentro de éste, el que concurre por la actuación personal —cuando menos culpable— de personas físicas integradas en la organización administrativa. De tal suerte que sólo acreditada aquélla podrá adquirir el daño la cualidad de lesión.

Y, como última consideración general, de acuerdo con la doctrina de esta Comisión en relación a las reclamaciones de los funcionarios, habiendo ya señalado que mediando una imputación personal de conducta ilegal (administrativa y/o penal) a otros funcionarios, el caso no pertenece al ámbito de la responsabilidad extracontractual, sino al específico de la relación funcionarial, se dijo en el DCJA 78/2005, que nos enfrentamos, a la postre, a la posible existencia de responsabilidad por acto ilícito causante de daño a un tercero, del que podrá responder el empresario (en este caso, la Administración), pero sólo si ha mediado conducta negligente de éste. Tal examen (al igual que sucede en el mundo laboral) no puede desgajarse (ni anticiparse en el tiempo) al de la licitud o ilicitud de la conducta, ya que ésta es premisa del resarcimiento indemnizatorio —así como de otras consecuencias—.

El tipo de daño (baja laboral de índole psicológica) sólo si es producido en los términos alegados podrá erigirse en presupuesto de análisis de la negligencia del empresario en prevenir aquél. Lo contrario, permitiría que la mera acreditación de una baja laboral por causas psicológicas relacionadas con la actividad laboral, deviniera en imputación automática al círculo de responsabilidad del empresario (en este caso, la Administración), lo que es improcedente.

Por tanto, **la cuestión principal a la que nos enfrenta el daño anudado a un acoso moral no es *«stricto sensu»* al análisis de si un determinado servicio público ha funcionado correcta o incorrectamente, sino, más precisamente, si una o varias personas —también funcionarios— han incurrido en una conducta infractora, conclusión (positiva o negativa) que reclama un juicio previo y sumario, sin el cual la depuración de responsabilidad no puede alcanzarse, al ser aquél presupuesto necesario para valorar la antijuridicidad y/o el título de imputación del daño al funcionamiento del servicio.**

Queda señalar que también en el DCJA 78/2005 —de constante cita—, la Comisión analizó la STS de 23 de julio de 2001, que condena a un Ayuntamiento en vía de responsabilidad patrimonial al resarcimiento de los daños morales y psicológicos ocasionados por la actuación de aquél con uno de sus funcionarios (sin realizar imputación personal alguna).

Pero, como allí se señaló, el Tribunal Supremo no realizó en sede de responsabilidad, de forma primaria y autónoma, la valoración y calificación del acoso moral (en el sentido antes expuesto), sino que se limitó a depurar la responsabilidad de la Administración municipal tras tener acreditada la imposición de dos sanciones disciplinarias graves al reclamante, declaradas por sentencia firme, carentes del más mínimo fundamento probatorio y, tras contar, asimismo, con actuaciones materiales, de directa apreciación (esto es, sin necesidad de analizar las relaciones interpersonales), tales como, vgr., haber tenido al funcionario, durante un periodo de tiempo considerable, «sin hacer nada en un sótano sin luz ni ventilación natural».

Esto es, allí no se pidió (ni se concedió) el resarcimiento del daño sobre la base de unas sanciones cuya conformidad a derecho debiera ser analizada y declarada por el Tribunal Supremo al hilo de la pretensión resarcitoria, sino que, declaradas éstas radicalmente nulas por sendas sentencias que evidenciaban una carencia absoluta de razón y acreditada asimismo una actuación material de la Administración municipal contraria a derecho, el Tribunal examinó la viabilidad de la pretensión resarcitoria, a la luz de los requisitos exigidos por la responsabilidad patrimonial.

DCJA 122/2007 pár. 14-43

C) Instalaciones deportivas

Es obvio que la práctica deportiva, en cuanto supone un ejercicio del cuerpo, comporta para quien lo practica un posible riesgo para su integridad física. Ahora bien, **cuando esa práctica deportiva se desarrolla dentro de unas instalaciones especialmente concebidas para la citada práctica (que han sido alquiladas con ese fin), cabe esperar que la instalación se encuentre en un perfecto estado de uso que garantice la seguridad de los deportistas** y el desarrollo de la práctica deportiva en unas condiciones óptimas para ello.

En definitiva, es responsabilidad de la Administración mantener sus instalaciones deportivas en las mejores condiciones de uso y disfrute, adoptando las medidas necesarias para evitar aquellos elementos de los que pueda inferirse peligro para los jugadores en el desarrollo del juego.

El hecho de que el frontón sea abierto hace que los días de lluvia y viento se incremente el riesgo de deslizamiento sobre la pista y, en consecuencia, el riesgo de caída de sus usuarios, resultando evidente la falta de condiciones de seguridad de la pista. Pese a ello, **la dirección de la instalación deportiva no revocó la autorización de uso de la instalación, ni advirtió a los usuarios del frontón del incremento del riesgo** de caída que se generaba, lo que supone un defectuoso funcionamiento del servicio público municipal a la hora de preservar la integridad de los usuarios de la instalación.

Por lo tanto, estima la Comisión que existe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida, sin que se haya producido la ruptura del nexo causal por la actuación del reclamante.

DCJA 51/2007 pár. 33-36

D) Mantenimiento de vías públicas

Como hemos dicho también de forma reiterada, el municipio debe acreditar el cumplimiento del estándar de rendimiento del funcionamiento del servicio público, **sin que para dar por probado el funcionamiento normal del servicio pueda bastar con afirmar que, cuando se tiene información sobre la existencia de baches, la brigada municipal de caminos procede al bacheo de los mismos en un corto plazo**, explicación que es claramente insuficiente, porque **en tal caso cualquier deficiencia resultaría tolerable y nunca podrían tomarse en consideración las circunstancias específicas del caso, ni atribuírsele ninguna responsabilidad**.

DCJA 129/2007 pár. 36

Por ello, provoca cierta extrañeza que se centre en las características de la chapa y se olvide por completo de ese detalle que, en su versión, también fue determinante de la caída. Es obvio que, en general, **no se puede exigir a la Administración una conducta tal diligente que le obligue a retirar la nieve y el hielo inmediatamente después de que aparezcan. Y a la inversa cabe reclamar a los viandantes un especial cuidado al caminar cuando las condiciones metereológicas así lo exigen**. Eso no quiere decir que, en determinadas circunstancias, pueda apreciarse un incumplimiento del deber de la Administración de mantener las aceras en debido estado, pero para ello habrá que demostrar que conocida la peligrosidad del lugar nada hizo para corregirla.

DCJA 98/2007 pár 39

La Comisión estima también importante, a estos efectos, **el hecho de que la zona haya sido objeto, posteriormente, de un proceso de reurbanización** que incluye la mejora definitiva de los accesos a la plazoleta, tal y como se señala en el informe del Servicio de Vías Públicas; actuación que **puede interpretarse como un reconocimiento implícito del estado inadecuado que presentaba anteriormente** la zona circundante.

DCJA 86/2007 pár. 24

En suma, ni el mal estado del pavimento, ni los restos de aceite y arena tienen en el caso sometido a nuestra consideración el carácter de factores imprevisibles, indeterminados o de producción imprevista para los servicios públicos afectados, ni resultan ajenos a su funcionamiento, en el sentido de ocasionados por causas extrañas a éstos. Al contrario, las circunstancias acreditadas permiten considerar que tanto **el deficiente mantenimiento del pavimento, como la falta de adecuación del servicio de limpieza a las características específicas de la vía, contribuyeron a la creación del riesgo que se materializó en el accidente** y en las lesiones sufridas por el reclamante.

DCJA 94/2007 pár 44

Por tanto, en estos supuestos **no es la mera existencia de la mancha deslizante causante del daño**, por sí misma, fuente de responsabilidad de la Administración, el nexo causal habrá de establecerse en base a la inactividad de la Administración por **omisión del cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de la calzada útil y limpia para el tráfico**. Su responsabilidad nacerá, bien porque tardó mucho tiempo en detectar su existencia, bien porque tardó excesivo tiempo en señalizar el peligro y restaurar la seguridad del tráfico.

DCJA 69/2007 pár. 23

Desde luego, **entra dentro de lo normal que el pavimento o la superficie de una marca vial se encuentre algo más resbaladiza cuando llueve**, pero de ese hecho no cabe atribuir que se haya producido un déficit en el servicio público, cuando la pintura se ajusta a las condiciones que debe reunir la misma.

Hay que decir además, como puntualiza la Sentencia de 9 de junio de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (JUR 2000\242625) que «el hecho en si de que la pintura de un paso de cebra sea menos adherente, o mas resbalosa estando mojado; no es por si mismo una causa desencadenante de responsabilidad; como no lo es que un día de lluvia hay más colisiones de vehículos que uno seco, sin que intervenga la responsabilidad del ayuntamiento. El dato objetivo lo tenemos en que aquel día circularon por aquel paso de cebra múltiples individuos que no se cayeron. Por tanto habría que haber acreditado que la recurrente se cayó por ese

motivo concreto, no bastando con que la pintura haga el pavimento más resbaloso, si no fue esta la determinante de la caída».

DCJA 55/2007 pár. 41-42

Así centrada la cuestión, en el caso sometido a Dictamen es indudable la existencia del daño alegado, como real, efectivo y evaluable económicamente, pero, respecto a la antijuridicidad y relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio municipal y la lesión sufrida, debemos analizar si la conservación o mantenimiento de la acera en que se produjo el daño presentaba una deficiencia adecuada para originar la responsabilidad y, en atención a las circunstancias del caso, **En el concreto caso que nos ocupa, lo limitado del agujero, único existente en un entorno sin defecto relevante, su tamaño y profundidad menores (la reclamante achaca el daño precisamente a la imperceptibilidad derivada por el menor tamaño), y sin que consten otras circunstancias que lo agraven cualitativamente, impide plantear, actualmente, un estándar constructivo y de mantenimiento que, obligadamente, suponga una reparación de todo agujero, incluso aislado y del tamaño del que aquí se trata.**

DCJA 85/2007 pár. 21

Así centrada la cuestión, el caso nos enfrenta a la determinación del estándar, más precisamente, de los contornos que debe alcanzar la exigencia de señalización de las vías públicas, para toda la población en general, durante unas obras de reurbanización general de un amplio ámbito.

En ese marco, es claro que en la fase de ejecución de las obras que se puede apreciar en las fotografías —que por la propia extensión de las mismas afectan a todos los espacios que se pueden ver en ellas— no es exigible la señalización individual de cada elemento inacabado, como son los bordillos, huecos para arquetas, irregularidades de la calzada y del hormigón, etc.

