2009
MEMORIA
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

MEMORIA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI 2009

AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
EUSKADI

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

Vitoria-Gasteiz, 2010

Edición: 1.ª, julio 2010

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: Cryn Creativos, S.L.

Fotocomposición: IPAR, S.Coop.
Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

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

ISSN: 1887-021-X

Depósito legal: BI 2630-06

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 9

ABREVIATURAS. 11

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2009 15

CAPÍTULO I
COMPOSICIÓN 17

CAPÍTULO II
DIFUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN. 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. 47

CAPÍTULO I
FUNCIÓN CONSULTIVA 49
1. Parámetros. 49
A) Disposiciones generales 49

B) Actos administrativos 50
Contratación 50
Responsabilidad patrimonial 54
Revisión de oficio 55

CAPÍTULO II
FUENTES DEL DERECHO 59
1. Ley 59
A) En general 59
2. Reglamentos 60
A) Ejercicio de la potestad reglamentaria 60
B) Titularidad de la potestad reglamentaria 63
3. Derecho de la Unión Europea 65

CAPÍTULO III
EFICACIA DE LAS NORMAS 67
1. Derogación 67

CAPÍTULO IV
TÉCNICA NORMATIVA 69
1. Remisiones 69

CAPÍTULO V
DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 71
1. Generalidades 71
2. Agricultura y ganadería (art. 10.9 EAPV) 73
3. Casinos, juegos y apuestas (art. 10.35 EAPV) 74
4. Caza (art. 10.10 EAPV) 74
5. Enseñanza (art. 16 EAPV) 80
6. Lengua (art. 6 EAPV) 80
7. Organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria (art. 10.14 EAPV) 85

CAPÍTULO VI
ÁREAS 87
1. Administración Pública 87
A) Autorizaciones y acreditaciones 87
B) Función inspectora 88
C) Órganos colegiados 89
2. Educación 91
3. Normalización lingüística 92
4. Personal de las Administraciones Públicas 94
A) Provisión 94
5. Vivienda 98

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO 101
1. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general . . . 101
A) Ámbito y finalidad 101
B) Audiencia 102
C) Informes 103
D) Memorias 104
E) Negociación o consulta con los representantes del personal 106
2. Procedimiento Administrativo Común de los actos administrativos 110
A) Iniciación 110
Representación 110
B) Instrucción 111
Audiencia de los interesados 111
La prueba 113
Práctica de notificación 121
3. Especialidades en el procedimiento administrativo 123
A) Procedimiento de revisión de oficio 123
Iniciación 123
B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial 123
Iniciación 123
Instrucción 131
Finalización del procedimiento 132
C) Procedimiento de contratación administrativa 133

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 137
1. Generalidades 137
2. Daño 137
3. Relación de causalidad 139
A) Título de imputación 139
B) Estándares de funcionamiento 145
C) Concurrencia de causas 155
D) Conducta de la víctima 157
4. Antijuridicidad: causas de exclusión 160
5. Indemnización 162
A) Por daños materiales 162
B) Por lesiones 163
C) Otros gastos 165
6. Responsabilidad patrimonial por sectores 166
A) Función pública 166
B) Mantenimiento de vías públicas 170
C) Servicio educativo 174
D) Servicios sanitarios 175
E) Urbanismo 191

CAPÍTULO IX
REVISIÓN DE OFICIO 195
1. Ámbito de la potestad revisora 195
2. Límites a la revisión de oficio 197
3. Análisis de las causas de nulidad 201
A) Art. 62.1.b) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. 201
B) Art. 62.1.d) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta 203
C) Art. 62.1.e) 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 voluntad de los órganos colegiados . . . 205
D) Art. 62.1.f) 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 209
E) Art. 62.1.g) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal 215

CAPÍTULO X
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 219
1. Cuestiones generales. 219
2. Extinción del contrato 220
A) Causas de resolución. 220
Declaración de concurso o insolvencia 220
Demora en el cumplimiento de los plazos 221
Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales 222
Otras establecidas expresamente en el contrato 231

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 21 de abril 2010 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2009. 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 2009, que, como viene siendo habitual, se ha elaborado extrayendo de los dictámenes y acuerdos emitidos en este periodo los fragmentos más representativos de su posición con relación a las diversas cuestiones sobre las que se le ha consultado, respetando su tenor literal y clasificados por materias y voces. En la selección de dichos fragmentos se ha cuidado especialmente de evitar repeticiones de la doctrina incluida en las memorias anteriores, 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. José M.ª González de Castro, coordinados por el Secretario, en la labor de análisis y extracción de la doctrina, y al trabajo del traductor, Sr. Alberto Amorrortu.

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

ABREVIATURAS

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
EA	Estatuto de Autonomía
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
IVTNU	Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana
LBNE	Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera
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
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
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
LFPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función 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
LGE	Ley 1/1996, de 3 de abril, de Gestión de Emergencias
LGIIS	Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social
LHHLL	Ley 39/1988,de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales
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
LJ	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LNUE	Ley 10/1982, de 24 de noviembre, de Normalización del Uso del Euskera
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
LOSE	Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi
LPE	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores
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
LPS	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Profesiones Sanitarias
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRRVT	Ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo del País Vasco
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
NFTA	Norma Foral 6/2005, de 28 de febrero, General Tributaria de Álava
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
TRLCAP	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
TRLHL	Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local

PRIMERA PARTE

ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2009

CAPÍTULO I

COMPOSICIÓN

El día 29 de mayo de 2009 se publicó el cese de don Sabino Torre Díez como Secretario General de Régimen Jurídico, aprobado por Decreto 329/2009, de 26 de mayo *(BOPV* de 29 de mayo de 2009), quedando vacante desde entonces la presidencia de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, que fue ejercida mientras duró dicha situación de vacancia por el Vicepresidente de la Comisión.

Posteriormente, el 10 de julio de 2009 se publicó en el *Boletín Oficial del País Vasco* el Decreto 442/2009, de 7 de julio, por el que se nombra a Dña. Amaia Ortiz Cabezas como Secretaria General de Régimen Jurídico (cargo posteriormente denominado en la estructura departamental como Viceconsejera de Régimen Jurídico), que como titular de la jefatura de los servicios jurídicos centrales del Gobierno Vasco ocupa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, la Presidencia de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

En consecuencia, la composición de la Comisión a 31 de diciembre de 2009 era la siguiente:

Presidenta:
Ilma. Sra. Dña. Amaia Ortiz Cabezas.

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.
Dña. Loreto Abaigar Echegoyen.

Dña. Ana Arcocha Azcue.
Dña. Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.
D. Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe.
D. Imanol Zubizarreta Arteche.

Secretario:
D. Jesús M.ª Alonso Quilchano.

CAPÍTULO II

DIFUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN

Durante el año 2009 la Comisión, en cumplimiento del artículo 3.3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, ha editado y publicado la Memoria correspondiente al año 2008, que ha sido distribuida a las distintas Instituciones de la Comunidad Autónoma (Parlamento, Gobierno y Administración, Comisión Arbitral, Ararteko y Administración local), a la judicatura del orden contencioso-administrativo, universidades radicadas en la Comunidad y bibliotecas públicas, así como al resto de los órganos consultivos del Estado.

Asimismo, la Comisión ha continuado colaborando con la *Revista española de la Función Consultiva,* editada por el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, preparando artículos con resúmenes de nuestra doctrina o remitiendo dictámenes de interés. Así en el año 2009 se ha publicado el n.º 10 de la *Revista,* en la que se han incluido dos resúmenes de la doctrina de la Comisión sobre la responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por sus contratistas o concesionarios, y sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños sufridos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, el vocal de la Comisión, Sr. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo, ha publicado en el n.º 85 de la *Revista vasca de Administración Pública* un estudio titulado «El procedimiento de elaboración de disposiciones generales: balance de una década de la Comisión Jurídica Asesora y nuevas aproximaciones».

CAPÍTULO III

DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA

1. INTRODUCCIÓN

La función consultiva durante el año 2009 ha estado influida por la celebración de elecciones al Parlamento Vasco en el mes de marzo. Ello ha provocado que la actividad desarrollada haya sido ligeramente inferior a la experimentada en el año anterior de la VIII Legislatura, sobre todo en lo que a la consulta de disposiciones generales se refiere.

Así, en comparación con el anterior año, la cantidad de solicitudes de consultas recibidas ha disminuido casi 18 puntos porcentuales, habiendo decrecido también en el mismo porcentaje el número de dictámenes emitidos.

Atendiendo a la tipología de los asuntos dictaminados, este año la mayor reducción la han protagonizado los dictámenes sobre disposiciones generales (ya que se han dictaminado 31 normas menos que el año anterior, lo que supone un 48% de disminución), explicable por el desplome de la producción legislativa del Ejecutivo (se han pasado de 21 a 2 anteproyectos de ley dictaminados) como consecuencia del proceso electoral al Parlamento Vasco y el consiguiente procedimiento de designación del Lehendakari y de conformación del Gobierno vivido en este año.

No obstante, la caída en 48 puntos porcentuales de la normas dictaminadas no se ha traducido en una disminución porcentual similar en el total de asuntos dictaminados, ya que la actividad consultiva sobre actos administrativos se ha mantenido en parámetros similares a los del año pasado (se han dictaminado solo 17 actos menos, lo que supone un 9% de bajada). En cuanto a estos últimos, sigue destacando por su número las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que representan un 76% del total de asuntos dictaminados.

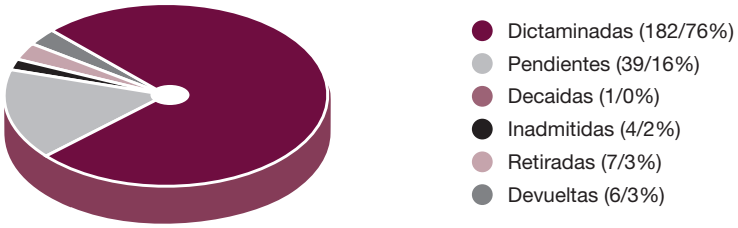
Por último y atendiendo al origen de las solicitudes de consultas recibidas, la ralentización de la actividad normativa, así como el ligero aumento de las consultas de los entes locales, ha provocado que en este ejercicio los dictámenes sobre consultas realizadas por éstos hayan superado en 10 puntos a los correspondientes a consultas provenientes de la Administración de la Comunidad Autónoma, volviendo a la tendencia que era habitual en ejercicios anteriores (con la excepción del año 2008).

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

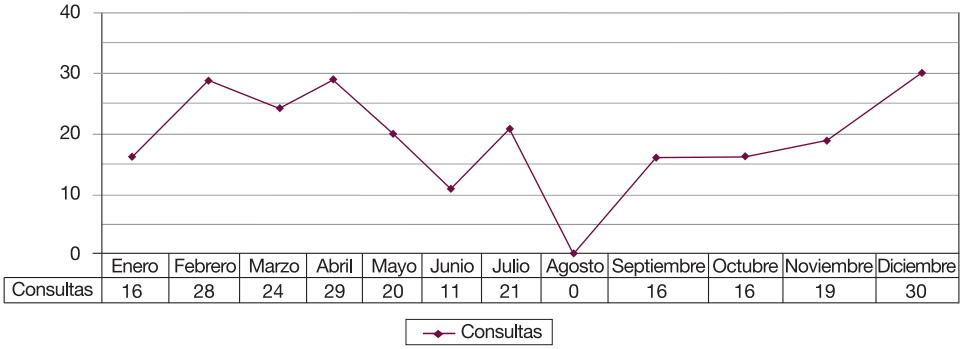
2. DATOS SOBRE LAS CONSULTAS RECIBIDAS

Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2009 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 241 solicitudes de consultas, de las cuales 4 no fueron admitidas a trámite por defectos formales en la solicitud o por no ser competencia de la Comisión, y 7 fueron retiradas por los órganos consultantes, antes de admitir a trámite la solicitud, al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

De las 230 consultas admitidas a trámite, 1, referida a un anteproyecto de ley, decayó al haber disuelto el Lehendakari, mediante Decreto de 2 de enero de 2009, el Parlamento Vasco, siendo, en consecuencia, devuelta por el Presidente; 1 fue devuelta a petición del órgano consultante, tras su reconsideración como consecuencia del cambio operado en las áreas de actuación de los departamentos tras la constitución del nuevo gobierno; y 1 fue devuelta por la Presidenta al no quedar acreditado en el expediente la cumplimentación de diversos trámites preceptivos. Asimismo, por acuerdo del Pleno se devolvieron 6 consultas, al advertir una insuficiente instrucción que le impedía dictaminar sobre el asunto sometido a su conocimiento o porque no procedía emitir un nuevo dictamen. Finalmente, se ha emitido dictamen sobre 182 consultas, continuando pendientes de resolver al finalizar el año 39 consultas.