Tal exigencia situaría el estándar en un nivel que no resulta razonable; así, por una parte, es evidente que por el propio proceso de la obra no puede ser delimitada y cerrada al tránsito de los peatones, entre otros los que viven en la propia calle y, por otra, siendo su estado perfectamente apreciable para cualquier persona que pase por el lugar no precisa de tan concreta señalización. Esa realidad obliga a los peatones que se adentran en ese espacio a extremar la cautela ante los numerosos obstáculos con que se van a encontrar.

La solicitud del reclamante se construye sobre la siguiente premisa: el daño no se hubiera producido si el hueco de la arqueta delimitado por el encofrado hubiera estado señalizado.

Pues bien, sobre esa base no podría prosperar la reclamación puesto que esa tesis obligaría a situar el funcionamiento normal del servicio público con unas exigencias de señalización eficiente para todo tipo de personas y circunstancias que podrían hacer imposible la ejecución de obras de la envergadura de las que se realizaban en la zona.

Como hemos indicado, **en el estado de ejecución en que se encontraban las obras la existencia de numerosos obstáculos en la acera es un evento que se produce con normalidad, por lo que no es irrazonable exigir del peatón la necesidad de transitar con la precaución adecuada a las condiciones del lugar.**

En el caso que nos ocupa concurre que el reclamante tiene una severa discapacidad, que aumenta de manera considerable el riesgo de sufrir golpes o choques, lo cual exige que deba extremar las cautelas con que debe moverse en la calle en obras y, en todo caso, obliga a una reflexión específica sobre la incidencia de esa circunstancia en el supuesto analizado. En ese sentido, resulta difícil concluir que cualquier tipo de señalización de ese espacio hubiera evitado el supuesto accidente, puesto que, teniendo en cuenta que el reclamante deambulaba acompañado por un bastón, es éste elemento el que le pudo advertir de la existencia del obstáculo mejor que cualquier otro tipo de señalización al uso.

Por ello, atendidas las referidas circunstancias, estima la Comisión que no cabe apreciar la omisión por el Ayuntamiento de Bilbao, ni por la empresa contratista, de ningún específico deber de señalización de las obras, pues, si con carácter general debe señalizar los obstáculos que surjan y, en su caso, eliminar los que puedan surgir, estas obligaciones están en función de las condiciones de tiempo y lugar, y a los efectos de definir el estándar exigible no cabe hacer abstracción de las indicadas condiciones para sostener que aquel deber conlleva la necesidad de señalización concreta de todos los elementos de riesgo (cualquiera que éstos sean y sea cual sea su entidad) que para los viandantes surjan en las vías públicas en obras.

Todo lo cual lleva a esta Comisión a señalar que, en el caso sometido a su Dictamen, no se ha acreditado que el daño se produjera en el lugar indicado por el reclamante y, en cualquier caso, no puede apreciarse que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento del servicio público, por lo que no hay responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

DCJA 52/2007 pár. 32 a 40

Veáse DCJA 108/2007 pár. 23 a 27

En este caso, constituyen datos fundamentales que la caída se produce de día, que el ancho de la acera es considerable y permite circular por la misma sin ningún problema, y que **los arcones no impiden ni dificultan el transito de los peatones, estando situados en su borde exterior, fuera incluso del área por donde aque-**

llos circulan normalmente. En cuanto a los arcones éstos miden 50 cm. y se pueden advertir perfectamente y a distancia.

La circunstancia de que uno de ellos se encuentre inclinado, por efecto de un golpe de algún vehiculo, precisamente por cumplir la función disuasoria a la que obedece su colocación, no pone en entredicho ni cuestiona esa conclusión: su presencia era y sigue siendo igualmente perceptible para cualquier viandante.

DCJA 49/2007 pár. 30-31

Así, centrada la cuestión, como ya hemos indicado, el caso nos enfrenta a la determinación del estándar y de los contornos que debe alcanzar la exigencia de prestación del servicio de limpieza viaria, en el que se ve comprometida la salubridad pública.

Para ello, hemos de tener en cuenta que la **prestación del servicio de limpieza viaria** contratada por el Ayuntamiento, entre otras formas, se efectúa mediante el barrido mecánico o manual de los espacios públicos exteriores del municipio, y, además, para asegurar una limpieza en profundidad, mediante el lanzamiento de agua a presión con mangueras, de modo que se van desplazando los residuos hacia los bordillos, en el caso de las aceras, para posteriormente ser retirados.

De igual forma, hemos de tener en cuenta que **la limpieza mediante agua a presión no es una práctica rara, poco habitual o desaconsejable, sino que su utilización se encuentra ampliamente extendida en la mayoría de las ciudades y localidades, reconociéndose como instrumento eficaz para efectuar una limpieza en profundidad.**

En este marco, y admitida su utilización, también debe admitirse como consustancial a su práctica el hecho de que se produzcan salpicaduras en zonas colindantes a las que son objeto de limpieza, más aún si tenemos en cuenta que se trata de las escaleras de un portal situado en una calle en pendiente y cuya escalera final tiene una parte a ras de la acera.

Por ello, a los efectos de definir el estándar exigible y, a su través, el funcionamiento del servicio de limpieza, no cabe hacer abstracción de las indicadas condiciones del servicio y circunstancias del lugar. En consecuencia, el estándar no debe situarse en un servicio que tras la limpieza con agua a presión conlleve el secado inmediato de las zonas afectadas, lo cual es imposible, y se aleja de los criterios expuestos para su definición que lo sitúan dentro de lo factible, razonable y posible económicamente para la Administración.

Además, siendo la reclamante vecina de la zona y conociéndose por los vecinos, como se desprende de la testifical, que esas limpiezas se efectúan con periodicidad y de la forma acaecida ese día, resulta razonable exigir a los vecinos una prudencia y un cuidado en el transitar superior al que debe observarse con carácter general en

la misma zona cuando no se encuentra afectada por una actividad como la que aquí nos ocupa. Cuidado, que por otra parte, es el mismo que se exige en cualquier zona mojada.

DCJA 56/2007 pár. 38 a 49

Así centrada la cuestión, en el caso sometido a Dictamen es indudable la existencia del daño alegado, como real, efectivo y evaluable económicamente, pero respecto a la antijuridicidad y relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio municipal y la lesión sufrida, siguiendo la línea de la propuesta de resolución, y en atención a las circunstancias del caso, la Comisión considera que nos encontramos ante el primero de los casos señalados, es decir, en **que una tapa de registro de señalización de tráfico es consustancial a las vías públicas y que su estado se encontraba dentro de lo adecuado al nivel o estándar** que, de acuerdo con la situación social y económica, es exigible para el mantenimiento de dichas tapas, siendo esperable y previsible para los viandantes que pueden hundirse, o sobresalir, respecto de la acera en que se ubican. En el concreto caso que nos ocupa, la visibilidad de la tapa de registro y la amplitud de la acera, integrante funcionalmente de una zona de parque, nos lleva a reforzar la desestimación de responsabilidad patrimonial.

DCJA 54/2007 pár. 20

Antes de abordar el examen del caso, cabe recordar que, con carácter general, la concurrencia del requisito del nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público, en el caso de accidentes provocados por un estado de mantenimiento deficiente de la vía —vgr. por la presencia de agujeros o socavones—, o por un estado de limpieza deficiente, no advertidos o señalizados adecuadamente, pueden comportar el reconocimiento de una actuación omisiva de la Administración determinante de responsabilidad, sin perjuicio de la obligada atención a las circunstancias que presente el caso.

Pero siempre teniendo en cuenta que, en estos casos, **resulta obligado deslindar con cautela el daño producido en la calzada —debido a múltiples factores, no siempre fáciles de precisar— de aquél producido por la calzada**, único en el que el funcionamiento del servicio público municipal puede reputarse causa eficiente.

DCJA 94/2007 pár 26-27

Por ello, tampoco por esta segunda circunstancia, analizada de forma aislada, podemos considerar que ha habido un funcionamiento anormal de la administración y habría que concluir que **la presencia de baches como los que se pueden observar en este caso es una circunstancia normal y previsible que no entraña ries-**

go suficiente para la seguridad del tráfico, por lo que cumple con un estándar socialmente aceptado y su existencia no traslada la responsabilidad del siniestro a la Administración municipal.

DCJA 69/2007 pár 33

En ese ámbito de la actividad municipal **el tránsito debe garantizarse en consideración a los distintos usos de la acera**. Así, el rebaje de la misma en el acceso a los pasos de peatones atiende a quienes, en su itinerario, necesitan o prefieren evitar el obstáculo que supone el bordillo de la acera. Es decir, tal rebaje o vado responde a permitir la accesibilidad en el tránsito, accesibilidad obligada en virtud de la Ley 20/1997, de 4 de diciembre, para la promoción de la accesibilidad.

Tampoco la reclamante cuestiona la procedencia de tal rebaje, sino que dirige su pretensión en virtud de las características concretas de la forma en que se ha efectuado, aludiendo en particular a la posibilidad de pintar las zonas que se encuentran en plano inclinado. Lo cierto es que no sólo no podemos considerar obligada otra forma de garantizar el acceso, sino que nada hace pensar que otra solución constructiva hubiera evitado el daño producido.

DCJA 156/2007 pár. 21 y 22

Así, de un lado, la existencia del servicio de saneamiento municipal —de prestación obligatoria y general— presupone la colocación de tapas de registro de la red municipal en las aceras y calzadas del término municipal, lo que, a su vez, conlleva la alteración del pavimento normal de los lugares donde se instalan. Asimismo, **que las baldosas de la acera que rodean las tapas de registro deban verse afectadas por su instalación es algo inevitable: los tramos de acera donde se instalen tapas de registro no podrán ser idénticos a los conformados sólo por baldosas.**

En efecto, el primer informe municipal (15-06-2006), afirma taxativamente: (i) «que sí es cierto que existe desnivel entre la tapa y la acera, aunque es muy pequeño» y (ii) «que actualmente hay en la ciudad numerosas tapas de diversos servicios, entre ellos agua y saneamiento, que tienen más o menos desnivel con la calzada, acera, etc». Datos que, siguiendo las aclaraciones solicitadas por el instructor, completa el informe de 14-12-2006, señalando que la deficiencia de la tapa no es reseñable (afirmación que comprende también al desnivel del estribo de aquélla).

No existe una norma que, en abstracto y en función de su estructura, material o diseño, permita a la Comisión considerar inadecuada la tapa de registro a la que se vincula la caída.

De igual forma, de la instrucción se desprende que la tapa de registro es la común o habitual y está instalada también en la forma habitual, sin que entre ésta y las que

existen en otros lugares del municipio se aprecien diferencias de instalación o mantenimiento relevantes.

DCJA 123/2007 pár. 37 a 40

E) Servicios sanitarios

Así, también para las reclamaciones que se producen en ese ámbito, son requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial: el daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos (voz que incluye a estos efectos, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo), sin intervención de elementos extraños que puedan alterar el curso causal; la inexistencia de fuerza mayor y que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Dado que es la primera vez que la Comisión Jurídica Asesora examina una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria de la CAPV interesa exponer algunos de los criterios que, a su juicio, pueden resultar de utilidad para dilucidar las reclamaciones que, atinentes a dicho sector de la actividad pública, presenten los particulares afectados y, más concretamente, a las que —como la aquí analizada— encuentran fundamento en la supuesta existencia de un error médico.

En primer lugar, conviene reiterar que todos y cada uno de los requisitos que configuran la responsabilidad patrimonial —antes expuestos— resultan de aplicación al ámbito de la prestación de los servicios sanitarios.

Y, si bien la actividad sanitaria presenta unas características específicas de las que a continuación nos vamos a ocupar, estima la Comisión que resulta de utilidad para el acercamiento a dicho servicio público la doctrina elaborada para analizar las reclamaciones que denuncian una intervención inadecuada de servicios públicos de carácter prestacional.

Como ha señalado la Comisión —entre otros, DCJA 12/2000— **la imputación del daño a la Administración presenta en estos casos una marcada peculiaridad, pues no es aquí el funcionamiento del servicio el que crea el riesgo sino que éste actúa una vez producido un evento con potencialidad lesiva a cuyo proceso causal el funcionamiento del servicio concernido es ajeno, tratándose, por tanto, de una intervención pública a *posteriori* cuyo objetivo es evitar que esa potencialidad se haga acto dañoso o mitigar el alcance de éste.**

La Comisión ha remarcado que, en estos casos, al igual que en los que se aduce un comportamiento omisivo del servicio concernido, el **daño únicamente podrá imputarse al servicio o actividad pública cuando quede acreditado un funcionamien-**

to anormal. Si el servicio o actividad se ha desarrollado con normalidad, no podrá sostenerse su incorporación al proceso causal incrementando el riesgo preexistente, resultando ajeno a éste y siendo, así, el daño padecido materialización exclusiva de tal riesgo.

A idéntica conclusión de excluir la responsabilidad de la Administración ha llegado la Comisión al examinar tales casos a la luz del requisito de la antijuridicidad del daño.

En efecto, puede sostenerse que el Derecho impone a la víctima la obligación de soportar los perjuicios derivados de eventos desencadenados por causas ajenas al funcionamiento del servicio público concernido, aunque, con posterioridad a la producción de dichos eventos, intervenga aquél sin éxito, siempre que tal intervención pueda considerarse funcionamiento normal del servicio público.

La Comisión ha destacado que ese deber de soportar el daño deriva de la esencia misma de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues cualquiera que sea la forma en que se explique su fundamento (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) no es coherente con el mismo que la Comunidad cubra los daños que, proviniendo de causas ajenas al actuar administrativo, no hayan podido evitarse a pesar del funcionamiento normal del servicio público concernido.

Si analizadas las características del concreto servicio público afectado por la reclamación se concluye su funcionamiento normal, no podrá atribuirse a éste el daño alegado, pues 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 con ocasión (pero no como consecuencia) del funcionamiento del servicio público.

En suma, en los casos señalados, el servicio público funciona como escenario donde acaece el daño pero éste no puede atribuirse a aquél lo que conlleva que no pueda reputarse acreditada la relación jurídica causa/efecto que exige el requisito del nexo causal en el instituto de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, ni tampoco quepa considerar el perjuicio alegado como daño antijurídico.

De lo hasta aquí expuesto, tal y como se avanzó en el temprano DJCA 27/1999, se desprende que la resolución de estos supuestos pivota esencialmente en torno a la noción de funcionamiento normal del servicio, cuya delimitación en cada supuesto es, sin duda, compleja.

En efecto, 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 exige acreditar el funcionamiento anormal del servicio, para lo cual hay que tener en cuenta las normas positivas que disciplinen la concreta actividad pública (si es que

existen) pero también el 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.

En aquellos casos en los que no existen normas precisas sobre los concretos deberes de la Administración, ni estándares de funcionamiento del servicio normativamente fijados, es la noción del estándar social la que debe ser utilizada para delimitar el funcionamiento normal en cada caso.

Si bien esta Comisión ha advertido de la gran dificultad que entraña la definición casuística de dicho estándar de funcionamiento normal, ha avanzado algunas pautas orientativas que, en enumeración sintética, cabe condensar en los siguientes tres criterios.

En primer lugar, el estándar social utilizado para fijar el funcionamiento normal 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 a partir del daño sufrido, aunque éste sea 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.

El precedente bagaje doctrinal, con las matizaciones que introduce la especial naturaleza del servicio público concernido, resulta a juicio de la Comisión especialmente útil para analizar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que imputan a la Administración sanitaria el resultado lesivo proveniente de la prestación del servicio sanitario asistencial por considerar que éste ha funcionado deficientemente.

Conviene distinguir, en primer término, como la jurisprudencia y la doctrina destacan, **la llamada medicina satisfactiva de la asistencial**, distinción acuñada en la jurisdicción civil que penetró la doctrina de la responsabilidad patrimonial de la administración y que viene a diferenciar la medicina dirigida a la curación del paciente (medicina asistencial) de la medicina satisfactiva a la que se acude voluntariamente —sin un previo proceso patológico— y en la que queda intensificada tanto la obligación del médico de obtener el resultado previsto como de informar previamente al paciente de los riesgos de someterse a la actuación médica.

Mientras en la medicina satisfactiva la consecución del resultado propuesto se erige en parámetro normativo para evaluar la intervención médica, en la asistencial el parámetro a emplear es la instrumentación de los medios disponibles, atendiendo a las concretas circunstancias que presenta, en cada caso, el paciente.

Para el ámbito del servicio público que presta la medicina asistencial —que es al que nos remite el caso planteado— resultan de interés las consideraciones anteriores, en tanto aquél interviene *a posteriori* con el objetivo de evitar la enfermedad o de mitigar su alcance. El servicio público, actúa, por tanto, para evitar o paliar los efectos de un riesgo cuyo origen no guarda conexión con aquél.

Si normalmente el acaecimiento lesivo es el resultado de un complejo de hechos y condiciones, puede decirse que ésta es la regla general en el ámbito de la medicina asistencial en el que el requisito del nexo causal —en su entendimiento jurídico y no meramente fáctico— sólo puede darse por acreditado si la actuación sanitaria se presenta como causa eficiente del daño alegado, lo que exige una adecuación objetiva entre éste y aquélla.

Para lo cual la imputación sólo puede descansar en una acreditada asistencia errónea atendiendo a las concretas circunstancias que presente el caso: sólo el funcionamiento anormal del servicio resulta título suficiente de imputación. Si la prestación sanitaria se ha desarrollado con normalidad, ésta no se ha incorporado al proceso causal incrementando el riesgo preexistente, debiéndose concluir que el daño resulta materialización exclusiva de dicho riesgo.

En igual sentido, si trasladamos el examen al daño alegado se alcanza el mismo resultado.

En efecto, en el ámbito de las prestación del servicio público de asistencia sanitaria, no habrá lesión (en su sentido técnico-jurídico de daño antijurídico) cuando el daño se haya producido a pesar de la correcta actuación de la administración sanitaria.

Por ello, también en estos casos, la cuestión más peliaguda suele recaer en la fijación en el caso de lo que haya de entenderse por **funcionamiento normal.**

Y, para dilucidar en cada caso dicha noción en **el ámbito del servicio de asistencia sanitaria**, la doctrina y la jurisprudencia acuden a lo que **se expresa con la locución «lex artis ad hoc» que, en síntesis, supone la observación detenida del concreto empleo de la ciencia y técnica médicas exigibles atendiendo a las circunstancias de cada caso.**

Tal operación, en el marco de lo antes señalado, supone, en definitiva, comprobar si en el caso se ha dado o no un funcionamiento normal del servicio, para lo cual deben valorarse los recursos disponibles en el servicio para prestar la asistencia médica, la forma en que, atendidas las características específicas del caso, fueron empleados dichos recursos y, en conclusión, analizar si la actuación asistencial cuestionada responde o no al estándar razonable de funcionamiento del servicio.

Debiendo señalar en esta aproximación general que, en el ámbito de la prestación del citado servicio de asistencia sanitaria, se observa especialmente el peligro de definir ese estándar de funcionamiento normal del servicio a partir de lo deseable (evitar el daño padecido por el paciente) y no de lo razonable, a la vista de las cir-

cunstancias del caso (que deben ser examinadas sin obviar el particular proceso evolutivo de cada patología).

Tal entendimiento de la cuestión, encuentra hoy amparo en el artículo 141.1 LRJ-PAC que determina la obligación de indemnizar sólo «[…]las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos».

En suma, proyectada la asistencia sanitaria en casos como el que analizamos sobre una previa patología cuya generación se produce al margen del servicio público de asistencia sanitaria e imputándose a ésta el daño por una incorrecta actuación de aquél, la obligación de reparar el daño sólo nacerá si dicha asistencia se ha producido con infracción del criterio de la *lex artis ad hoc;* concepto cuya concreción en el caso no puede realizarse partiendo de un supuesto deber del prestador del servicio de evitar todo resultado negativo para el paciente.

Por ello, si la actuación practicada resulta ser la indicada conforme a las reglas del saber y de la ciencia exigibles en cada momento para el concreto caso suscitado, el daño padecido será atribuible a la previa patología o estado de salud del paciente, recayendo sobre éste la obligación jurídica de soportar el perjuicio.

En esta primera aproximación general a las cuestiones que presentan las reclamaciones por funcionamiento anormal del servicio de asistencia sanitaria resta , a juicio de la Comisión, apuntar dos últimas características.

La primera se refiere a que, con carácter general y sin perjuicio del carácter eminentemente casuístico de la responsabilidad patrimonial, **la acreditación del estado del saber y de la ciencia es cuestión que**, en cada supuesto, **debe acreditar la administración sanitaria** a la que se imputa la actuación generadora de responsabilidad patrimonial.

Y, atinente la segunda, a resaltar **la importancia que en estas reclamaciones cobran los informes técnicos**, ya que, si —como hemos expuesto—, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria exige en estos casos la acreditación de la infracción de la *lex artis ad hoc* (a salvo los casos en los que el desproporcionado resultado evidencie *per se* una infracción de aquélla), la prueba pericial deviene insoslayable, al margen de que su valoración deba realizarse conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica que rigen la misma.