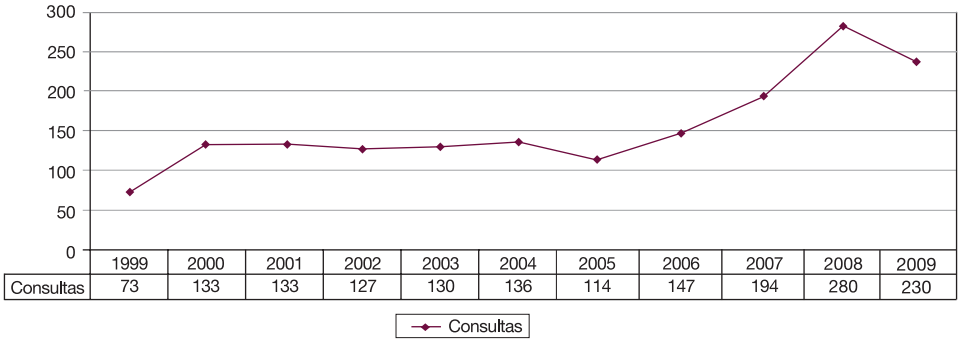
La evolución de las solicitudes de consultas por meses es la que se representa a continuación:



	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Consultas	16	28	24	29	20	11	21	0	16	16	19	30

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	2008	2009
Consultas	73	133	133	127	130	136	114	147	194	280	230

En cuanto a la tramitación de las consultas admitidas a trámite, debemos destacar que solamente una de ellas se han 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 9 consultas del año 2009 ampliación de información. Todas las solicitudes de ampliación de información fueron cumplimentadas por los órganos consultantes a las que iban dirigidas, bien remitiendo la documentación solicitada, bien justificando la imposibilidad de dar satisfacción a lo solicitado. Asimismo, la Presidencia, en aplicación del artículo 20.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre), sometió 3 consultas a la reconsideración de los titulares de los departamentos consultantes,

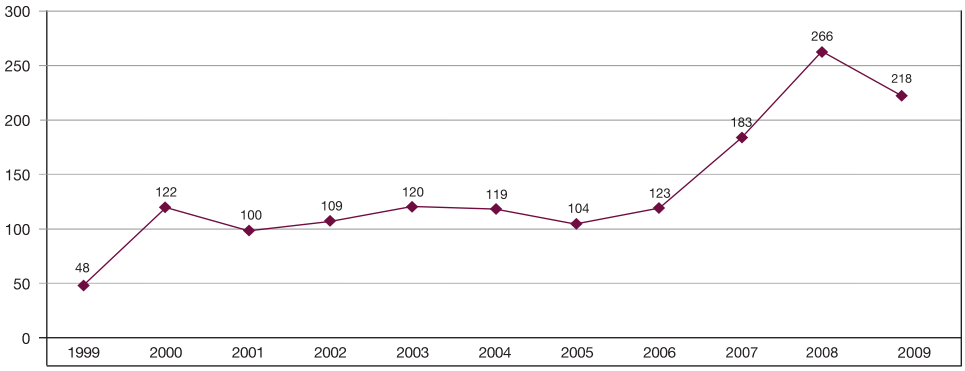
al haberse producido una alteración significativa en la asignación de las áreas de actuación de los departamentos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco como consecuencia del Decreto 4/2009, de 8 de mayo, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos *(BOPV* 86; 9-05-09).

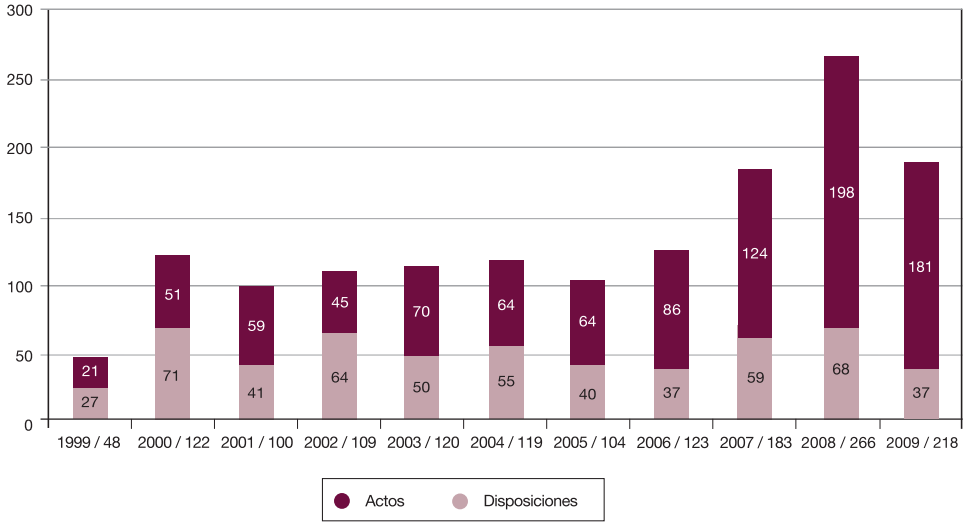
Finalmente hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 40 sesiones ordinarias y no ha celebrado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

3. DATOS SOBRE LOS DICTÁMENES EMITIDOS

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 218 dictámenes (*téngase en cuenta que 36 de esos dictámenes corresponden a expedientes remitidos a esta Comisión en el año 2008*), 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):



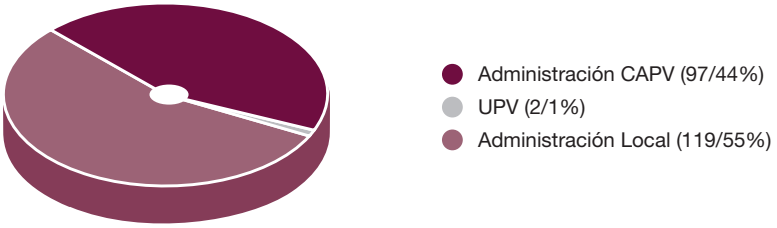


Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

Anteproyectos de Ley	2
Proyectos de decretos legislativos	0
Proyectos de disposiciones reglamentarias	35
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	6
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros	166
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	**218**

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

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



a) *Administración de la Comunidad Autónoma:* 97 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

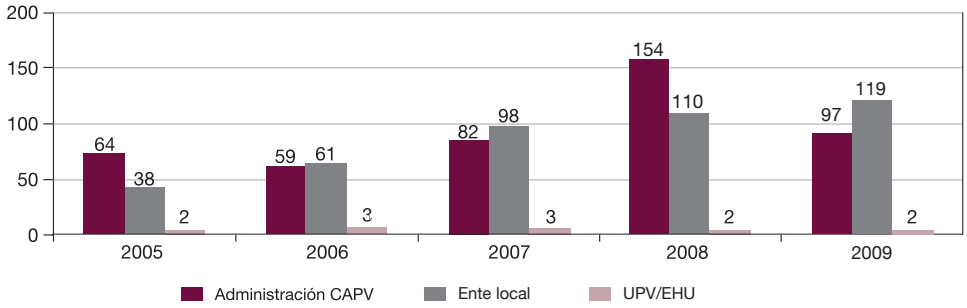
	DISPOSICIONES GENERALES	ACTOS ADMINISTRATIVOS	TOTAL
Agricultura, Pesca y Alimentación	1	0	1
Cultura	2	0	2
Economía y Hacienda	1	1	2
Educación, Universidades e Investigación	15	4	19
Empleo y Asuntos Sociales	2	0	2
Industria, Comercio y Turismo	1	0	1
Interior	7	5	12
Justicia y Administración Pública	0	1	1
Justicia, Empleo y Seguridad Social	1	0	1
Medio Ambiente, Planificacion Territorial, Agricultura y Pesca	5	1	6
Servicio Vasco de Salud-Osakidetza	0	41	41
Transportes y Obras Públicas	0	2	2
Vivienda y Asuntos Sociales	2	1	3
Vivienda, Obras Públicas y Transportes	0	4	4
TOTAL	**37**	**60**	**97**

b) *Universidad del País Vasco:* 2 dictámenes.

c) *Administración Local:* 119 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

	ACTOS ADMINISTRATIVOS
Ayuntamiento de Abanto y Ciérvana-Abanto Zierbena	2
Ayuntamiento de Arrasate	1
Ayuntamiento de Arrigorriaga	3
Ayuntamiento de Astigarraga	1
Ayuntamiento de Atxondo	1
Ayuntamiento de Ayala	1
Ayuntamiento de Barakaldo	1
Ayuntamiento de Basauri	8
Ayuntamiento de Bilbao	18
Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián	46
Ayuntamiento de Durango	3
Ayuntamiento de Getxo	8
Ayuntamiento de Ibarrangelu	1
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio	4
Ayuntamiento de Lekeitio	1
Ayuntamiento de Lezama	2
Ayuntamiento de Loiu	1
Ayuntamiento de Pasaia	1
Ayuntamiento de Ribera Baja	1
Ayuntamiento de Santurtzi	7
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	2
Ayuntamiento de Zestoa	2
Ayuntamiento de Zigoitia	1
Ayuntamiento de Zumarraga	1
Concejo de Montevite	1
Mancomunidad del Alto Deba	1
TOTAL	**119**

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
100/2009	Consulta 62/2009, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don G.R.A. como consecuencia de una caída en la vía pública	Sr. Eskubi Juaristi
124/2009	Consulta 83/2009, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño J.F.V. como consecuencia de una pelea en el centro escolar ...	Sr. Zorrozua Aierbe
134/2009	Consulta 86/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don Á.A.S. como consecuencia de accidente laboral	Sra. Arcocha Azcue
135/2009	Consulta 87/2009, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.P.A. como consecuencia de accidente laboral	Sra. Arcocha Azcue
148/2009	Consulta 120/2009, sobre la resolución del contrato de Concesión del Servicio de Diseño, Instalación, Conservación y Explotación de Soportes de Información, Marquesinas y otros elementos de interés y uso público en el caso urbano de Vitoria-Gasteiz adjudicado a la mercantil E	Sra. Abaigar Echegoyen Sra. Arcocha Azcue Sr. Zorrozua Aierbe

4. RELACIÓN DE DICTÁMENES Y ACUERDOS

Anteproyectos de Ley (2)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
191/2009	Consulta 175/2009 del anteproyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia
202/2009	Consulta 172/2009 sobre el anteproyecto de Ley de Caza

Proyectos de disposiciones reglamentarias (35)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
001/2009	Consulta 235/2008 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco
002/2009	Consulta 247/2008 del proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de selección del director o directora y el nombramiento y el cese de los otros órganos unipersonales de gobierno de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación
003/2009	Consulta 253/2008 del proyecto de Decreto por el que se establecen los criterios de ordenación y planificación de la red de Centros Docentes de enseñanza no universitaria en el ámbito de la CAPV
012/2009	Consulta 263/2008 del proyecto de Decreto por el que se regula la comisión interinstitucional de cooperación para el desarrollo
018/2009	Consulta 10/2009 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula el proceso de normalización del euskera en la Ertzaintza
019/2009	Consulta 272/2008 del proyecto de Decreto por el que se regula la estructura, organización y funcionamiento de los Centros de Apoyo a la Formación e Innovación Educativa (Berritzegunes) y se crea un nuevo Berritzegune
030/2009	Consulta 20/2009 del proyecto de modificación del Decreto de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimientos de euskera y adecuación de los mismos al Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas
035/2009	Consulta 9/2009 del proyecto de Decreto por el que se dispone la implantación de las enseñanzas de idiomas de régimen especial y se establece el currículo de los niveles básico, intermedio, avanzado y aptitud de dichas enseñanzas
040/2009	Consulta 279/2008 del proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto que regula la inspección y revisión de las instalaciones de gas en servicio destinadas a usos domésticos, colectivos o comerciales