DCJA 9/2007 pár. 53 a 88

Véase DCJA 182/2007 pár. 38 a 49 y DCJA 178/2007,
pár. 26 a 34, 38 a 41, y 43 a 51

F) Servicios sociales

En orden a la delimitación de si el riesgo inherente a la utilización del servicio ha rebasado o no los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, lo que a la postre deriva en la identificación del estándar del servicio que integra el funcionamiento normal del mismo, la Comisión ha alertado de la dificultad que entraña su determinación.

Si bien, viene señalando que para determinar si ha sido normal o anormal el funcionamiento de un determinado servicio público, hay que tener en cuenta no sólo las normas positivas de todo tipo que lo disciplinan (leyes, normas de derecho comunitario, de derecho internacional, reglamentos, circulares internas, etc.) sino también el deber de diligencia que razonablemente requieren las circunstancias de cada realización concreta del servicio y el número y grado de los riesgos que conlleva, valorándolas a la luz de los estándares mínimos de seguridad socialmente establecidos respecto de dicho servicio. De tal manera que debería calificarse de anormal, además del funcionamiento que incumpliese dichas normas, aquél que, aún moviéndose en el marco de las mismas, no respondiera a las exigencias del sobredicho deber de diligencia en concreto (naturalmente esto no sería así en los excepcionales casos en que las normas positivas reguladoras del desarrollo del servicio tuvieran un grado de detalle y de rigidez tal que impidiesen la consideración de las variaciones de la diligencia exigible derivadas de la individualidad de cada caso).

En aplicación de los referidos criterios, del examen de las normas que disciplinan la prestación del servicio concluye la Comisión que, tanto de la Ley 5/1996, de 18 de octubre, de servicios sociales, como del Decreto 41/1998, de 10 de marzo (artículos 4.7 y 5.2), deriva que **integra la noción del funcionamiento normal del servicio la atención individualizada y personalizada a cada persona residente; esto es, ésta tiene derecho a recibir una atención integral y continua en condiciones de seguridad adecuada a sus circunstancias**.

El citado Decreto 41/1998, de 10 de marzo, determina los medios materiales y humanos para la prestación del servicio con carácter general —tal y como corresponde a una norma reglamentaria—, pero no acomete la detallada descripción de las medidas que, en función de las circunstancias personales que en cada momento presenten las personas residentes, deben ser adoptadas para la prestación de la asistencia.

En este contexto, cabe afirmar que el conjunto del expediente permite dar por acreditado que la Residencia, cuando sucede el fatal desenlace, cumplía las exigencias normativas generales. Distinta valoración merece a la Comisión el examen de la prestación del servicio a la luz del nivel de diligencia que, a la vista de las concretas circunstancias acreditadas en el caso, resultaba exigible para poder reputar un funcionamiento normal del servicio.

En efecto, en primer término considera la Comisión que en el caso sometido a su consulta concurre una circunstancia que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial adquiere una relevancia sustancial: **el fallecimiento se anuda causalmente al**

funcionamiento de los elementos (cinturón y barrera) destinados, precisamente, a salvaguardar la integridad física de la fallecida.

De acuerdo con lo señalado, en el juicio sobre el deber de diligencia exigible no basta con la comprobación de la adecuación abstracta del nivel de prestación del servicio, sino que dicho juicio reclama el análisis del caso, lo que en el que ahora examinamos supone estudiar si a la fallecida le fue prestada la asistencia que, en función a sus circunstancias, era la adecuada.

Tal estudio debe tener en cuenta, por un lado, que el nivel de prestación exigible debe ser jurídica y materialmente posible, de tal suerte que tal exigencia debe permitir que el servicio se organice en términos materiales, jurídicos y económicos posibles, pero al mismo tiempo debe tomar en consideración que la atención que debe ser prestada a una persona internada en un centro de estas características debe atender, por así derivar de la normativa aplicable, a la situación concreta de aquélla.

En el caso suscitado, considera la Comisión, en primer término, que **integra el nivel de prestación exigible que los medios empleados para garantizar la vida e integridad física de las personas residentes no se conviertan en elementos que puedan provocar una lesión al bien jurídico, cuya protección da sentido a su utilización**.

Debe reiterarse que, en el caso, la muerte se produce por una doble circunstancia: el cinturón que se le puso para evitar que se levantara de la cama le produce la asfixia, tras ceder la barrera de seguridad.

Con carácter general, en el marco del servicio que analizamos, no puede ser considerada una situación inusual (en el sentido de imprevisible, como riesgo ajeno al servicio) que las personas residentes que sufren daños cognitivos serios sufran caídas, padezcan deambulación errática o sufran agitación y episodios de comportamiento violento que requieran la adopción de medidas específicas para su cuidado.

Y siendo cierto que la mera producción de un resultado negativo no conlleva el automático reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, sí encuentra este reconocimiento adecuado respaldo cuando, como sucede en este caso, las circunstancias acreditadas sobre el estado de salud de la fallecida requerían la adopción de unas medidas *ad hoc* (cuya concreción admite diversas soluciones) que, sin embargo, no acredita el expediente.

Considera la Comisión que la situación de cualquier persona con las características físico-psíquicas de la fallecida —padecía Alzheimer y su estado cognitivo estaba muy deteriorado, no conservando capacidad alguna de decisión de sus actos— requiere una atención mayor que cualquier persona válida y, desde el punto de vista psíquico, el alto riesgo de alteraciones del comportamiento que conllevan períodos de agitación y/o agresividad exige un control especial en estas personas, lo cual determina que deban extremarse las medidas de vigilancia conducentes a eliminar o minorar dicho riesgo y a impedir la concreción dañosa del mismo.

El caso permite dar por acreditado que ese riesgo abstracto se fue concretando con especial intensidad a partir del año 2002, a diferencia de lo sucedido hasta entonces (pues en la valoración que efectuó la Diputación Foral en el año 2001 no se consideró la necesidad de cuidados especiales de enfermería).

Dicho riesgo pasó a ser un peligro concreto de especial intensidad (peligro cierto y real) cuando los partes de enfermería y las hojas de evolución del historial clínico reflejaban que los estados de agitación que sufría la residente le habían hecho levantarse, a pesar de estar colocados los sistemas de seguridad habituales (cinturón y barrera).

DCJA 158/2007 pár. 61 a 75

G) Servicio público portuario

A lo señalado cabe añadir, por su conexión con el caso, lo que señalamos en el DJCA 6/2001, p. 21, también al examinar un supuesto de conducta omisiva del servicio público portuario:

> Sobre esa base, no se trata tanto de incardinar o subsumir la conducta omisiva en una concreta infracción —nada se ha invocado acerca de que la señalización e iluminación fueran contrarias a reglamentación técnica alguna— sino de atender los estándares generales de exigibilidad a la vista de las circunstancias concurrentes, las propias y específicas del caso enjuiciado. Todo servicio, en este caso, el servicio portuario, entraña un peligro potencial, un riesgo de intensidad variable, lo que obliga a introducir dispositivos de seguridad o medidas de vigilancia que han de considerarse inherentes al mismo, integrados en el desarrollo de la actividad, con la finalidad de evitar los efectos dañosos que sean razonablemente previsibles.

En igual sentido, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso similar en sus SSTS de 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999\8314) y de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001\10077), en los que analizó un supuesto de caída desde el espigón de un muelle del Puerto de Burela. El FJ 4 B) de la Sentencia de 2001 —que reproduce la doctrina dictada en la del año 1999— se refiere al establecimiento de prohibición de acceso al espigón y la necesidad de barandilla en los siguientes términos:

> […] no se trata de que haya que imponer a la Administración la obligación de establecer otras prohibiciones a la libre circulación de las personas distintas de las que la legislación portuaria aplicable prevé (según recuerda el fundamento sexto), ni siquiera de obligarle a situar barandillas en escalera como la que en el caso pretendió utilizar la víctima, pues ésta es una solución que deberá o no adoptarse según lo aconseje la arquitectura portuaria en cada caso y lugar, es decir, según el uso que reclame la construcción de esa escalera, y los condicionamientos (salinidad, humedad constante, e inevitable acción erosionante del ambiente) con los que tropiece el establecimiento de esas hipotéticas barandillas. […].

Y sobre la necesidad de adopción de medidas en una instalación que, como es el caso de un espigón portuario, no tiene un destino específico de paseo marítimo, la STS señaló:

> Todo ello hacía indispensable —esto sí— la colocación por la Administración de signos visuales del tipo que resulte aconsejable –figurativos, lingüísticos, o de ambas clases— en los que se contengan mensajes advirtiendo del peligro o mediante los que se comunique a los eventuales viandantes del riesgo que para su propia seguridad ofrece el circular por construcciones como las aquí descritas, las cuales están llamadas a cumplir funciones distintas de las de ofrecer un lugar para pasear. Un espigón portuario no está concebido normalmente —y desde luego, y por lo que resulta de los autos, no lo está en el caso que nos ocupa— para ser utilizado también como paseo marítimo. Por eso, la Administración que tolera ese uso debe, por lo menos, advertir del peligro de transitar por semejante lugar. Y como en este caso no ha procedido así, la Administración debe responder.

DCJA 48/2007 pár.28-30

Porque, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia que hemos citado, el hecho de que el dique sea una estructura de protección para el acceso marítimo al **puerto** de […] **no conlleva para la Administración la obligación de excluir su posible compatibilidad con otros usos, como puede ser el peatonal, siempre que esa compatibilidad se acompañe de las medidas de seguridad adecuadas**, que es lo que sucede en este caso.

Ahora bien, como natural contrapartida, resulta asimismo adecuado a las circunstancias del lugar exigir a los usuarios una utilización responsable, que en el caso que nos ocupa, suponía ascender o descender por las escaleras utilizando la barandilla con el pasamanos.

El uso de una infraestructura como la que examinamos también exige de quienes la utilizan observar las indicaciones y señales existentes y utilizar los elementos que para el tránsito seguro se han establecido, adoptando unas mínimas medidas de atención y cuidado para transitar por la misma.

Como destaca la propuesta de resolución, la reclamante hace hincapié en la existencia de los bancos y la escultura que dan a la instalación una apariencia de paseo marítimo sin riesgos y que el lugar no tiene apariencia de peligroso. Pero omite toda referencia a la magnitud y estructura del dique rompeolas, características que se advierten de inmediato, a simple vista, y nos hablan de la naturaleza de la instalación, informándonos de que es algo diferente a un paseo marítimo, y, que, por tanto, deberemos atender las señales y utilizar los elementos de seguridad, adecuando el paseo a las características de la propia instalación y extremando la precaución.

[…]

A este respecto, y como señaló la STS de 9 de octubre de 2001, no se trata de imponer a la Administración la obligación de colocar barandillas en la escalera, pues

esta solución deberá o no adoptarse según los condicionamientos con los que tropiece su establecimiento. Y, en el caso, esos condicionamientos no son otros que la fuerza del oleaje y sus rebases frente a los cuales, y precisamente para proteger el canal de acceso marítimo al Puerto de […], se construyó la estructura de protección del dique rompeolas.

Una recta aplicación de la doctrina transcrita al inicio sobre los estándares de funcionamiento del servicio, permite concluir que en el caso se cumplen los tres criterios fijados.

En efecto, si atendemos a la valoración de los recursos económicos, tal y como señala el informe del Servicio, la colocación de barandillas en la instalación, tal y como exige la tesis de la reclamante, haría inviable su mantenimiento y conservación. De otro lado, la prestación del servicio portuario concernido (uso del dique rompeolas del Puerto de […]) se autoriza estableciendo las medidas de advertencia y condiciones de seguridad idóneas, suficientes y aptas para que dicha prestación sea razonablemente posible. Y, ya en fin, la prestación de este servicio supera el test de razonabilidad, atendidas la naturaleza y características estructurales de la infraestructura concernida y las circunstancias de hecho que presenta el caso y que han quedado expuestas en el relato fáctico.

En conclusión, ha quedado acreditado que la Administración portuaria ha adoptado en el dique rompeolas del Puerto de […] las medidas de advertencia y de seguridad precisas y no ha introducido o permitido algún elemento de peligrosidad o riesgo que supere al que es propio a una instalación de esas características y resulte socialmente aceptable.

DCJA 48/2007 pár. 50-53 y 57-60

H) Urbanismo

En primer lugar, conviene detenerse en el análisis del fundamento de las reclamaciones, pues no es cuestión que aparezca con claridad.

Éstas aducen que la **construcción del ascensor** produce «una congestión muy forzada que rompe la relación normal y natural que antes había entre los edificios,» «[…]la separación entre los edificios de viviendas o anchura libre de la calle debe tener relación con la altura de los mismos[…],» «[…]al reducir el espacio libre existente entre los edificios nº 7 y 9, mayores serán las sombras y se crea una mayor sensación de congestión», reduciendo así el valor de la vivienda, en una depreciación de entre un 20% y un 30%.

Junto a ello, citan también en apoyo de su pretensión el artículo 14 CE y, si bien asumen el interés general que motiva la obra (realizada en beneficio de toda la comunidad) y reconocen que «están obligados a sufrir un menoscabo en su derecho a

la intimidad así como una disminución de la calidad de vida», finalizan su argumentación señalando que «Si realmente se acepta que ubicar el ascensor donde se emplaza supone un beneficio para toda la comunidad, los reclamantes no tienen por qué sufrir una doble lesión (menoscabo de la intimidad y depreciación de la vivienda) sin que exista una indemnización».

Así formuladas las reclamaciones y a efectos de su examen cabe identificar un doble fundamento: por un lado, **la lesión al derecho de propiedad y, por otro, la del derecho a la intimidad**, en cuanto ambas otorgan sentido a su petición indemnizatoria, finalmente concretada en el importe de la depreciación sufrida (25 % o 20%) en el valor de mercado de su vivienda (apoyada en informe de tasador); importe al que, en dos reclamaciones, se añade la cantidad estimada por el demérito de los garajes.

Siendo el descrito el fundamento de las reclamaciones, se suscita, en segundo término, la necesidad de realizar una aproximación genérica a la vigente legislación urbanística.

Y ello, porque la actuación municipal —en la tesis de los reclamantes, «el funcionamiento del servicio causante del daño padecido»— es precisamente una actuación urbanística, ya que la obra municipal es ejecución de un Proyecto de Urbanización aprobado por el Ayuntamiento.

Atendiendo a razones territoriales y temporales, ha de estarse a lo que dispone el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, cuyo artículo 15.1 define los proyectos de urbanización como aquellos «proyectos de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica los Planes Generales Municipales en suelo urbano, los Planes Parciales y, en su caso, las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento[…]»; definición legal que reitera el artículo 67.1 del Reglamento de Planeamiento urbanístico aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio (en adelante, RPU).

De las reclamaciones resulta, asimismo, incontrovertido que es dicho proyecto de urbanización (su diseño) el causante del daño padecido. En otras palabras, **la causa del daño es el propio Proyecto de Urbanización** que explica por entero el perjuicio reclamado, sin que existan otros daños distintos que se hayan evidenciado al ejecutar la obra de instalación del ascensor. En forma sintética podemos decir, por tanto, que se reclama el resarcimiento del efecto querido por el Proyecto de Urbanización aprobado, sin que aparezcan otras consecuencias o afecciones negativas distintas.

Y, ya en fin, resta reiterar que, cuando se presentan las reclamaciones, el Proyecto de Urbanización, combatido en vía judicial por considerar que vulneraba el planemiento urbanístico vigente en el municipio y, subsidiariamente, por entender que contravenía el principio de racionalidad que debe regir la ejecución de las obras municipales, ha sido declarado por sentencia firme conforme a la Ley y el derecho.

De ahí que la cuestión que suscita el caso nos remita directamente al examen de la normativa urbanística aplicable.

Como es sabido, en nuestro vigente ordenamiento jurídico el derecho de propiedad, desde su propia enunciación constitucional (artículo 33.2 CE), queda definido en su contenido, con carácter general, de acuerdo con las Leyes, en aplicación de su función social. Se destaca, así, por la doctrina y la jurisprudencia su carácter de derecho estatutario, al estar definido en gran medida por el planeamiento y los instrumentos de ordenación urbanística.

En efecto, los distintos planes e instrumentos contemplados inciden por definición en la propiedad privada, pero no para constreñir o limitar indebidamente el derecho de propiedad, sino precisamente para delimitar y definir su contenido normal, de tal forma que el contenido de aquél derecho es el que en cada momento derive de la ordenación urbanística (entre otras muchas, SSTS de 5 de febrero de 1996, 16 de julio de 1997, 24 de diciembre de 1998).

Concepción del derecho de propiedad inmobiliaria (cuya definición —reiteramos— resulta de la ordenación urbanística) de la que deriva el principio general según el cual el planeamiento —y los actos y actuaciones materiales que resultan conformes al mismo— no dan lugar a indemnización por la reducción de utilidades o facultades que puedan implicar, salvo los casos que encuentran una expresa previsión normativa (en la clara dicción del artículo 2.2 Ley 6/1998, de 13 de abril también aplicable por razones temporales y territoriales, «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes»).

Se aprecia *a limine* que el caso suscitado no es subsumible en ninguno de los supuestos indemnizatorios que la normativa urbanística de aplicación —concretamente la citada Ley 6/1998, de 13 de abril— contempla expresamente.

Dicho esto, a continuación debe recordarse que, tal y como sostiene el conjunto de la doctrina, **la existencia de un régimen para supuestos indemnizatorios específicos en la legislación urbanística no desplaza la aplicación del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (artículo 106 CE y artículo 139 y ss LRJPAC), del que aquél resulta ser una especialidad**.

Si bien, tal y como destaca asimismo la doctrina, **fuera de los casos expresamente previstos por el legislador, los supuestos indemnizatorios basados en un daño cuyo origen se vincula a la ordenación urbanística** (o a los actos jurídicos y materiales que en estricto cumplimiento de la misma se llevan a cabo por las administraciones públicas competentes) **van a tener carácter excepcional y, por ello, resultarán de estricta interpretación.**

DCJA 70/2007 pár. 33-48

El perjuicio cuyo resarcimiento pretenden los reclamantes es el producido por el Proyecto de Urbanización. Por ello, confirmada la legalidad de éste y, sin que ni los reclamantes ni la documentación obrante en el expediente den noticia de un daño distinto o diferenciable de aquél, **el reconocimiento del derecho a indemnización en este caso supondría a la postre considerar que el efecto normal y típico de una actuación urbanística legal es antijurídico y, por ende, indemnizable, lo que, de acuerdo con lo antes expuesto, no resulta procedente**.

En efecto, no se identifica aquí un daño con entidad distinta (y que resulte así separable) del efecto delimitador que la construcción del ascensor ha provocado en parte de las viviendas de los reclamantes. No se trata de un perjuicio anudado a la ejecución material de la obra que se haya revelado, una vez finalizada ésta, como diferenciable y autónomo del efecto querido con la aprobación del proyecto de urbanización consistente en instalar el ascensor y, por tanto, declarada la conformidad a derecho del meritado Proyecto de Urbanización, no cabe reputar aquél daño como daño antijurídico.

Y, en cuanto al otro posible fundamento de la pretensión (supuesto **menoscabo de su derecho a la intimidad**), la Comisión concluye asimismo su improcedencia.

De nuevo, tal menoscabo se anuda directamente a la instalación del ascensor según el Proyecto de Urbanización.

Del expediente se colige que, incluso teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 584 del Código Civil que determina la no aplicación de las distancias mínimas que establece el artículo 582 del mismo texto legal a los edificios separados por una vía pública, la ubicación del ascensor ha respetado las distancias que establece el citado Código Civil (artículo 582) para garantizar el derecho de luces y vistas que corresponde a todo propietario de un inmueble, por lo que, en la medida en que, según hemos señalado, pudiera considerarse que los reclamantes fundan su pretensión también en un menoscabo de su intimidad, tal fundamento quedaría *a limine* descartado, ya que **no cabe considerar que integra el concepto de lesión a dicho derecho una construcción que respeta la norma civil vigente, sin que haya fundamento alguno para que la exigencia respecto de la Administración haya de ser distinta de la que pesa sobre un privado**.

En suma, respetadas las distancias mínimas que establece el Código Civil, dado que los instrumentos de planeamiento y urbanísticos podrían haber previsto incluso la construcción de otro edificio de viviendas a esa misma distancia, tampoco, desde la perspectiva ahora acogida, resultará resarcible el efecto de la construcción del ascensor, cuyo impacto sobre determinadas habitaciones de las viviendas de los reclamantes puede, por otra parte, neutralizarse mediante la adopción de las medidas habituales —y no costosas— que pueden tomar los residentes en viviendas con construcciones próximas.

DCJA 70/2007 pár. 64-69

Por la sentencia de referencia queda probado que **el Ayuntamiento** de Beasain **concedió una licencia urbanística que no era conforme con el planeamiento, lo que motiva la declaración de responsabilidad patrimonial de la Corporación Local desde el momento en que la reclamante basó sus obras edificatorias en el título que le habilitaba para ello.** El Ayuntamiento no comprobó debidamente que la obra de levante que se pretendía edificar no se adecuaba a la altura máxima fijada en las Normas Subsidiarias, por lo que la mercantil tiene derecho a que se le abone el importe derivado de la adecuación de la obra a la normativa urbanística.