N.º DICTAMEN	TÍTULO
046/2009	Consulta 43/2009 del proyecto de Decreto por el que se establecen las medidas económicas vinculadas al reforzamiento de las condiciones de seguridad en la prestación del servicio por los funcionarios de la Ertzaintza
057/2009	Consulta 26/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Mecanizado
062/2009	Consulta 27/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Cocina y Gastronomía
063/2009	Consulta 33/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Soldadura y Calderería
067/2009	Consulta 44/2009 del proyecto de Decreto por el que se regulan los centros educativos de cumplimiento de medidas privativas de libertad en la Comunidad Autónoma del País Vasco
068/2009	Consulta 28/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico de Servicios en Restauración
069/2009	Consulta 34/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Vitivinicultura
070/2009	Consulta 36/2009 del proyecto de Decreto por el que se regula la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con los convencionales y ecológicos
072/2009	Consulta 41/2009 del proyecto de Decreto del Consejo Asesor de la Mediación Familiar
073/2009	Consulta 57/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Farmacia y Parafarmacia
074/2009	Consulta 73/2009 del proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación de traductores e intérpretes jurados
080/2009	Consulta 53/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior de Construcciones Metálicas
081/2009	Consulta 54/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Desarrollo de Proyectos de Instalaciones Térmicas y de Fluidos
082/2009	Consulta 56/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Mantenimiento de Instalaciones Térmicas y de Fluidos
089/2009	Consulta 55/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Educación Infantil
123/2009	Consulta 85/2009 del proyecto de Decreto por el que se establecen las normas técnicas, higiénico-sanitarias y medioambientales de las explotaciones ganaderas

N.º DICTAMEN	TÍTULO
181/2009	Consulta 93/2009 del proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de máquinas y sistemas de juego
182/2009	Consulta 148/2009 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto de ayudas a las actividades de promoción y participación en programas de calidad de los alimentos
193/2009	Consulta 166/2009 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regulan determinados aspectos de la gestión de las tasas y de los precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus Organismos Autónomos
198/2009	Consulta 164/2009 del proyecto de Decreto por el que se regula la participación voluntaria de la ciudadanía en el Sistema Vasco de Atención de Emergencias
199/2009	Consulta 169/2009 sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de condecoraciones y distinciones aplicables a los Cuerpos de Policía local
201/2009	Consulta 192/2009 del proyecto de Decreto de tercera modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Juego del Bingo de la Comunidad Autónoma de Euskadi
203/2009	Consulta 177/2009 sobre el proyecto Decreto de desarrollo y aplicación de las medidas de apoyo comunitarias al sector vitivinícola de la Comunidad Autónoma de Euskadi
215/2009	Consulta 184/2009 del proyecto de Decreto del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo
216/2009	Consulta 191/2009 del proyecto de Decreto regulador de la Prestación Complementaria de Vivienda
217/2009	Consulta 185/2009 sobre proyecto de Decreto por el que se regula el desarrollo y aplicación en la CAPV de la reglamentación comunitaria en el sector de frutas y hortalizas y el régimen de ayudas derivadas de la misma

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (166)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
004/2009	Consulta 248/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.P.A.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
005/2009	Consulta 250/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don L.R.G. como consecuencia de un accidente sufrido con su motocicleta en la vía pública

N.° DICTAMEN	TÍTULO
006/2009	Consulta 257/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.B.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
007/2009	Consulta 259/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.O.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
008/2009	Consulta 256/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por las hermanas doña A. y doña M.J.A.F. como consecuencia del fallecimiento de su padre tras un atropello
009/2009	Consulta 201/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don D.L.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
010/2009	Consulta 244/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.R.S. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
011/2009	Consulta 252/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don E.C.O. como consecuencia de una caída en la piscina municipal
013/2009	Consulta 254/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la representantención legal de … Seguros S.A. ejerciendo acción de recobro tras haber abonado a la asegurada … S.L. los daños ocasionados tras una inundación que imputan al deficiente estado de la red de saneamiento
014/2009	Consulta 258/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.F.E. como consecuencia de una caída en la vía pública
015/2009	Consulta 260/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.A.S. como consecuencia de una caída en la vía pública
016/2009	Consulta 262/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor A.B.F. como consecuencia de una caída en un parque infantil público
017/2009	Consulta 268/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por … S.A. como consecuencia de la rotura de cables de fibra óptica en una canalización subterránea tras una excavación en la calle…
020/2009	Consulta 273/2008 sobre la reclamación de responsabilidad por los daños sufridos don E.G.C. y doña T.D.M. como consecuencia del desalojo de su vivienda
021/2009	Consulta 265/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.C.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
022/2009	Consulta 261/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.G.E. como consecuencia de una caída en la vía pública
023/2009	Consulta 270/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña N.E.A. y doña M.D.A.L. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública

N.º DICTAMEN	TÍTULO
025/2009	Consulta 275/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de la rotura de un colector de aguas
026/2009	Consulta 276/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.C.E. como consecuencia de una caída en el puente de … tras ceder una barandilla
027/2009	Consulta 266/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
028/2009	Consulta 271/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.I.G.P. y doña M.I.M.A. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública
029/2009	Consulta 267/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.B.D.P.D. como consecuencia de una caída en la vía pública
031/2009	Consulta 194/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.D.C.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
032/2009	Consulta 277/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.D.P.J. como consecuencia de una caída en la vía pública
033/2009	Consulta 278/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.A.L.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
034/2009	Consulta 282/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.G.Z. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud
036/2009	Consulta 3/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.J.F.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
037/2009	Consulta 4/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.M.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
038/2009	Consulta 5/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.O.E. como consecuencia de un accidente de circulación
039/2009	Consulta 280/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.A.P. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud
041/2009	Consulta 12/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el profesor don A.C.B. como consecuencia de la demora de la UPV en la remisión al Ministerio de su proyecto de cooperación interuniversitaria

N.º DICTAMEN	TÍTULO
042/2009	Consulta 6/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.L.P. como consecuencia de una caída en la vía pública
043/2009	Consulta 14/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.d.C.E.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
044/2009	Consulta 281/2008 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.D.R. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud
045/2009	Consulta 11/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña S.C.R. como consecuencia de su participación en un concurso de traslados de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud
047/2009	Consulta 7/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.S.E. como consecuencia de una caída en la vía pública
048/2009	Consulta 13/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.G.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
049/2009	Consulta 30/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.B.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
050/2009	Consulta 24/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.C.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
051/2009	Consulta 16/2009 sobre la reclamación de responsabilidad ptrimonial por los daños sufridos por doña M.C.T.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
052/2009	Consulta 8/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.O.V. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública
054/2009	Consulta 37/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.S.O. como consecuencia de una caída en la vía pública
055/2009	Consulta 15/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.F.A.P., doña R.M.J.A. y don J.R.J.A. por la asistencia médica prestada por Osakidetza a don O.J.C.
056/2009	Consulta 18/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.A.O. y sus hijos E.S.A., M.S.A. y O.S.A. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a un familiar
058/2009	Consulta 25/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.M.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
059/2009	Consulta 38/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.O.F. como consecuencia de un traspié en la calzada
060/2009	Consulta 19/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.U.I. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza

N.º DICTAMEN	TÍTULO
061/2009	Consulta 21/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don G.G.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
064/2009	Consulta 32/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.A.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
065/2009	Consulta 35/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña T.D.d.Q.S. como consecuencia de diversas actuaciones urbanísticas
066/2009	Consulta 29/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.N.Y. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
071/2009	Consulta 31/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la comunidad de propietarios de la calle … y otros, por los daños sufridos en los elementos comunes y privativos como consecuencia de la construcción de un aparcamiento en el subsuelo de la calle …
075/2009	Consulta 42/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.F.P.H. como consecuencia de unas obras de demolición llevadas a cabo por el Departamento de Vivienda y Asuntos Sociales
076/2009	Consulta 40/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño J.E.A. como consecuencia de una caída en el polideportivo del Colegio … de Getxo
077/2009	Consulta 39/2009 sobre la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña O.E.A. y sus hijas doña M. y doña A.A.E. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a un familiar
078/2009	Consulta 51/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los hermanos don E., doña M.N. y don J.A.G.C.O. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza a don V.G.C.G.
079/2009	Consulta 23/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa ... como consecuencia del retraso en la recepción de la obra de reforma del edificio …
083/2009	Consulta 47/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.A.P. como consecuencia de una caída en el puerto de ...
084/2009	Consulta 46/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.O.P. como consecuencia de una caída en la vía pública
085/2009	Consulta 48/2009 sobre la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.Z.V. como consecuencia de una caída en la vía pública
086/2009	Consulta 58/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Aseguradora … y don F.J.E.A. como consecuencia de la rotura de una tubería municipal en la calle … de Bilbao

N.º DICTAMEN	TÍTULO
087/2009	Consulta 50/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.E.V. como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
090/2009	Consulta 52/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.C.M. como consecuencia de los desperfectos sufridos en su embarcación tras la rotura del amarre en el puerto de ...
091/2009	Consulta 61/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don D.C.S. como consecuencia de una accidente de circulación en el término municipal de Donostia-San Sebastián
092/2009	Consulta 45/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.B.B., don J.P.B. y doña A.P.B. como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
094/2009	Consulta 59/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la compañia de seguros [...] como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por una inundación
095/2009	Consulta 60/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.O.O. como consecuencia de un accidente de circulación en el término municipal de Zestoa
096/2009	Consulta 63/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.G.G. como consecuencia de un accidente en el Hospital de …
097/2009	Consulta 66/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña F.R.C. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
098/2009	Consulta 67/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.A. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza
099/2009	Consulta 69/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.O.C. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
100/2009	Consulta 62/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don G.R.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
101/2009	Consulta 64/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.J.R. como consecuencia de las incidencias surgidas en las listas de profesores de la especialidad de albañilería
102/2009	Consulta 65/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios …, doña I.A.A. y la Compañía de Seguros … como consecuencia de la rotura de la red de saneamiento a la altura de ...
103/2009	Consulta 74/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.A.G. y doña M.L.U.G. con motivo del accidente sufrido con su ciclomotor en la vía pública

N.º DICTAMEN	TÍTULO
104/2009	Consulta 84/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño A.L.P. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
105/2009	Consulta 70/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.B.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
106/2009	Consulta 77/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Funeraria ... como consecuencia de la suspensión de una licencia de obras y de actividad de tanatorio
107/2009	Consulta 71/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don I.A.-I.P. como consecuencia de un accidente de circulación
108/2009	Consulta 89/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.C.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
109/2009	Consulta 92/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.Q.Z. como consecuencia de una caída en la vía pública
110/2009	Consulta 68/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don D.A.R. como consecuencia de la asistencia médica prestada a don F.J.A. F.
111/2009	Consulta 80/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.L.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
112/2009	Consulta 82/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.L.P. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza
113/2009	Consulta 97/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.J.J. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
114/2009	Consulta 79/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.I.L. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
115/2009	Consulta 78/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.V.M. como consecuencia de un accidente de circulación
116/2009	Consulta 72/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … como consecuencia de la ejecución de varios avales en relación con el contrato de obra de construcción del Edificio destinado a la Escuela Universitaria de ... de Donostia-San Sebastian.
117/2009	Consulta 91/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño A.G.U. como consecuencia de una caída en una zona ajardinada de un parque público
118/2009	Consulta 99/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.B.C. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en un parking subterráneo

N.º DICTAMEN	TÍTULO
119/2009	Consulta 94/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don U.M.O. como consecuencia de un accidente de circulación en el término municipal de Arrigorriaga
120/2009	Consulta 96/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.G.N. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza
122/2009	Consulta 106/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.Á.F.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
124/2009	Consulta 83/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño J.F.V. como consecuencia de una pelea en el centro escolar ...
125/2009	Consulta 109/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.U.B. como consecuencia del hundimiento de una embarcación en el puerto de …
127/2009	Consulta 90/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.I.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
128/2009	Consulta 112/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.Z.U. como consecuencia de una caída en la vía pública
129/2009	Consulta 95/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.R.H. como consecuencia de una caída en la vía pública
130/2009	Consulta 102/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la niña J.L.F. como consecuencia del servicio público educativo
131/2009	Consulta 110/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
132/2009	Consulta 111/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.P.P. como consecuencia de una caída en la vía pública
133/2009	Consulta 103/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.S.J.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
134/2009	Consulta 86/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don Á.A.S. como consecuencia de accidente laboral
135/2009	Consulta 87/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.P.A. como consecuencia de accidente laboral
136/2009	Consulta 114/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por …, como consecuencia del ingreso en la Hacienda Foral de Gipuzkoa del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales

N.º DICTAMEN	TÍTULO
137/2009	Consulta 98/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.A.Z. y sus hijos don M. y doña A.M.O.A. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza a don P.O.U.
139/2009	Consulta 105/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.L.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
141/2009	Consulta 115/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.P. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
142/2009	Consulta 116/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.G.C. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
143/2009	Consulta 108/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño Y.M.B. como consecuencia de la atención prestada en la Escuela Infantil … de Santurtzi
144/2009	Consulta 123/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa T. como consecuencia de la inmovilización por la Ertzaintza de un camión a su servicio
145/2009	Consulta 113/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por … y Seguros …, en subrogación de dos propietarios de locales, y por otros afectados como consecuencia de una fuga de agua tras la rotura de una tubería municipal
146/2009	Consulta 122/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el Gobierno Vasco como consecuencia de las inundaciones padecidas en sus locales de calle ...
147/2009	Consulta 127/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la comunidad de propietarios de los garajes de la calle … como consecuencia de la rotura de una tubería.
149/2009	Consulta 117/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña T.N.M. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
151/2009	Consulta 128/2009 sobre la responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don Á.M.S.L. en el área de recreo del IES … BHI de Baracaldo
152/2009	Consulta 81/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.M.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
153/2009	Consulta 129/2009 sobre la reclamación patrimonial por daños sufridos en la comunidad de propietarios de la calle … de Bilbao como consecuencia de obstrucción de la red de saneamiento pública
154/2009	Consulta 124/2009 sobre la reclamación patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.F. como consecuencia de una caída en la vía pública

N.° DICTAMEN	TÍTULO
155/2009	Consulta 125/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.M.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
156/2009	Consulta 121/2009 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.A.H. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza
157/2009	Consulta 132/2009 sobre la responsabilidad patrimonial por daños causados a doña E.G.M. como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza
158/2009	Consulta 130/2009 sobre la responsabilidad patrimonial por daños ocasionados a doña M.J.G.B. como consecuencia de caída en el hogar de jubilados [...] de Pozokoetxe
159/2009	Consulta 134/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña F.B.T. como consecuencia de una caída en la vía pública
160/2009	Consulta 135/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don V.C.D. como consecuencia de una caída en la vía pública
161/2009	Consulta 136/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.A.E. como consecuencia del fallecimiento de su padre tras una caída en la vía pública
162/2009	Consulta 141/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don E.P.G. como consecuencia de un accidente de circulación con motocicleta en el carril bus/taxi
163/2009	Consulta 133/2009 sobre la reclamación de responsabillidad patrimonial por los daños causados a doña M.J.S.L. con motivo del fallecimiento de su hija como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
164/2009	Consulta 139/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña O.V.C. por la asistencia sanitaria prestada a la misma
165/2009	Consulta 131/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.A.C., doña M.B.B.Z., don H.A.B. y doña M.Z.A. como consecuencia de la inactividad de la administración municipal en relación con el sobrevuelo de aviones del Aeropuerto de Loiu
166/2009	Consulta 145/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Cooperativa de … como consecuencia de la rotura de una anilla móvil en el Puerto de Bermeo
167/2009	Consulta 140/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la mercantil … por los daños ocasionados en la embarcación … en el puerto de Bermeo
168/2009	Consulta 143/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.Z. como consecuencia de una caída en la vía pública

N.º DICTAMEN	TÍTULO
169/2009	Consulta 137/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña H.B.R. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
170/2009	Consulta 142/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña N.Q.P. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
171/2009	Consulta 152/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por don X.Z.O. por daños sufridos como consecuencia de las actuaciones seguidas por la División de Inspección de la Ertzaintza
172/2009	Consulta 144/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.Á.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
173/2009	Consulta 146/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.C. como consecuencia de la retirada de su vehículo por la grúa municipal
174/2009	Consulta 157/2009 sobre la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña O.M.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
177/2009	Consulta 156/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña V.F.Z. como consecuencia de una caída en las escaleras del centro de educación infantil y primaria J.M.S.M.
178/2009	Consulta 150/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño Y.D.R. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
179/2009	Consulta 153/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.M.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
184/2009	Consulta 155/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.I.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
185/2009	Consulta 163/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña T.S.H., como consecuencia de la indefensión que le ha ocasionado la actuación de la Ertzaintza en un accidente de tráfico
186/2009	Consulta 147/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.J.C.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
187/2009	Consulta 160/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.G.L. como consecuencia de una caída en la vía pública

N.° DICTAMEN	TÍTULO
188/2009	Consulta 161/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña S.M.C. como consecuencia de un accidente de circulación
189/2009	Consulta 154/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.M.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
192/2009	Consulta 149/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don Á.L.d.A.R. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
194/2009	Consulta 168/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.F.R. como consecuencia de una caída en el centro de salud de ...
195/2009	Consulta 167/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.B.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
196/2009	Consulta 171/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.A.F. como consecuencia de una lesión sufrida en la vía pública
197/2009	Consulta 174/2009 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por doña M.d.C.B.M. por los daños sufridos como consecuencia de un accidente de circulación
200/2009	Consulta 173/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.R.S. como consecuencia de una caída en el Teatro … de Donostia-San Sebastián
204/2009	Consulta 176/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a doña C.P.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
205/2009	Consulta 180/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.C.T. como consecuencia de la rotura del cable de la grúa del Puerto de refugio de …
206/2009	Consulta 181/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en el local comercial regentado por don J.A.M.E. como consecuencia de inundaciones provenientes de una arqueta
207/2009	Consulta 183/2009 sobre la reclamación de resposabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.V.U. como consecuencia de una caída en la vía pública
208/2009	Consulta 179/2009 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.B.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
209/2009	Consulta 182/2009 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.J.R.M. y doña M.C.F.R. como consecuencia de una caída de moto provocada por la presencia de aceite en la calzada

N.º DICTAMEN	TÍTULO
210/2009	Consulta 187/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.A.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
211/2009	Consulta 188/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.R.M.P. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
212/2009	Consulta 189/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados a doña M.I.G.V. con motivo del fallecimiento de su padre como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
213/2009	Consulta 190/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.G. como consecuencia de una caída en el Hospital …
214/2009	Consulta 178/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don I.G.A. como consecuencia de un accidente en el polideportivo municipal
218/2009	Consulta 193/2009 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña N.A.J. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza

Revisión de oficio (9)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
088/2009	Consulta 2/2009 sobre la revisión de oficio de las licencias concedidas a don M.A.B.J. para la construcción de una vivienda unifamiliar, así como para su primera ocupación, aprobadas, respectivamente, por el Decreto de 6 de mayo de 1998, y por Acuerdo plenario de 7 de diciembre de 2001
093/2009	Consulta 88/2009 sobre el expediente de revisión de oficio de las cláusulas tercera y cuarta del Convenio Urbanístico con la mercantil S, suscrito el 12 de julio de 2002, relativo al proceso de equidistribución del Sector ...
121/2009	Consulta 104/2009 sobre el expediente de revisión de oficio de las Resoluciones de Alcaldía n.os 82 y 229 de 2008, relativas a la aprobación y ordenación de pago de los importes correspondientes por indemnizaciones y asignaciones al corporativo don J.M.M.L.
138/2009	Consulta 107/2009 sobre el expediente de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 26 de septiembre de 1997 por el que se aprueba la elección del sistema de actuación por cooperación para la Unidad de Ejecución … en Rivabellosa

N.º DICTAMEN	TÍTULO
140/2009	Consulta 119/2009 sobre el expediente de revisión de oficio de la liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana n.º… a la mercantil …
150/2009	Consulta 126/2009 sobre el expediente de revisión de oficio del punto primero del Decreto de Alcaldía de 12 de mayo de 2006 relativo a la aceptación de la propuesta de los copropietarios de los elementos 44Q y 44R de la Urbanización …, para la compraventa de dichos elementos
176/2009	Consulta 158/2009 sobre el expediente de revisión de oficio para la anulación de la inscripción en el registro de perfiles lingüísticos del IVAP del perfil lingüístico 2 a favor de don C.L.D.
183/2009	Consulta 159/2009 sobre el expediente de revisión de oficio de los actos administrativos que concluyeron con la adquisición de la condición de personal estatutario fijo de doña N.P.-I.A. en la categoría de Diplomada en Logopedia
190/2009	Consulta 162/2009 sobre el expediente de revisión de oficio del Convenio Urbanístico con la mercantil …, suscrito el 12 de julio de 2002, relativo al proceso de equidistribución del Sector …

Contratos administrativos (6)

N.º DICTAMEN	TÍTULO
024/2009	Consulta 269/2008 sobre la resolución del contrato de obra de Construcción de ...
053/2009	Consulta 17/2009 sobre la resolución del contrato de obras de reforma de …
126/2009	Consulta 101/2009 sobre la resolución del contrato suscrito con la mercantil ... para la ejecución de la reforma de la …
148/2009	Consulta 120/2009 sobre la resolución del contrato de Concesión del Servicio de Diseño, Instalación, Conservación y Explotación de Soportes de Información, Marquesinas y otros elementos de interés y uso público en el caso urbano de Vitoria-Gasteiz adjudicado a la mercantil E
175/2009	Consulta 138/2009 sobre resolución del contrato para la construcción y explotación, en régimen de concesión administrativa, de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles en … Plaza de Barakaldo
180/2009	Consulta 151/2009 sobre la resolución de los contratos de servicios para la redacción del proyecto, de dirección de obra, de dirección de ejecución de obra y de ejecución de obras del centro multifuncional de Ayala

Acuerdos de devolución (6)

N.° ACUERDO	TÍTULO
001/2009	Consulta 264/2008 sobre el expediente de revisión de oficio de la cláusula cuarta del Convenio Urbanístico con la mercantil …, suscrito el 12 de julio de 2002, relativo al proceso de equidistribución del Sector …
002/2009	Consulta 75/2009 sobre la resolución del contrato de ejecución de obras de Hormigón y Albañilería de 30 Viviendas, Locales y tres Plantas de Sótano en … de Villabona
004/2009	Consulta 76/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.R.S. como consecuencia de una caída en el Teatro … de Donostia-San Sebastián
005/2009	Consulta 118/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.L.T. como consecuencia de una caída en la vía pública
006/2009	Consulta 165/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.P.A.I. como consecuencia de una caída en la vía pública
007/2009	Consulta 170/2009 sobre el expediente de revisión de oficio del Acuerdo del Pleno, de 24 de diciembre de 2003, relativo a la enajenación de un terreno en el Barrio de …, Polígono …, parcela …

SEGUNDA PARTE

EXTRACTO DE LA DOCTRINA

CAPÍTULO I

FUNCIÓN CONSULTIVA

1. PARÁMETROS

A) Disposiciones generales

Y, asimismo, sin perjuicio de que el derecho comunitario siempre es marco normativo para el análisis de cualquier iniciativa reglamentaria, en este caso, además de que la norma proyectada versa sobre actividades económicas, debiendo así cuidarse el respeto a las libertades de libre circulación de servicios y establecimiento, la Comisión va a tener en cuenta la **Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior** (en adelante, Directiva de Servicios).

En primer lugar, porque aunque dicha norma comunitaria, conforme a su artículo 2.2, no resulta de aplicación a las «actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juegos en los casinos y apuestas», no todas las actividades contempladas en la iniciativa permiten ser pacíficamente integradas en dicha exclusión que, como tal, reclama una interpretación restrictiva. Así, Vg., el juego mediante máquinas de tipo A que, por definición, no conlleva «apuestas de valor monetario» o la regulación de empresas y entidades prestatarias de servicios de asistencia técnica, reparación o servicios de certificación y verificación (laboratorios de ensayo y entidades de inspección).

Y, en segundo lugar, porque **la citada norma comunitaria contiene adecuados criterios para evaluar, en términos de eficacia, los procedimientos que pongan en marcha las administraciones públicas para intervenir la actividad económica de los particulares.** Sin que pueda obviarse tampoco que el periodo de

transposición al derecho interno de la citada Directiva termina el 31 de diciembre de este año y se encuentra en tramitación un proyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la norma comunitaria *(Boletín Oficial de las Cortes Generales,* de 19 de junio de 2009, Serie A —n.º 30-1—), que incluye, entre otras: la propia LRJPAC; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos; la Ley 3/1985, de 18 de marzo, de Metrología; la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, así como una disposición adicional que excluye del régimen de autorización previa «la organización, celebración y desarrollo de combinaciones aleatorias con fines publicitarios o promocionales» en las condiciones que allí se establecen.