Ha sido constante la legislación que señala que no habrá lugar a indemnización por causa de anulación de una licencia en vía administrativa o Contencioso-Administrativa si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado (sirvan como ejemplo, el artículo 232 del Real Decreto 1346/1976, de 9 abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana —*en adelante RD 1346/1976*—, el artículo 240 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana —*en adelante RDL 1/1992*—, y finalmente el vigente artículo 44 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Reglas de Valoración, descartada la aplicabilidad a los hechos de la posterior Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo), supuesto que no concurre en el caso que estamos examinando ya que el Ayuntamiento no aporta prueba ni indicio alguno que demuestre que existió dolo o culpa grave en la conducta de la reclamante (STS de 2 de enero de 1990, RJ 1990\147), quien presentó un proyecto para levantar un piso (planta cuarta, ático y bajo cubierta) y la instalación de un ascensor, siéndole concedida la licencia de obras correspondiente, y era al Ayuntamiento a quien correspondía examinar la conformidad del proyecto con las normas urbanísticas.

Este régimen especial de anulación de licencias urbanísticas concedidas por error y la indemnización en su caso procedente, estaba constituido con respecto a las actuaciones del caso, por los artículos 186 y 187 del RD 1346/1976 (en cuanto a la anulación) y artículo 44 de la Ley estatal 6/1998 —en sustitución del artículo 232 del citado RD 1346/1976— (en cuanto a la indemnización); preceptos legales que habían tenido su correspondiente desarrollo en los artículos 34 y 35 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de julio de 1978, en cuanto a la anulación y en los artículos 38 y 39 del mismo Reglamento en lo referente a la indemnización dimanable de tal anulación.

Parece conveniente señalar que la vigencia en el tiempo de los hechos de los citados preceptos legales 186 y 187 del RD 1346/1976 se había producido como consecuencia de la anulación por la STC 67/1997 de los prácticamente coincidentes preceptos 253 y 254 del RDL 1/1992 (FJ 12 d), resultando por ello legislación «*superveniens*» aplicable supletoriamente en la CAPV en materia urbanística.

DCJA 53/2007 pár. 25-28

Sin embargo, como es sabido y reitera la doctrina, en materia de responsabilidad patrimonial no basta la mera identificación de un perjuicio, desventaja o afectación

negativa singular en el círculo jurídico de quien reclama, el daño cuya reparación se pretende ha de ser lesión, concepto que queda reservado, en su sentido técnico jurídico, para el daño antijurídico (artículo 141 .1 LRJPAC).

De ahí que, como venimos señalando, **sólo si la afección negativa que esgrimen los reclamantes puede residenciarse pacíficamente en el ámbito de facultades y deberes que integran el contenido normal de su derecho de propiedad, podrá considerarse que concurre el requisito de la antijuridicidad. No así, si el daño alegado se subsume con naturalidad en el concepto «limitación del derecho de propiedad», función que, según lo razonado, es propia y típica en nuestro ordenamiento jurídico de los instrumentos de ordenación urbanística**.

DCJA 70/2007 pár. 54-55

Los propietarios de los garajes han sufrido un daño que no tenían por qué soportar, ya que la satisfacción de un fin público, como lo es de la construcción de viviendas sociales, no podía hacerse con lesión de su derecho. Es de ver que **durante casi 8 años se han visto privados del uso y disfrute de las plazas de aparcamiento.** Hay que señalar, además, que para el acceso al garaje estaba constituida una servidumbre de paso en el terreno donde se han construido aquellas, y **la intensidad de la limitación impuesta por las obras ha sido de tal entidad**, sobre todo por el tiempo en que se han prolongado, **que justifica sin lugar a dudas la procedencia de la indemnización por los perjuicios derivados de la imposibilidad material de su ejercicio.**

DCJA 92/2007 pár. 50

Estima la Comisión que los términos del escrito y elementos de prueba aportados al expediente por parte de la reclamante no permiten sentar con la certeza necesaria que la actuación o, mejor en el caso, inactividad del servicio municipal pudiera tener trascendencia en la producción de los daños concretos por los que se reclama.

El **expediente sí revela una sucesión de actuaciones entre las obras realizadas por los vecinos de la reclamante y las diligencias inspectoras municipales**, pero sin que resulte suficiente para acreditar una relación directa entre los daños que se dicen haber irrogado a la reclamante con la realización de las obras y la actuación, activa o pasiva, de los servicios municipales actuantes.

Es de tenerse en cuenta, a este menester, que parte de **las obras fueron estimadas legalizables y se legalizaron**, previo el requerimiento municipal consiguiente, con posterioridad a su realización, tal y como permite hacer la legalidad urbanística.

De esta simple constatación surge ya el suficiente margen de incertidumbre como para no descartar que los daños supuestamente producidos puedan deberse, por ejemplo, a unas obras plenamente legales, aunque defectuosas en su materializa-

ción; circunstancia que impediría cargar sin duda cualquier asomo de imputación irregular sobre el ente municipal.

Esta falta de discriminación entre las obras legales e ilegales realizadas, o incluso carecer de la seguridad suficiente para descartar que el origen de los perjuicios sufridos tenga su causa en elementos constructivos totalmente ajenos a las obras realizadas, impiden obrar en estos momentos con las garantías mínimas a fin de poder delimitar responsabilidades.

En realidad, de la documentación que integra el expediente no cabe deducir la verdadera causa u origen de los supuestos perjuicios alegados, más allá de la mera apelación voluntarista de la reclamante, sin ningún otro apoyo pericial o documental específico.

DCJA 146/2007 pár. 37 a 42

CAPÍTULO IX

REVISIÓN DE OFICIO

1. ÁMBITO DE LA POTESTAD REVISORA

La solicitud de revisión de un acto es una auténtica **acción de nulidad** —distinta de los recursos administrativos, de los requerimientos de otras administraciones, de la mera denuncia y de la petición graciable de los particulares— que **exige una precisa acreditación de la concurrencia de los requisitos y de las causas de nulidad alegadas**, que obliga necesariamente a analizarlas en relación con los concretos actos cuya declaración de nulidad se pretende.

DCJA 28/2007 pár. 31

Así, la cuestión, en la tesis del Ayuntamiento promotor de la revisión, reside en que dicha renuncia, en el caso, se realizó sin contrapartida alguna por la sociedad firmante del Convenio, deviniendo así en dispensa prohibida.

Pero, conviene avanzarlo ya, tal conclusión no es compartida por la Comisión pues, como a continuación se razona, del examen del contenido del Acuerdo y del Convenio no extrae dicha conclusión.

Porque, también, conviene ahora apuntar que **una cosa es la discrepancia entre las partes sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones adquiridas** (incluso sobre el alcance y contenido de éstas) **y otra bien distinta** (objeto del limitado análisis que corresponde al procedimiento de revisión) que en lo decidido y luego pactado (al margen los avatares habidos durante la ejecución) se aprecie, en contraste abstracto con el ordenamiento jurídico aplicable, **un contenido nulo de pleno derecho**.

DCJA 89/2007 pár. 76-78

2. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO

El artículo 102.1 LRJPAC establece con claridad que las Administraciones públicas[…], «declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1».

Esa previsión legal trata precisamente de evitar que se acuda a esta vía extraordinaria cuando se ha acudido previamente y se han resuelto los recursos ordinarios. Se ha debatido por la doctrina y admitido por la jurisprudencia la posibilidad de tramitación simultanea, en algunos casos, de expedientes de revisión de oficio y de recursos contencioso-administrativos en relación con un mismo acto, pero **se niega la posibilidad de la revisión de oficio cuando un acto administrativo ha sido enjuiciado por los Tribunales en virtud de recurso interpuesto en tiempo y forma,** en supuestos como el que se somete a dictamen.

DCJA 28/2007 pár. 42-43

A juicio de la Comisión, en el presente caso el expediente traslada, en realidad, una suerte de incumplimiento del convenio, pero ese examen queda fuera del que corresponde a este Dictamen, ceñido a dilucidar si concurre el vicio de nulidad radical contemplado en el artículo 62.1 g) LRJPAC, por infracción nuclear y frontal del artículo 57.3 del TR de 1976, que conlleve una colisión sustancial con el ordenamiento jurídico urbanístico que permita encuadrar el Acuerdo y posterior convenio en la causa de nulidad alegada.

Del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las prestaciones acordadas o cargas asumidas **derivarán las acciones contractuales procedentes** y, teniendo en cuenta que se establecen obligaciones bilaterales, podrá demandarse bien el cumplimiento de la prestación omitida o bien la resolución de la obligación, con derecho en ambos casos al resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, **pero en ningún caso acarrean la nulidad de pleno derecho**.

Los requisitos procedimentales y de contenido material no son los mismos cuando se pretende la anulación de un acto o convenio por la vía de la revisión de oficio y cuando se postula la extinción de un contrato por incumplimiento de los compromisos adquiridos por alguna de las partes o se ejercita la acción por enriquecimiento injusto, que habrán de plantearse, en su caso, por una vía distinta.

DCJA 89/2007 pár. 121-123

Además, respecto al ámbito objetivo **de la revisión por nulidad,** la Comisión entiende que está reservada para los **actos favorables**, **mientras que la vía procedente para un supuesto** como el que nos ocupa, **esencialmente desfavorable** en tanto que restrictivo de derechos, **resulta ser la de la revocación de los actos** prevista

en el artículo 105.1 LRJPAC (ya apuntada, por cierto, en sentencia antes referida), o incluso el dictado de acto contrario, en ambos casos, por órgano competente y previo el respectivo procedimiento establecido por la Ley, cuestiones sobre las que no nos corresponde pronunciarnos.

DCJA 130/2007 pár. 9

Esta Comisión, de otro lado, considera adecuado el mecanismo utilizado para expulsar del mundo jurídico la Resolución inicial de 23 de mayo de 2007, que se encontraba aquejada de un grave defecto, no convalidable ni subsanable, ya que puso fin a **un procedimiento en el que se había omitido el Dictamen de esta Comisión**, trámite legalmente preceptivo y determinante para la resolución, al ser la reclamación de un importe igual o superior a los 6.000 euros.

Para ello, como así lo hace la Resolución de 6 de junio de 2007 que la deja sin efecto, **cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 105.1 LRJPAC que habilita a las Administraciones Públicas a llevar a cabo la revocación de actos de gravamen o desfavorables «en cualquier momento», sin necesidad de seguir el procedimiento** dispuesto para la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho.

Tal revocación permite retomar el procedimiento en su fase inmediatamente anterior, ya que nada impide que los trámites se conserven en base a lo dispuesto en el artículo 66 LRJPAC, pues tal nulidad no les afecta, al ser independientes, y la infracción en nada cuestiona su contenido, que habría de mantenerse igual.

DCJA 98/2007 pár. 14-16

Véase DCJA 55/2007 pár. 15-17

Aunque no aflore en el expediente con nitidez, sin duda, en la decisión de iniciar la revisión sometida a nuestra consideración, late el **elevado montante de lo percibido con cargo a los caudales públicos.**

La Comisión tiene muy en cuenta esa circunstancia pero en un sentido distinto al que se propone por el Departamento consultante.

En efecto, en el examen sumario y estricto que, según lo expuesto, corresponde a los supuestos de nulidad radical, la entidad de la infracción sólo adquiere relevancia si es reconducible a alguno de los supuestos seleccionados por el legislador. Fuera de esos casos tasados, la gravedad no puede incorporarse al juicio ni, mucho menos, fundar la decisión pues sería tanto como adoptar ésta sobre un **factor ajeno a la configuración legal de la nulidad radical** y la decisión así tomada incurriría en la prohibida expansión de un mecanismo claramente configurado como extraordinario.

DCJA 19/2007, pár. 25-27

3. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

A) Art. 62.1.a) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional

Parece obligado anticipar, siguiendo el orden legal de las causas, que el supuesto de la vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, prevista en la letra a), al margen de su indiscutible gravedad**, implica un riesgo de mantener abierta la posibilidad de plantear indefinidamente la nulidad, en detrimento de la seguridad jurídica**; lo que exige extremar el rigor que de por sí señala la jurisprudencia para aplicar cualquiera de las causas de nulidad; rigor que cabe redoblar en el procedimiento de revisión.

DCJA 106/2007 pár. 30

Por lo que hace a la última de las causas de nulidad formuladas, la de la letra a) LRJPAC, relativa a la vulneración de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, es de apreciar, antes de nada, el **sentido restrictivo con que se abordan en general las causas de nulidad en el ordenamiento administrativo**, en especial por lo que se refiere a la presente causa; nulidad que la doctrina constitucional en vía de amparo ha condicionado a una percusión efectiva en el contenido esencial del derecho y la jurisprudencia ha reducido a una aplicación restrictiva de la propia causa de nulidad.

La cautela cobra mayor valor cuando se trata de un procedimiento de revisión de oficio, siguiendo la línea de la Comisión (DCJA 28/2007): «Es necesario recordar 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».[…]«La solicitud de revisión de un acto es una auténtica acción de nulidad —distinta de los recursos administrativos, de los requerimientos de otras administraciones, de la mera denuncia y de la petición graciable de los particulares— que exige una precisa acreditación de la concurrencia de los requisitos y de las causas de nulidad alegadas, que obliga necesariamente a analizarlas en relación con los concretos actos cuya declaración de nulidad se pretende».

Como se decía antes, con ocasión de la causa d) de nulidad, **tampoco** en este caso **cabe conectar la suerte del pleito civil relativo al derecho al honor, que se enarbola como fundamento principal de la pretensión de nulidad del acuerdo, con el acuerdo objeto de revisión, por interponerse razones de naturaleza temporal y de falta de relación causal entre ambos.**

En opinión de la Comisión, vuelven a erigirse en este caso inconvenientes ya señalados anteriormente sobre la falta de relación y secuencia temporal entre los actos mencionados, cuando se pretende tachar retrospectivamente de nulo el acuerdo a

revisar, conocida la suerte posterior de la demanda civil, debiendo para ello pasar necesariamente por considerar la nulidad como una consecuencia presuntamente desencadenada por la sentencia.

La vulneración del derecho al honor de la mercantil afectada por la publicación por el Regidor-Presidente del Concejo, en ejercicio de los derechos de expresión y de información del artículo 20.1 a) y d) CE, de un artículo en prensa, se ha venido a reconocer por los jueces con la condena y los restantes pronunciamientos de la sentencia.

Teniendo esto en cuenta, la pretensión de revisar ahora el acuerdo por parte del solicitante —persona distinta y no identificable con la mercantil beneficiada con la sentencia, aunque revestida, por su condición de vecino del Concejo, de una legitimación incuestionable para impugnar el acuerdo (STC 173/2004)—, cobra una dimensión distinta, que no cabe desconocer.

Pero lo que, en cualquier caso, la Comisión no alcanza a vislumbrar es la forma de poder revestir de nulidad, de modo automático, un acto administrativo anterior, perfectamente autónomo y declarativo de derechos, por virtud de una sentencia de un orden jurisdiccional distinto al contencioso y no correspondiente al orden penal (artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), sin que medie una relación causal directa o clara entre ambos actos, dictados por órganos de naturaleza y jurisdicción manifiestamente diferentes.

Se cierne, por tanto, en el supuesto planteado el suficiente grado de incertidumbre jurídica, a fin de producir los efectos anulatorios deseados, que lo alejan de la claridad meridiana con que es aconsejable operar en la aplicación en general de los supuestos de nulidad, y *a fortiori* en los procedimientos de revisión de oficio instados por la vía del artículo 102 LRJPAC.

En consecuencia, la Comisión estima que no concurre la causa de nulidad planteada; por lo que la revocación de un acto como el cuestionado, o la alteración de sus eventuales efectos negativos, debería encauzarse en su caso por otras vías previstas en el ordenamiento administrativo (artículos 103 y 145.3 LRJPAC), sujetas siempre a las limitaciones temporales y sustantivas que en ellas se establecen.

DCJA 106/2007 pár. 47 a 55

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

Por lo que hace, por último, al tercer supuesto de nulidad que se denuncia, la incompetencia manifiesta del órgano por razón de la materia o del territorio, letra b), dicha causa exige, al margen de la clase o tipo de la incompetencia, una forma evi-

dente de presentarse, alejada de cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico para poder ser apreciada.

DCJA 106/2007 pár. 34

Respecto a la incompetencia manifiesta del órgano (artículo 62.1.b] de la repetida Ley), y sin pronunciarnos respecto a la concreta incompetencia, podemos concluir sin dificultad que la misma **no es manifiesta, pues son diversos los títulos competenciales por los que el Ayuntamiento podría dictar actos con contenido como los aquí cuestionados**, y ello con independencia de la titularidad dominical del camino a que se refieran.

DCJA 130/2007 pár. 14

C) Art. 62.1. d) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta

La causa señalada en segundo lugar, la de los **actos constitutivos de infracción penal** o que se dicten como consecuencia de ésta, letra d) del artículo 62.1 LRJPAC, **exige la ineludible presencia de una sentencia condenatoria previa del orden penal**, estando vedado a cualquier órgano jurisdiccional conocer de las cuestiones prejudiciales ajenas a su ámbito privativo cuando éstas se refieran al orden penal.

Cabe configurar también, no obstante, dentro del supuesto de nulidad, los actos que sean consecuencia de la ilicitud penal, pero para ello deberá existir una relación causal directa entre el ilícito penal y el acto cuya nulidad se reivindica.

DCJA 106/2007 pár. 32 y 33

D) 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

Acreditado —como hemos señalado— que la trabajadora, en principio personal eventual, vino realizando con carácter habitual funciones propias de la actividad ordinaria del Ayuntamiento desde el año 1997, cabe considerar que dicha situación, a los efectos del enjuiciamiento que nos corresponde, podía ser considerada como un

supuesto de infracción cualificada de la normativa reguladora de la contratación temporal.

Y, siendo esto así, el acto objeto de revisión no puede reputarse nulo de pleno derecho por la causa del artículo 62 1 e) de la LRJPAC, en la forma que propone el Ayuntamiento consultante, pues la decisión municipal de estimar la reclamación previa a la vía laboral de doña E.A.V y reconocer el carácter de laboral indefinido, sin fijeza en la plantilla y hasta que se produzca la cobertura del puesto conforme al sistema legal que proceda, **se revela aplicación estricta de la solución doctrinal acuñada precisamente para dar solución a dichos supuestos**.

En efecto, el acto —a cuyo dictado preceden los tres informes jurídicos recogidos en los antecedentes que concluyen en idéntico sentido—, al estimar la reclamación previa a la vía laboral, aplica la doctrina jurisprudencial elaborada para armonizar las exigencias que derivan del artículo 103.3 CE y las que se imponen a las administraciones públicas por aplicación del ordenamiento laboral, que hoy se contiene en las SSTS de la Sala de lo Social —recursos para la unificación de doctrina— de 20 y 21 de enero de 1998.

[…]

En cuanto el acto objeto de revisión se ajusta a esta solución, considera la Comisión que no incurre en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1 e) de la LRJPAC **por haberse separado del procedimiento legalmente establecido** (artículo 103 LBRL —que contiene una expresa remisión al artículo 91 del mismo texto legal—); pues tal entendimiento de la causa de nulidad en este supuesto vendría a desconocer precisamente la solución que, para hacer efectiva la sujeción de las administraciones públicas a la ley y el Derecho (artículo 103. 3 CE) que incluye su sumisión al artículo 15 ET, se ha establecido.

El procedimiento que debía seguir el Ayuntamiento para resolver la reclamación previa a la vía laboral presentada por doña E.V.A es el que precedió al dictado del acto recurrido, sin que el contenido de éste pueda considerarse lesivo del régimen legal establecido en la LBRL para seleccionar al personal laboral y normas que regulan la confección y aprobación de las plantillas y las relaciones de puestos de trabajo de la Administración local, por ser —como venimos razonando— aplicación de la doctrina jurisprudencial construida para evitar precisamente el desconocimiento de los preceptos constitucionales que dan sentido y razón a dicho régimen normativo.

Y, por ello, en tanto dicha doctrina jurisprudencial se valida precisamente por no afectar al obligado cumplimiento de los requisitos sustantivos y procedimentales que deben cumplir las administraciones públicas —también las locales— cuando de seleccionar a su personal (funcionario o laboral) se trata, no cabe considerar que el acto objeto de revisión incurra en la causa de nulidad alegada.

DCJA 179/2007 pár. 36-38 y 42-44

E) 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

Ahora bien, como hemos razonado, para la aplicación de las causas de nulidad del artículo 62 LRJPAC —y, muy especialmente, la que contempla la letra f) del citado precepto— **no basta constatar que existe una infracción del ordenamiento, sino que ésta ha de ser cualificada por la ausencia de aquellos requisitos que en el concreto marco legal y normativo resulten presupuestos básicos jurídicos, no materiales ni accesorios, para adquirir los derechos y facultades reconocidos por el acto administrativo**. Sólo de darse esa carencia éste incurrirá en la excepcional nulidad de pleno derecho.

En definitiva, huyendo de cualquier generalización**, hay que analizar el caso concreto para extraer, de acuerdo con el régimen normativo aplicable, el concepto de requisito esencial** como presupuesto de hecho que necesariamente debe concurrir en el sujeto o en el objeto para que se produzca el efecto adquisitivo que prevé.