Considera, así, la Comisión adecuado tener presente la Directiva de Servicios, con carácter general, para el análisis de las reglas procedimentales; y, en particular, para el examen del régimen previsto para las empresas con actividades conexas al juego (en especial, los laboratorios de ensayo y las entidades de inspección).

DCJA 181/2009 pár. 47 a 50

B) Actos administrativos

Contratación

Mediante el escrito de don R.P.Q. se solicita dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, «de conformidad con el artículo 3.1.i de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi».

Conforme al citado artículo la Comisión Jurídica Asesora debe ser consultada en los supuestos de «nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos de acuerdo con la legislación sobre contratación de las administraciones públicas y de régimen local».

Centrados en el supuesto que se somete a consulta, relativa a la resolución de un contrato de obras, suscrito entre VILLABONA LANTZEN, S.A. y «…, S.L.», e instado por la primera, nos encontramos que **la potestad resolutoria que se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas de la Administración, previstas en el artículo 59 de la LCAP** y concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce de manera automática sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, **únicamente están previstas para los contratos administrativos**. Circunstancia que nos obliga a analizar si el contrato cuya resolución se pretende tiene tal naturaleza.

La regulación de los contratos administrativos, en la actualidad denominados contratación del sector público, se encuentra recogida en la Ley 30/2007, de 30 de oc-

tubre, de Contratos del Sector Público, norma que entró en vigor el pasado 1 de mayo de 2008, y en cuya disposición transitoria primera establece que «los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

El contrato cuya resolución pretende «VILLABONA LANTZEN, S.A.», fue adjudicado el 4 de enero de 2006, resultando por ello que la norma que regulaba los contratos administrativos en la fecha de adjudicación era el 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. Norma que debemos tener en cuenta a los efectos de determinar si el contrato de referencia se encuentra sujeto a las prescripciones de la misma.

A tal efecto, igualmente debe tenerse en cuenta que «VILLABONA LANTZEN, S.A.», es una sociedad mercantil local cuyo capital pertenece íntegramente al Ayuntamiento de Villabona y cuya naturaleza jurídica se regula en el artículo 85 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Su objeto social es «promover, ordenar, urbanizar, comprar y vender suelo destinado a la ubicación de edificios residenciales, industriales, y para toda clase de servicios, así como promover, proyectar, construir, comprar, vender o ceder en otras formas, y gestionar viviendas, edificios industriales, servicios y dotaciones comunitarias que puedan ser de utilidad pública y privada, en beneficio de Villabona y de sus habitantes».

Por su parte, la LCAP, en su artículo 1.º ámbito de aplicación subjetiva—, viene a establecer que, al margen de las administraciones del Estado, autonómicas y locales, sólo están sujetas a lo dispuesto en la ley los organismos autónomos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia cuando reúnan las condiciones respecto de su actividad, párrafo a) del apartado 3 del artículo 1.º —que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil—, y encuadramiento administrativo que en la citada norma se establece, párrafo b) del apartado 3 del artículo 1.º —que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las administraciones públicas u otras entidades de derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o vigilancia estén compuestos por miembros, más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público—.

Junto al artículo 1.º de la LCAP debemos además tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.º —adjudicación de determinados contratos (inicialmente adjudicación de determinados contratos de Derecho Privado)— y la disposición adicional sexta —principios de contratación del sector público— que tratan de delimitar el ámbito subjetivo de la propia Ley.

En cuanto al artículo 2.º LCAP, en su redacción vigente en la fecha de adjudicación del contrato, el 4 de enero de 2006 —procedente de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (RCL 2003, 3093), así como del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (RCL 2005, 503), motivada por la necesidad de incorporar a la legislación española los criterios de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas—, considera sujetas a las entidades de Derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo 1.º y a las sociedades de derecho privado creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que además concurra alguna de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo 1.º, las prescripciones de la ley relativas a la preparación y adjudicación de los contratos, para los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios en las cuantías superiores a los umbrales que establece la propia norma.

Por otra parte, la disposición adicional sexta, en la redacción dada a la misma por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo (RCL 2005, 503), motivada por el mismo argumento, señala que las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos o Entidades de derecho público, cuando no estén sometidas a las previsiones del apartado 1 del artículo 2, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

En definitiva, y atendiendo a las disposiciones anteriormente señaladas, el régimen de la actividad contractual de la Sociedad VILLABONA LANTZEN, S.A., conforme a las disposiciones del TRLCAP, vino determinado por la circunstancia de que dicha Sociedad haya sido creada para satisfacer necesidades de carácter general que no tengan carácter mercantil o industrial (en cuyo caso quedará sometida al TRLCAP en los términos de su artículo 2, disposición que consagra para las sociedades públicas que constituyen poderes adjudicadores la teoría de los actos separables, quedando sometidas a la citada norma en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos administrativos típicos según el propio TRLCAP siempre que alcancen las cuantías que señala el precepto) o, por el contrario, que tenga tal carácter —mercantil o industrial—, en cuyo supuesto quedaría sometida al régimen de la disposición adicional sexta del TRLCAP.

Sin embargo, ninguna de ambas circunstancias puede modificar el **carácter civil del contrato suscrito entre VILLABONA LANTZEN, S.A y «..., S.L.», al encontrarse sujeta al derecho privado su actuación, dado que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85 ter. 1 de la LBRL, «las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación ...». Y, en consecuencia, la citada Sociedad no puede disponer de**

facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas como es el poder de resolución de los contratos, únicamente previstas para los contratos administrativos.

Por ello, aunque VILLABONA LANTZEN, S.A. haya instruido el expediente de resolución del contrato de acuerdo con lo previsto en el TRLCAP y su Reglamento, la cuestión ha de dirimirse, en el caso de discrepancia, ante la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, **no entra la consulta efectuada por la citada Sociedad en el ámbito de la competencia objetiva de esta Comisión**, por lo que no procede emitir dictamen, sino devolver el expediente al órgano consultante.

ACJA 2/2009 pár. 13 a 26

El examen detenido del expediente fuerza a destacar que las **discrepancias entre la Administración contratante y la contratista trascienden del debate propio o típico de los supuestos de resolución contractual que justifica la intervención de esta Comisión, pues evidencian que dicha diferencia tiene su origen**, en realidad, **en la forma en que el Ayuntamiento está cumpliendo con la sentencia del TSJPV** de 21 de febrero de 2007 y que esta circunstancia no es en modo alguno ajena a la decisión de resolver el contrato.

Por ello, antes de iniciar el examen de fondo, para esta Comisión es obligado advertir que **el referido debate, por su propia naturaleza, excede de las funciones encomendadas legalmente a esta Comisión, adentrándose en el terreno del derecho a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales firmes** que, como es sabido: a) forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE), «ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna» (SSTC 32/1982 y 167/1987, entre otras); b) no impide que en determinados supuestos ésta devenga legal o materialmente imposible, lo cual habrá de apreciarse por el órgano judicial en resolución motivada, pues el cumplimiento o ejecución de las sentencias depende de las características de cada proceso y del contenido del fallo (STC 153/1992); c) y, asimismo, que el Tribunal Constitucional ha venido considerando también como cumplimiento «en sus propios términos» el cumplimiento por equivalente, cuando así venga establecido por la Ley «por razones atendibles» que permitan sustituir por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación lo estatuido en el fallo, no susceptible de ejecución específica (STC 205/1987); y d) la interpretación y aplicación del fallo por el Juez de la ejecución no tiene que ser estrictamente literal, sino que ha de inferir del fallo sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi y en armonía, como dice la STC 148/1989, «con el todo que constituye la Sentencia», pero respetando en todo caso los límites de la pretensión en los que realmente se

produjo el debate, pues en otro caso se incidiría en la incongruencia con relevancia constitucional a que hace referencia, entre otras muchas, la STC 211/1988.

Aun siendo cierto que la conexión de la resolución contractual con el precitado derecho fundamental no constituye un obstáculo que impida *a limine* la intervención preceptiva de la Comisión, también lo es que tal circunstancia introduce en el examen del ejercicio por la Administración de la facultad exorbitante de resolver unilateralmente los contratos —que constituye el objeto de este Dictamen— **un elemento que no puede resultar ignorado** (dada la especial posición que en nuestro ordenamiento jurídico ocupan los derechos fundamentales) **y que exige un análisis que debe transitar con suma cautela para no interferir en una función, la de hacer ejecutar lo juzgado, que de acuerdo con el artículo 117.3 CE corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales**.

DCJA 148/2009 pár. 33 a 35

Responsabilidad patrimonial

En este estadio es preciso recordar que en el procedimiento de los expedientes de responsabilidad patrimonial ha de estarse a lo que establecen el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (en adelante, el Reglamento).

Este procedimiento está, de un lado, al servicio del interés público como medio para producir actos que permitan satisfacerlo y, de otro, al servicio del ciudadano, como instrumento que posibilita la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Por ello, **cuando se juzga un procedimiento, lo decisivo no es la mera constatación de que se ha observado una instrucción más o menos ordenada conforme a criterios lógicos o de experiencia, sino si esa instrucción ha permitido satisfacer el interés público, sin mermar las garantías de defensa de los ciudadanos.**

[...]

En el expediente objeto de consulta, si bien se ha concedido al reclamante trámite de audiencia, habiendo formulado alegaciones como se expone en párrafo 6 del presente Acuerdo, el citado trámite no ha sido realizado como determina el artículo 11 del Reglamento, una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, sobre la totalidad del expediente tramitado hasta dicho momento.

La Comisión constata la existencia de diversas actuaciones obrantes en el expediente —presentación de alegaciones por el Director de Obra, a las que incorpora un informe técnico y certificados referentes al estado de la plataforma del teatro; informe del Jefe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Ayuntamiento; testifical de don S.L.G., Jefe de Escenario del Teatro; e informes del Director de Proyecto y Obras del Ayuntamiento y de Osalan— de las cuales no ha tenido conocimiento el reclamante y cuyos contenidos han motivado la modificación de la propuesta de resolución del Ayuntamiento.

Por ello, y dada la relevancia que tiene el contenido de las actuaciones citadas, así como a efectos de evitar la indefensión del reclamante, esta Comisión cree necesario que se prosiga la instrucción para que se otorgue un nuevo trámite de audiencia al reclamante sobre la totalidad de las actuaciones obrantes en el expediente de responsabilidad patrimonial instado por el mismo. Trámite que deberá igualmente otorgarse al director de obra y al contratista.

ACJA 4/2009 pár. 17 a 25

Revisión de oficio

Las actuaciones remitidas suscitan un supuesto de revisión de oficio, en el que se requiere el dictamen preceptivo de esta Comisión Jurídica Asesora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.g), en relación con el artículo 2.1.b), ambos de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

Antes de continuar con el análisis solicitado, ha de hacerse notar la circunstancia de que el acto propuesto para su revisión se enmarca dentro de una **materia** como la **tributaria**, tratándose, además, de un típico **acto de gravamen** como es una liquidación tributaria. La primera de estas circunstancias afecta de modo determinante a la regulación aplicable a la revisión del acto, y la segunda puede afectar, aunque sea de forma indirecta, a la propia actuación de esta Comisión, pues debemos recordar que los supuestos para su intervención están legalmente tasados, de manera que no es posible una intervención potestativa (ACJA 006/2004; DCJA 92/2007).

La revisión de oficio de los actos en vía administrativa se encuentra regulada, con carácter general, en el Capítulo I del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC). No obstante esta misma Ley, en el apartado 2 de su disposición adicional quinta, remite, en lo que a la revisión de los actos en vía administrativa en materia tributaria se refiere, a lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT) y a las disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma.

En el ámbito local esa remisión a la normativa tributaria se produce igualmente en el artículo 110.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen local —en adelante, LBRL—, si bien en la Comunidad Autónoma del País Vasco, dado el carácter concertado de los tributos locales —entre los que se encuentre el IVTNU— que se deriva de la Ley 12/2002, de 23 de mayo de 2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante el Concierto Económico), la remisión que allí se realiza a la Ley General Tributaria debe ser entendida en el Territorio Histórico de Álava como realizada a los artículos 223 y siguientes de la Norma Foral General Tributaria de este Territorio Histórico.

Dentro de los procedimientos especiales de revisión, la vigente normativa tributaria adoptó el esquema previsto en el régimen general, distinguiendo (dejando al margen la corrección de errores y la devolución de ingresos indebidos) entre: i) los procedimientos de revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho; ii) la declaración de lesividad de los actos anulables; y iii) la revocación de actos en beneficio de los interesados cuando se trate de actos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones, esto es, de actos de gravamen o desfavorables.

Identificada la normativa aplicable y volviendo nuestro análisis sobre el título que legitima en este caso la intervención de esta Comisión, debemos resaltar una **circunstancia que hace innecesaria nuestro pronunciamiento acerca de la procedencia de la intervención de la Comisión Jurídica Asesora en función de la explicada diferenciación entre los actos favorables y los de gravamen.**

En efecto, de los antecedentes expuestos se deduce que el expediente de revisión de oficio se inicia a instancia de parte —expresamente excluido para la revocación en el ámbito tributario—, así como que, ante la falta de respuesta por parte del Ayuntamiento, el interesado acudió a la jurisdicción contencioso-administrativa donde obtuvo un pronunciamiento firme en el que se ordenaba al Ayuntamiento resolver de forma expresa sobre la acción de nulidad planteada.

Por tanto, **la Sentencia** …/2007 del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º … de Vitoria-Gasteiz **ha admitido sin reservas el inicio del procedimiento de revisión a instancia de parte, y califica expresamente la actuación del particular como auténtica acción de nulidad, determinando con ello**, salvo que se den las circunstancias previstas en el artículo 224.3 NFTA para inadmitir a trámite la solicitud —idénticas a las previstas en los artículos 217.3 LGT y 102.3 LRJPAC—, **la necesaria emisión en el procedimiento de informe preceptivo y vinculante de esta Comisión**, en los términos previstos en el apartado 4 de este mismo artículo.

En definitiva, al margen del debate existente en torno a si la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho puede alcanzar o no a los actos desfavorables o de gravamen, en el presente supuesto nos encontramos ante la tramitación de una auténtica acción de nulidad, en la que la intervención de esta Comisión resulta precep-

tiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 224.4 de la NFTA, y en el artículo 3.1.g), en relación con el artículo 2.1.b), ambos de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

Sólo resta señalar que, también en el ámbito tributario, de acuerdo con el artículo 224.4 de la misma NFTA, para que la Administración consultante pueda ejercer su facultad revisora el dictamen debe ser favorable a la nulidad de pleno derecho del acto.

DCJA 140/2009 pár. 5 a 14

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO

1. LEY

A) En general

En efecto, si el ejercicio de **la función legislativa** conlleva siempre la realización de elecciones de medios y fines para la creación de normas dentro del amplio margen de opciones políticas cuyos únicos límites deben buscarse en la Constitución y en las normas que integran el denominado bloque de constitucionalidad, cuando aquélla —como ocurre con la iniciativa objeto de Dictamen— **se pretende ejercer para crear o modificar estructuras organizativas el margen de configuración es especialmente intenso**. Porque, a salvo los preceptos constitucionales y estatutarios referidos a órganos concretos (Vg. los previstos en los artículos 54 y 107 CE o en los artículos 15 y 39 EAPV), el ámbito de la organización administrativa es un terreno que, por definición, admite la adopción por el normador de múltiples soluciones jurídicamente validas, **sólo condicionadas por los principios que para la organización administrativa derivan del artículo 103 CE y por las leyes estatales dictadas en ejercicio de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.18 CE para establecer el «régimen jurídico» de las administraciones públicas**, ámbito competencial que, tal y como desde la temprana STC 76/1983, de 5 de agosto, advirtió el Tribunal Constitucional, remite a la determinación de los aspectos esenciales de la organización burocrática de las administraciones públicas.

DCJA 191/2009 pár. 44

2. REGLAMENTOS

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Por último, en la misma línea anterior, hemos de efectuar un comentario en relación con la **escasa densidad normativa** que se aprecia al tratar la evaluación de los cargos directivos, a la que se refieren el artículo 18 (respecto al director o directora) y el artículo 22 (en relación con los jefes y jefas de estudios, secretarios y secretarias).

Ambos artículos **difieren al dictado de una Resolución de la Viceconsejería de Educación la determinación de la convocatoria del proceso de evaluación, el procedimiento para su realización y los criterios que se deben aplicar en el mismo**.

Sin embargo, estimamos que, tratándose, en principio, de **aspectos que demandan una regulación básica de carácter general y con una vocación de permanencia**, podría aprovecharse la ocasión que facilita el presente instrumento normativo para abordarlos y establecer los criterios y principios mínimos que han de regir los procedimientos de evaluación; en otro caso, y siempre teniendo presente el carácter general que se le presupone a una regulación de esta naturaleza, el adecuado instrumento sería otro Decreto o, en su caso, una Orden del Consejero competente en la materia.

DCJA 2/2009 pár. 66 a 68

En esa misma línea, debe advertirse también que la disposición adicional primera remite, en cuanto a los procedimientos para la adscripción de centros, a las reglamentaciones específicas que al efecto establezca el Departamento de Educación, Universidades e Investigación, cuando los principales rasgos del procedimiento de adscripción, tanto para los centros públicos como para los centros privados concertados, ya se encuentran recogidos en el señalado Capítulo II del Decreto 35/2008, sin que el proyecto parezca haberlo tenido en cuenta. Con todo ello se corre además el **riesgo de que el régimen jurídico de la adscripción de centros quede excesivamente fragmentado y disperso en diferentes textos reglamentarios, dificultando su correcta aplicación**. Todo ello lleva a esta Comisión a proponer una revisión del tratamiento dado a esta cuestión en el proyecto, con objeto de lograr armonizar su contenido con lo dispuesto actualmente en el Decreto 35/2008.

DCJA 3/2009 pár. 66

De igual forma, cuanto pueda hacerse por diseñar procedimientos tipo, Vg. de inscripción y de autorización, con la regulación uniforme de las fases comunes (solicitud, subsanación, instrucción con la petición de informes y efectos en el cómputo

del plazo de resolución, sentido del silencio y régimen de recursos) mejor cumplirá la iniciativa las exigencias del principio de seguridad jurídica que alienta su dictado.

También enderezado a dicho objetivo, estima la Comisión que, atendiendo a la tipología y número de los **procedimientos**, podrían reconsiderarse los preceptos destinados a establecer exhaustivamente la documentación que debe presentar, en cada caso, las personas interesadas. **Contribuye mejor al objetivo de la claridad, fijar los requisitos sustantivos a los que queda sometida una actividad, al margen de las exigencias documentales para su acreditación que pueden remitirse al reglamento de segundo grado (Orden).**

Esta solución resulta, en opinión de la Comisión, más adecuada para el tipo de normativa proyectada, no sólo porque, como señala la parte expositiva, está sometida a cambios, sino porque el propio proyecto contiene numerosas y adecuadas remisiones a órdenes de desarrollo, justificadas en la necesidad de concretar con el grado de detalle que la materia reclama las exigencias técnicas, de seguridad, etc. de las máquinas y sistemas de juego, que pueden incidir, sin duda, en la fijación de la documentación acreditativa. **La norma proyectada no sólo ganará en claridad sino que quedará preservada, en la medida de lo posible, de futuras modificaciones por cuestiones adjetivas**.

DCJA 181/2009 pár. 92 a 94

Conforme a dicha doctrina, especialmente de la vertida en las recientes SSTC 162/2008, de 15 de diciembre, y 97/2009, de 27 de abril (que recuerdan las SSTC 341/1993, de 18 de noviembre y 60/2000, de 2 de marzo), interesa recordar que, admitida la **colaboración reglamentaria en la tarea de tipificar infracciones administrativas y fijar sanciones**, el problema se traslada, en primer término, a la delimitación, en cada caso, del ámbito de dicha colaboración; tarea harto compleja que va a exigir siempre la atenta observación de la ley cuyo desarrollo se plantea, porque el régimen sancionador del reglamento deberá encontrar amparo en el delineamiento de las conductas sancionables y de las propias sanciones que haya realizado la ley. **Aquél sólo puede concretar lo predeterminado en ésta, sin que la precisión reglamentaria pueda construirse sobre la sola base de cláusulas legales abiertas, tales como, Vg., las que remiten a «…cualquier incumplimiento de las obligaciones que las normas reglamentarias puedan establecer». La tipificación reglamentaria debe estar siempre anclada en un deber u obligación predefinidos en la ley, cuyo incumplimiento merezca en ésta la consideración de conducta infractora, respetando asimismo el nivel de reproche legal, por venir así exigido por el artículo 25.1 CE.**

En suma, lo que en un ordenamiento regido por el principio de legalidad es límite común para la tarea propia del reglamento (desarrollar los preceptos de la ley, colmar sus lagunas y eliminar las dudas para su mejor aplicación), se somete a reglas más

estrictas cuando se proyecta sobre el régimen sancionador, tal y como se recoge en el derecho positivo: «Las disposiciones reglamentarias de desarrollo sólo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes» (artículo 129.3 LRJPAC).

De igual forma, conforme a la doctrina constitucional elaborada en torno al artículo 25.1 CE, **el normador reglamentario**, en su labor de completar la ley, **viene obligado a fijar las infracciones y sus correspondientes sanciones, mejorando el grado de precisión y claridad del régimen legal,** no sólo porque de ser éste lo suficientemente claro, no resulta necesario el complemento reglamentario, sino **porque dicha obligación resulta exigencia del principio de tipicidad** (o garantía material del principio de legalidad) a cuyo través se garantiza que los destinatarios de la norma sancionadora puedan conocer, de antemano y con la mayor certeza, cuál de sus conductas puede constituir una infracción y cuál es la respuesta punitiva (entre otras, SSTC 133/87, 29/89, 207/90, 40/91).

Debe aquél mejorar la certeza y precisión del régimen legal, con el fin de otorgar mayor seguridad jurídica al sistema sancionador legal. Esta es, en esencia, la finalidad y razón de ser del reglamento en materia sancionadora: contribuir al cumplimiento del principio de legalidad (artículo 25 CE) —del que es manifestación el de tipicidad—.

Resta reiterar que **el mismo cuidado en la descripción de las conductas infractoras, ha de observarse en su clasificación, al ser ésta la que permite prever la sanción posible**, contenido asimismo sometido al principio constitucional de legalidad (STC 207/1990, entre otras). En dicha labor, como señala la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 4.1, las leyes «tipificarán las infracciones con la mayor precisión posible y las clasificarán en las siguientes categorías: muy graves, graves y leves, atendiendo a la importancia de los bienes jurídicos objeto de protección y a la lesión o riesgo de lesión que se derive de las conductas contempladas»; criterios de graduación que deben asimismo ser especialmente cuidados por el reglamento en su labor de concreción.

Por su utilidad para nuestras consideraciones posteriores debe asimismo recordarse que **uno de los métodos para alcanzar la correcta precisión del régimen sancionador es que el reglamento perfeccione la identificación del sujeto o sujetos responsables**, elemento sustancial del régimen punitivo, por estar íntimamente vinculado al principio de culpabilidad que rige en el derecho administrativo sancionador y que debe ser especialmente garantizado por la norma sancionadora, al afectar a aspectos fundamentales relativos a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), así como a valores esenciales del ordenamiento, como son la justicia y la equidad, impidiendo que la sanción recaiga sobre aquellos que no sean los autores (DCJA 80/2002).

En suma, el proyecto objeto de análisis, no sólo puede, sino que debe concretar al juego que disciplina los tipos legales de la LJ. En dicha labor de concreción, el proyecto debe abordar la enunciación de las conductas prohibidas, mejorando la precisión del régimen legal, lo que conlleva que debe contener el grado de detalle necesario para aumentar la certeza de los destinatarios de la norma, tanto sobre las conductas infractoras, como sobre el reproche que, de resultar probadas, podrán merecer. Para ello, resulta imprescindible tener en cuenta la regulación sustantiva del proyecto que, a diferencia de lo que sucede con las regulaciones de otros juegos del Catálogo, aborda un espectro amplio y variado de destinatarios y actividades.

En el examen del esquema legal de tipificación se advierte que, conforme al artículo 24.1 LJ, «Son infracciones administrativas en materia de juego las acciones u omisiones tipificadas en la presente Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y tipificación»; apertura tipificadora al reglamento que debe ser necesariamente reconducida por el proyecto, a fin de dar adecuado cumplimiento a la doctrina constitucional transcrita.