Tal enjuiciamiento, en este caso, exige, en primer término, examinar el marco normativo que regula las retribuciones del personal de la Ertzaintza a fin de identificar cuáles son los presupuestos para la percepción de dichas retribuciones, y cuáles de éstos pueden ser considerados esenciales por constituir elementos definitorios del acto, y en consecuencia, imprescindibles para adquirir los derechos y facultades que conlleva para su beneficiario.

[…]

Del precedente régimen normativo, concluye la Comisión que para el reconocimiento y percepción de cualquier complemento retributivo de los funcionarios de los Cuerpos que integran la Policía del País Vasco se exige como requisitos mínimos esenciales que se trate de un empleado público, en situación de servicio activo, que haya sido nombrado y ocupe un determinado puesto de trabajo o destino —que estará debidamente clasificado en la relación de puestos de trabajo— y que desempeñe las tareas o funciones inherentes al cargo que justifican, en cada caso, su percepción.

[…]

Por ello, el planteamiento del Departamento instructor no puede triunfar, porque éste descansa en una total identificación de los requisitos esenciales con los requisitos meramente necesarios, o de alguna manera accesorios, establecidos por el ordenamiento jurídico (más precisamente, los establecidos en el Acuerdo Regulador) para percibir unas retribuciones, extendiendo indebidamente la vía de la nulidad radical y, por ello, haciendo a la postre intercambiables el procedimiento de revisión

de oficio (artículo 102 LRJPAC) y el de la declaración de lesividad previa a la impugnación ante los Tribunales (artículo 103 LRJPAC).

Si asumiéramos el planteamiento del Departamento consultante cualquier contravención del ordenamiento sería calificable como un caso grave y notorio de incumplimiento de los requisitos esenciales para adquirir un derecho de contenido retributivo por parte de los empleados públicos, ámbito en el que la Comisión ha mantenido una postura negativa en cuantos asuntos de esa índole le han sido planteados (DDCJA 23/2001, 24 y 25/2001, 39/2001 y 95 a 99/2003).

DCJA 19/2007 pár. 37-39, 51, 56-57

F) Art. 62.1.g) de la LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal

Las precedentes consideraciones, como señaló la Comisión (DCJA 63/2000) resultan de aplicación también a los supuestos en que la causa de **nulidad de pleno derecho esté prevista en una ley sectorial** [artículo 62.1 g LRJPAC] ya que, como allí se dijo, las causas de nulidad previstas en una «Ley sectorial deben considerarse integradas en el contexto de las causas de nulidad establecidas en la LRJPAC, buscando al aplicarlas que el supuesto presente una gravedad equivalente a estas últimas, es decir, que manifieste una antijuridicidad palpable e inadmisible».

En suma, también en estos casos, **para entender concurrente el vicio de nulidad 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.

Por el contrario, su estimación como causa de nulidad radical por su colisión con la ordenación legal exige, a nuestro juicio, que el incumplimiento legal que se atribuye **sea absolutamente notorio y grave**.

DCJA 89/2007 pár. 69-71

La reflexión que precede, como se dijo en el Dictamen 63/2000, se traslada también a los supuestos en que la causa de **nulidad de pleno derecho está prevista en una ley sectorial,** que debe considerarse integrada en el contexto de las causas de nulidad establecidas en la LRJPAC, buscando al aplicarlas que el supuesto presente una gravedad equivalente a estas últimas, es decir, que **manifieste una antijuridicidad palpable e inadmisible**.

DCJA 15/2007 pár. 46

CAPÍTULO X

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Lo cierto es que **en ocasiones resulta difícil concluir si estamos ante una concesión de servicio público o una concesión de obra pública**, de esas dificultades se hace eco la Comunicación de la Comisión Europea 2000/C 121/02 (LCEur 2000/91), por la complejidad que supone en ocasiones delimitar lo que es principal y lo que es accesorio.

[…]

De todas formas, **a los efectos que ahora nos interesan, su calificación no resulta en este caso condicionante para determinar la procedencia o no de la resolución contractual**, **pues la LCAP establece un régimen común** para la extinción de los contratos que rige en ambos, con determinadas peculiaridades cuya mención no es precisa por no ser relevante para dilucidar la cuestión que se nos suscita.

DCJA 42/2007 pár. 28-30

A) Causas de resolución

Demora en el cumplimiento de los plazos

En cuanto a dicha causa, esta Comisión ha dicho reiteradamente que **el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye un elemento básico** de la relación jurídica establecida, de forma que cuando éste aparece como un elemento relevante es una determinación esencial que no accesoria o agregada a

la esencia de la prestación, de donde se desprende que, si el plazo transcurrió, el contrato quedó sustancialmente afectado por dicha situación.

DCJA 42/2007 pár. 39

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

En definitiva, hay que recordar 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), con lo que no puede considerarse que en este caso, de acuerdo con los informes jurídicos obrantes que esta Comisión comparte, se haya dado una infracción gravísima de las obligaciones esenciales por parte de la concesionaria, por lo que no procede la resolución del contrato de concesión sometido a Dictamen.

DCJA 35/2007 pár. 33

Hay que decir, inicialmente, que parece claro que ha existido una **renuncia unilateral del contratista** a ejecutar el contrato y que tal renuncia **puede encajarse en la causa de resolución por el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales.** Como dijo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 27/99, de 30 de junio, ello es «debido, por aplicación de los principios generales de la contratación, a la consideración de la renuncia expresa como incumplimiento, no ya de los plazos de ejecución, sino de las obligaciones esenciales del contrato, entre las que con carácter principal figura la de ejecutar las obras del contrato adjudicado».

En modo alguno es justificable la conducta de la contratista que decide de forma unilateral no ejecutar las obras, pues no puede condicionar la realización de las obras a su libre albedrío, sin la conformidad de la Administración contratante.

DCJA 42/2007 pár. 32 a 33

Las causas de resolución de los contratos administrativos se recogen en el artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (R.D.L. 2/2000, de 16 de junio). Concretamente, el apartado g) del citado artículo establece como causa de resolución «el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales». Y en lo que respecta al contrato de suministro, sus causas de resolución se recogen en el artículo 192 de la Ley, que, sin perjuicio de establecer especialidades, se remite al citado artículo 111.

Ciertamente, en principio, **el interés público que ampara la decisión de la Administración de resolver unilateralmente un contrato administrativo demanda que tal medida sea proporcionada al grado de incumplimiento detectado, de manera que un incumplimiento nimio no autorizaría la resolución,** que exige así para su adopción, como ha puesto de manifiesto tradicionalmente el Consejo de Estado (dictámenes de 1 de marzo de 1979 y 9 de junio de 1988, entre otros), un incumplimiento grave o relevante; como dice el propio artículo 111.g) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el incumplimiento ha de afectar a una obligación esencial contractual. Del mismo modo se ha pronunciado la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1992 y 20 de abril de 1999, entre otras).

Este interés público es especialmente notorio en este caso, dado que su contenido es el del derecho a la salud, bien constitucionalmente protegido, y que ha de ser amparado de acuerdo con los principios del Derecho Comunitario, especialmente relevante en estas cuestiones, a través del llamado «de precaución». Ante los hechos acaecidos, es adecuada la respuesta de la Administración, al legitimar el citado principio las medidas administrativas de intervención ante situaciones que potencialmente comprometan a aquella, lo que parece obvio cuando de alimentos en mal estado se trata.

Respecto a las alegaciones de la contratista en las que manifiesta que no pueden ser imputados a la empresa adjudicataria los hechos relatados, apuntando a una eventual acción malintencionada como única explicación posible, no puede ser aceptada. Y ello debido a que, tal y como se ha señalado anteriormente, en el contrato cuya resolución se pretende por la Administración consultante el adjudicatario se obliga a garantizar la calidad de los bienes que debe suministrar, debiendo para ello cumplir con las normas de calidad y disposiciones específicas del Código Alimentario, Reglamento de la CEE y Reglamentos Técnico-Sanitario vigentes.

La anterior consideración, sin embargo, no significa que toda incidencia derivada de la contaminación de los alimentos por incorporación de elementos extraños responda a un caso de incumplimiento culpable, en el sentido de ser capaz de imputar al contratista unos efectos resolutorios penalizadores, tal y como prevé la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En este caso, es claro que el obligado a que no se suministren alimentos en mal estado, susceptibles de producir daños físicos a las personas residentes en los servicios municipales, es la empresa, en cuyo ámbito de organización y disposición se ha producido el incumplimiento contractual.

Ahora bien, acreditado el incumplimiento objetivo, y por tanto, la existencia de causa para la resolución, la calificación del mismo como culpable entraña que en la conducta concurriera la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (artículo 1.104 CC), sin que en este caso se pueda interpretar que la haya habido, porque si bien no puede decirse que la causa fuera ajena al ámbito de control de la

empresa, es cierto que no ha sido identificada con precisión, lo que impide establecer —con la certeza que exige la imposición de una medida de contornos cuasi sancionadores— si desplegó o no la diligencia debida.

Por ello, esta Comisión Jurídica Asesora entiende que no procede acordar la incautación de la garantía definitiva, ni aplicar las consecuencias que limitan la capacidad del contratista en futuras relaciones contractuales.

DCJA 75/2007 pár. 19 a 22 y 33-36

2. MODIFICACIÓN DE CONTRATOS

En relación con la última exigencia, la de la debida justificación de la necesidad de la modificación en el expediente, el apartado 3 del art. 101 LCAP ilustra sobre su significado al regular los documentos que ha de aportar la Administración del Estado al expediente de modificación: «A) Una memoria explicativa suscrita por el director facultativo de la obra que justifique la desviación producida que motiva la modificación, con expresión de las circunstancias no previstas en la aprobación del pliego de prescripciones técnicas y, en su caso, en el proyecto correspondiente, documento que será expedido en los contratos distintos a los de obra, por el servicio encargado de la dirección y ejecución de las prestaciones contratadas. B) Justificación de la improcedencia de la convocatoria de una nueva licitación por las unidades o prestaciones constitutivas de la modificación. C) En los contratos de obras, informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos sobre la adecuación de la modificación propuesta». De la anterior regulación puede extraerse que los expedientes de modificación de contratos **deben de contener una explicación cumplida de la desviación de las previsiones tenidas en cuenta en la preparación del contrato, con la identificación de los errores que originan la desviación y la idoneidad de las medidas que se arbitran para su corrección, así como la justificación de las razones que aconsejan no proceder a una nueva contratación de las prestaciones que no pueden ser satisfechas mediante el primitivo contrato.**

DCJA 145/2007 pár 23