Asimismo, el listado de las infracciones graves se cierra en el artículo 26.14 LJ con la cláusula «Cualquiera de las infracciones previstas en el artículo anterior cuando por su naturaleza, ocasión o circunstancia no deba ser calificada como muy grave»; y las infracciones leves se definen en el artículo 27 como «el incumplimiento de cualquier tipo de requisitos o prohibiciones establecidos en la presente Ley y no señalados como muy graves o graves, así como las que se establezcan en los Reglamentos reguladores de los distintos juegos y cualquiera de las infracciones previstas en el artículo anterior [se refiere a la tipificación de las infracciones graves] cuando por su naturaleza, ocasión o circunstancia no deba ser calificada como grave».

En el contraste con las exigencias del principio de legalidad en materia sancionadora, se evidencia la necesidad de desplegar un especial esfuerzo de concreción de la precedente clasificación legal de las infracciones para las conductas prohibidas en el juego que regula, tomando en cuenta el bien jurídico protegido y la lesión que éste puede sufrir, acudiendo a una cuidadosa labor de integración con su contenido sustantivo.

DCJA 181/2009 pár. 119 a 128

B) Titularidad de la potestad reglamentaria

Finalmente, la disposición transitoria primera se refiere a los modelos lingüísticos de los centros públicos, señalando que será el Departamento de Educación, Universidades e Investigación quien los determinará, teniendo en cuenta para ello las necesidades de planificación y la garantía de la continuidad de la escolarización en el modelo elegido por el alumno.

Pues bien, tal y como hemos apuntado en las consideraciones generales, debe tenerse en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 de la LNUE y en el artículo 21 LEPV, **corresponde al Gobierno regular los criterios básicos que determinen la planificación de la oferta de los diferentes modelos lingüísticos a impartir en cada centro**, debiendo además tener en cuenta la voluntad de los padres o tutores y la situación socio-lingüística de la zona.

DCJA 3/2009 pár. 78 a 79

Ahora bien, esa **normación *per saltum* que arbitra el anteproyecto, ya que evita al Gobierno y habilita para dictar el correspondiente reglamento al Consejero o Consejera competente, debe quedar reducida a supuestos excepcionales**.

Conforme al esquema del artículo 152.1 CE, artículo 29 EAPV y artículo 16 de la Ley de Gobierno, es el Gobierno el que ostenta la potestad reglamentaria genérica, mientras que los Consejeros, a tenor del artículo 26.4 de la Ley de Gobierno, dictan disposiciones administrativas generales en materias propias de su Departamento, esto es, en principio, de naturaleza doméstica y sin efectos ad extra —sin perjuicio de la posibilidad de desarrollar en tales materias los reglamentos del Gobierno— .

Aunque se ha admitido la competencia de los Consejeros para dictar un reglamento ejecutivo de ley, **siempre que la ley les habilite** parar dictar disposiciones reglamentarias concretas, **eso no significa que el legislador tenga total libertad para apartar al Gobierno y cercenar el ámbito de competencias que tiene reconocidas**.

En este caso, la importancia de la regulación, en tanto completa aspectos capitales de la misma —ya que va a delimitarse qué se puede cazar, quienes pueden hacerlo y con qué medios—, como el hecho de incluir normativa básica —cuanto más se desciende en la jerarquía normativa más difícil de cumplir es el principio de que han de tratarse normas genéricas y principiales— abogan por reconsiderar tal habilitación.

Caso de no considerarse suficiente la flexibilización al reglamento aprobado por el Gobierno, en el supuesto de la fijación de las especies cazables y de los perros de caza y sus cruces prohibidos para la caza podría admitirse finalmente una desreglamentación puntual, de forma que el reglamento del Gobierno podría permitir su modificación por una orden departamental, una vez establecidos los parámetros objetivos que delimitaran, con suficiente certeza, el margen de disponibilidad que ostenta el Consejero del ramo.

DCJA 202/2009 pár. 111 a 115

3. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Sin carácter de norma, pero con especial relevancia para nuestro enjuiciamiento, debe señalarse que el 23 de julio de 2003 la Comisión Europea adoptó la Recomendación 2003/556/CE sobre Directrices para la elaboración de estrategias y mejores prácticas nacionales con el fin de garantizar la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con la agricultura convencional y ecológica.

A lo que ahora interesa, es importante recordar que **la doctrina señala que, en ocasiones, el uso de la figura de la Recomendación (frente a la Directiva) suele responder a la dificultad de trasladar su contenido al campo del Derecho, primando así el aspecto deontólogico sobre el reglamentario**.

La Recomendación de 23 de julio de 2003 parece encajar en esa definición. Su objetivo declarado es ayudar a los Estados miembros a elaborar estrategias nacionales, legislativas o de otro tipo, en relación con la coexistencia, para lo que establece una lista de principios generales que deben tenerse en cuenta a la hora de elaborar las estrategias y una lista de medidas técnicas.

Si bien, conviene no soslayar que, conforme a la citada Recomendación, las normas de coexistencia deben dirigirse a otorgar soluciones a los aspectos económicos de la mezcla de cultivos modificados genéticamente y no modificados genéticamente, así como a las medidas adecuadas para evitar dicha mezcla, pero sin adentrarse en una valoración distinta de los aspectos medioambientales y sanitarios, pues éstos ya han sido considerados en el procedimiento de autorización de un OMG (Organismo Modificado Genéticamente) —regulados por normas comunitarias—.

Junto a ello, cabe señalar que la Recomendación también toma en cuenta que las medidas adecuadas en relación con la coexistencia pueden verse condicionadas por numerosos factores que varían de una región a otra, incluidas las condiciones climáticas y edafológicas, el tamaño y la dispersión de las parcelas, las pautas de cultivo y la rotación de los cultivos, etc. Al aplicar a la coexistencia un planteamiento basado en la subsidiariedad, los Estados miembros pueden ajustar las correspondientes medidas a las exigencias de sus condiciones locales.

DCJA 70/2009 pár. 52 a 56

En lo que se refiere a las **Directivas**, como es sabido, **los Estados asumen la obligación de ajustar a la norma comunitaria su normativa interna, adecuando los criterios en ella contenidos a las peculiaridades de su propio ordenamiento**.

Con carácter general, **nada cabe objetar a una transposición que no sea literal, si se alcanzan las finalidades perseguidas por la Directiva**. Sin embargo, también es cierto que la utilización de otra terminología puede ser fuente de conflictos

y eventual fundamento de potenciales infracciones de la norma comunitaria. A este respecto, no hay que olvidar que la Comisión Europea fiscaliza que se recojan con la mayor fidelidad posible los preceptos comunitarios que se incorporan y, aunque ello no implica necesariamente su copia literal, lo cierto es que **en la práctica se tiende a ello, por ser la fórmula que otorga mayor seguridad jurídica**.

DCJA 202/2009 pár. 127 a 128

CAPÍTULO III

EFICACIA DE LAS NORMAS

1. DEROGACIÓN

Con respecto a la disposición derogatoria, **la ley autonómica no puede declarar derogada la Ley de Caza de 4 de abril de 1970 en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco**.

Como recuerda la **STC 157/2004,** de 21 de septiembre, citando la doctrina ya establecida en la STC 132/1989, «**cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa**, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; **pero ello no supone ni que la Comunidad Autónoma [...], sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales** (STC 5/1981, fundamento jurídico 23), **aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente**, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico» (FJ 33).

Conforme a esa doctrina, la regla no se mantendría dentro de los límites de las competencias de la Comunidad Autónoma. **Podría**, no obstante, **incluirse un mensaje de ese tipo en la exposición de motivos, en tanto que no tiene verdadero contenido normativo**.

DCJA 202/2009 pár. 304 a 306

CAPÍTULO IV

TÉCNICA NORMATIVA

1. REMISIONES

Es de señalar que las remisiones normativas son en principio aceptables en técnica legislativa si su uso no resulta excesivo y se realizan en condiciones adecuadas para que la remisión resulte completa y entendible.

Resulta sin embargo **carente de objeto y hasta contraproducente para el principio de seguridad jurídica realizar remisiones genéricas e indeterminadas a un sinnúmero de normas dictadas por varias autoridades posibles** (así se observa hecha la prevista en el capítulo 4 del Anexo I).

Resulta por ello **recomendable** no utilizar tal tipo de remisiones y **sustituirlas por referencias a normas concretas**.

DCJA 123/2009 pár. 61 a 63

CAPÍTULO V

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1. GENERALIDADES

[...] **El Parlamento Vasco**, aunque puede incidir en el reparto competencial establecido en la LTH y alterarlo en el caso de las materias del ámbito de expansión, con las cautelas y garantías que exige la Comisión Arbitral —por todas, Decisión 05/2003, de 3 de noviembre, del Pleno, relativa a las cuestiones de competencia planteadas por las Juntas Generales de Álava y la Diputación Foral de Álava en relación con el proyecto de Ley de Ordenación Vitivinícola—, **no puede,** sin embargo, **tomando en consideración la distribución que diseña la LTH, limitarse a establecer, de una forma genérica y abstracta, cuál es su interpretación de la misma.**

Otra cosa distinta es que, partiendo de una interpretación del EAPV y la LTH, ejerza sus competencias y, en este caso, use sus facultades legislativas para establecer la ordenación básica de la caza, dejando un espacio al normador foral, en consonancia con las facultades que considera aquél ostenta.

DCJA 202/2009 pár. 95 a 96

En aquellas materias en las que existe una distribución competencial que responde al esquema de lo básico y el desarrollo legislativo no es necesaria ninguna habilitación de la Ley autonómica que establece la ordenación básica para que los órganos forales entren a regular la materia y la desarrollen —ya cuentan con el reconocimiento directo de la LTH—. De igual forma, hablar de desarrollo reglamentario de la Ley pudiera inducir al error de pensar que la norma foral se encuentra vinculada a la ley del Parlamento por una relación de jerarquía, cuando lo cierto es que no completa, desarrolla, pormenoriza o precisa la ley

—como sucede con los reglamentos ejecutivos—, sino que, en desarrollo de aquélla, **los Territorios Históricos pueden introducir opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características, operando la ley como límite a sus competencias**.

Distinto sería un mensaje en el que se reservara al Gobierno Vasco la facultad de dictar normas de desarrollo de la Ley con carácter básico, lo que ha de verse como posible sólo cuando sea necesario para la adecuada efectividad del régimen dispuesto por la ley en el conjunto de la Comunidad Autónoma. En tanto que supuesto excepcional, la formula podría ser: «El Gobierno Vasco podrá desarrollar reglamentariamente esta Ley, únicamente en aquellos aspectos en los que la propia Ley le haya atribuido una habilitación específica para ello».

DCJA 202/2009 pár. 98 a 99

[...] **el señalamiento concreto de la fuente introductora de la regulación cuya aprobación se reconoce a los órganos forales, no respeta las competencias que éstas ostentan en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones,** —materia integrante del núcleo de la foralidad a tenor del artículo 37.1 y 3.a) EAPV—.

A lo largo del anteproyecto el legislador dirige, acota y modula la intervención normativa que corresponde a las Instituciones Forales, lo cual no resulta problemático, siempre que tales llamadas tengan un contenido material específico y no un mero carácter interpretativo en abstracto de la distribución competencial existente entre las Instituciones Comunes y los Territorios Históricos.

Ahora bien, al hacerlo emplea distintas fórmulas y en algunas de ellas se introduce en el margen de decisión propio de los Territorios Históricos, que ejercen sus competencias conforme a la organización institucional de la que se han dotado. De acuerdo con su tradición histórica y las Normas que han aprobado los órganos forales, se componen de las Juntas Generales y la Diputación Foral. Muy esquemáticamente, las Juntas Generales constituyen el órgano máximo de representación y participación popular del territorio, y sus disposiciones de carácter general se denominan Normas Forales. Por su parte, la Diputación Foral es el órgano de gobierno y administración, ostenta la potestad reglamentaria y la ejerce mediante Decretos Forales que son inferiores en rango a las Normas Forales. Por último, los Diputados Forales pueden dictar disposiciones en materias de su departamento, que adoptarán la forma de Orden Foral.

Pues bien, mientras que el artículo 30 del anteproyecto señala que las Instituciones Forales podrán establecer, en desarrollo de esta ley, las normas, decretos y órdenes forales de caza necesarias —en este caso, en el contexto de la ley y de su regulación, tal determinación tiene un contenido específico, afinar que tales disposi-

ciones forales constituyen instrumentos de ordenación cinegética—, abarcando así todo el abanico normativo de las disposiciones forales, de mayor a menor rango, en atención a la institución productora de la norma y su posición ordinamental, y el artículo 27.6 se refiere a «los órganos forales competentes», expresión que permite incluir a todas las instituciones de los territorios históricos, ese cuidado que demuestran para no interferir en su autonomía se ve oscurecido en otros preceptos, al introducir precisiones que la limitan y condicionan así:

a) Se menciona un determinado producto normativo, las órdenes forales: artículos 6, 11.2, 21.3, 24.1, 31 y 45.
b) Se menciona la Institución que ha de aprobar la norma, pues han de ser las Diputaciones Forales: 10.1, 14.1, 18, 20.3, 41, 42 y 50.

Entiende la Comisión que tales enunciados deben evitarse y optarse por una expresión neutra como la del artículo 27.6 u otra parecida, como pudiera ser «las instituciones forales competentes».

DCJA 202/2009 pár. 101 a 105

2. AGRICULTURA Y GANADERÍA (ART. 10.9 EAPV)

Por otro lado, en el presente supuesto, y dado que una de las medidas de apoyo se dirige a la **promoción de los productos** vitivinícolas **en mercados de terceros países**, debe también tenerse en cuenta la posible **intervención estatal** a través del artículo 149.1.10.ª CE que le atribuye la **competencia exclusiva en materia de comercio exterior**.

En relación a esta competencia estatal, la doctrina del **Tribunal Constitucional** (STC 21/1999, RTC 1999\21, fundamento jurídico 9.º con cita de las SSTC 313/1994, RTC 1994\313; 100/1991, RTC 1991\100; 236/1991, RTC 1991\236; 203/1992, RTC 1992\203 y; 14/1994, RTC 1994\14) también ha delimitado su alcance en relación con las competencias específicas de las Comunidades Autónomas, habiendo declarado reiteradamente que **la prevalencia del título «comercio exterior» sobre el sectorial específico se producirá cuando queden directamente afectados el establecimiento de regímenes de importación, la regulación de mercados o la configuración de instrumentos de una determinada política comercial, sin que pueda esgrimirse el título competencial del Estado sobre comercio exterior** (art. 149.1.10 CE) e invocar su supuesto carácter prevalente y, por tanto, susceptible de romper la validez como regla de deslinde competencial de otros títulos más precisos con los que horizontalmente se entrecruce, puesto que tal aplicación acabaría por excluir siempre a las Comunidades Autónomas **en cualquier materia relacionada con el Derecho comunitario**, ya que sería muy difícil encontrar normas

comunitarias que no tuvieran incidencia en el comercio exterior, si éste se identifica, sin más matización, con comercio intracomunitario.

DCJA 203/2009 pár. 23 a 24

3. CASINOS, JUEGOS Y APUESTAS (ART. 10.35 EAPV)

El proyecto encuentra adecuado fundamento en la competencia que a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) atribuye, con carácter exclusivo, el artículo 10.35 del Estatuto de Autonomía (EAPV) en materia de «Casinos, juegos y apuestas, con excepción de las Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas».

De la doctrina constitucional que ha analizado el alcance del citado ámbito competencial (en especial, SSTC 163/1994, de 26 de mayo; 164/1994, de 26 de mayo; y 52/1998, de 24 de marzo) se concluye, con carácter general, que corresponde a la CAPV el ejercicio, en su ámbito territorial, de la función de regular el «fenómeno del juego» asumiendo la tutela de dicha actividad. En concreto, a los efectos del proyecto, **la CAPV puede regular la organización, autorización y celebración del juego que se desarrolle con máquinas recreativas, de azar y sistemas de juego conexos en el territorio de la CAPV, competencia que le faculta asimismo para regular las características de fabricación y homologación de los materiales e instrumentos de juego en la medida en que sea necesario para garantizar las condiciones de regularidad y licitud en que ha de desarrollarse el citado tipo de juego.**

En cuanto a la distribución competencial en el ámbito interno de la CAPV, la citada competencia no resulta afectada por la distribución competencial interna con los Territorios Históricos (EAPV y 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), sin que tampoco de las competencias locales (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local) resulte límite específico alguno para la regulación proyectada.

DCJA 181/2009 pár. 40 a 42

4. CAZA (ART. 10.10 EAPV)

Desde la perspectiva del régimen de **distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco,** el anteproyecto aparece como ejercicio de la competencia exclusiva que en la materia «caza» atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) el artículo 10.10 del EAPV.

Este título, **según la STC 14/1998**, de 22 de enero, **permite ordenar la intervención administrativa sobre la caza** dispuesta por una ley autonómica, **e, incluso, incidir en los contratos cinegéticos** (tanto sobre los contratos de arrendamiento y cesión de terrenos cinegéticos, como sobre los que tienen por objeto el aprovechamiento cinegético de los terrenos), **para imponer límites o condiciones de obligado cumplimiento, a fin de obtener los pertinentes permisos y autorizaciones, sin que por ello se invada la competencia del Estado en materia de legislación civil** —artículo 149.1.8.ª CE—.

Ahora bien, **la exclusividad estatutaria debe ser matizada, porque la legislación medioambiental del Estado también incide sobre la caza,** legislación básica que éste puede dictar al amparo del artículo 149.1. 23.ª CE, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de medio ambiente y ecología, ex artículo 11.1.a) del EAPV.

Esa reconducción de la competencia autonómica fue admitida por la **STC 102/1995**, de 26 de junio, puesto que la protección del medio ambiente incide, no sólo en los espacios naturales, sino también en quienes los habitan y, por ello mismo, en la caza y la pesca. Pero ese título, por «el carácter complejo y polifacético propio de las cuestiones relativas al medio ambiente hace que éstas afecten a los más variados sectores del ordenamiento jurídico (STC 64/1982) si bien explica que la competencia estatal sobre esta materia converja o concurra poliédricamente con otras muchas autonómicas sobre ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aguas y caza y pesca, [...] esa incidencia no puede ser tal que permita, al socaire de una protección del medio ambiente más aparente que real, la merma de competencias autonómicas exclusivas y su invasión más allá de lo básico» (FJ 7).

En tanto que la caza tiene una influencia directa para la supervivencia de la fauna silvestre, como elemento del medio ambiente, «ello legitima la actuación estatal al respecto, dentro del marco estricto de su competencia sobre protección del medio ambiente que le es propia, la legislación básica, pero con una penetración menos extensa e intensa, nunca expansiva además, por topar frontalmente con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre la materia (EA Andalucía, artículo 13.18; EA Aragón, artículo 35.12; EA Baleares, artículo 10.17; EA Cataluña, artículo 9.17; EA Castilla y León, artículo 26.1.10.ª; EA Canarias, artículo 2.9.4; EA Galicia, artículo 27.15; y EA País Vasco, artículo 10.10)».

En síntesis, **el Estado puede regular mediante normas básicas cuestiones que afectan directamente a la protección del medio ambiente e, indirectamente, a la caza, en tanto se encuentren al servicio de una política global de medio ambiente, mientras que corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo de tales normas básicas, pudiendo dictar normas adicionales y, por supuesto, regular la caza y la pesca**.

La citada STC 102/1995, de otra parte, ofrece parámetros para medir el alcance de la competencia estatal, al juzgar el contenido de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, y los conflictos positivos de competencia promovidos contra el Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca y se establecen normas para su protección, el Real Decreto 1118/1989, de 15 de septiembre, por el que se declaran las especies objeto de caza y pesca comercializables y, el Real Decreto 439/1990, de 30 de marzo, por el que se regula el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas.

En la actualidad, **la legislación básica se encuentra contenida en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad** (en adelante, LPNB), a tenor de lo dispuesto en su disposición final 2.ª. De forma más precisa, ha de considerarse mínimo común normativo en la materia, que afecta e incide sobre la regulación proyectada, la regulación de su Título III, dedicado a la conservación de la biodiversidad, que, en lo que ahora nos interesa, contempla previsiones relativas a la conservación *in situ* de la biodiversidad autóctona silvestre, la prevención y control de las especies exóticas invasoras y, muy destacadamente, a la protección de las especies en relación con la caza y la pesca continental. Tal régimen tiene su adecuada proyección en el Título VI dedicado a las infracciones y sanciones que asimismo se declara básico.

A la vista de la STC 102/1995, **la Comisión considera que la LPNB se desenvuelve en el marco de la protección de la fauna sin invadir el campo de la caza. Por tanto, la competencia autonómica sobre la caza debe ejercerse respetando sus prescripciones** que, por lo demás, como indica su disposición final 7.ª, suponen la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 79/409/CEE, de 2 de abril, de conservación de las aves silvestres, y la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo, de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. Se ha de hacer notar que el Anexo II de la Directiva 79/409/CEE fue modificado por la Directiva 94/24/CEE, de 8 de julio.

Por otra parte, existe una **amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en interpretación y aplicación de las Directivas 79/409/CEE y 92/43/CEE,** respecto de la protección de las especies y los períodos de captura. En la medida en que los asuntos tienen que ver con demandas de incumplimientos formuladas frente a España, se han de citar, la Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (C-79/03, Comisión/España), que declaró que la práctica de la caza con liga en el territorio de la Comunidad Valenciana mediante el método conocido como «parany», se basa en un método de captura no selectivo de aves prohibido por la Directiva 79/409/CEE; así como la Sentencia de 9 de junio de 2005 (C-135/04, Comisión/España) que también declaró que no se habían respetado las obligaciones de la citada Directiva, al autorizarse la práctica de la caza a contrapasa de la paloma torcaz en la provincia de Guipúzcoa.

Consideramos interesante añadir, asimismo, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado, Sentencia de 8 de junio de 2006 (C-60/05, decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo regional de Lombardia-Italia), que, con independencia de cuál sea el reparto interno de competencias dispuesto por el ordenamiento jurídico nacional, las excepciones a las prohibiciones previstas en la Directiva 79/409/CEE deben reproducirse en disposiciones «suficientemente claras y precisas, habida cuenta de que la exactitud de la adaptación reviste una importancia especial en una materia en la que la gestión del patrimonio común se confía a cada uno de los Estados miembros dentro de sus respectivos territorios (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 8 de julio de 1987, Comisión/Bélgica, 247/85, apartado 9, y de 27 de abril de 1988, Comisión/Francia, 252/85, apartado 5)».

En relación al régimen sancionador el Tribunal Constitucional ha señalado, con apoyo en la doctrina sentada en la ya citada STC 102/1995, que «el Estado, con la finalidad de garantizar unos mínimos comunes de protección del medio ambiente en todo el territorio nacional, puede establecer con carácter básico un catálogo de infracciones —ampliable por el legislador autonómico— sancionables administrativamente que establecen una protección mínima que debe ser común en todo el territorio nacional; protección que puede ser ampliada o mejorada por la ley autonómica, pero no restringida o disminuida (SSTC 156/1995, 196/1996, de 28 de junio)».

Muy destacadamente, no cabe ignorar que la STC 196/1996, de 28 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de los incisos contenidos en los apartados 1.1.1 y 1.1.7 del artículo 1 de la Ley del Parlamento Vasco 1/1989, de 13 de abril, por la que se modifican determinadas infracciones en materia de caza y pesca fluvial, en tanto que «la competencia exclusiva del País Vasco sobre la caza no le permite instaurar un régimen administrativo sancionador, en materia de caza o comercialización de especies amenazadas o en peligro de extinción, que disminuya la protección de la legislación básica estatal sobre protección del medio ambiente» (FJ.2).

Por tanto, el anteproyecto ha de respetar la normativa básica estatal y también la normativa comunitaria europea, lo que en general sucede, aunque en determinados extremos, que luego tendremos ocasión de analizar, se producen algunas contradicciones que deberían ser subsanadas.

La Directivas europeas, si bien no forman parte, por sí mismas, del canon de constitucionalidad de la Ley, sí que ayudan en ocasiones a perfilar la distribución competencial, y su infracción, una vez expirado el plazo para la transposición, puede llevar al planteamiento de un recurso por incumplimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas.

Competencias de los Territorios Históricos

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, en virtud del artículo 7.b).3, competencia para el desarrollo y ejecución dentro de su territorio de la legislación de las Instituciones Comunes en materia de «régimen de aprovechamiento de la riqueza piscícola continental y cinegética»**.

Conforme al artículo 8.2 LTH, en las materias en las que corresponde a los Territorios Históricos el desarrollo normativo y la ejecución tienen las siguientes potestades: a) de desarrollo normativo de las normas emanadas de las Instituciones Comunes; b) reglamentaria; c) administrativa, incluida la inspección; y d) revisora en vía administrativa.

Basta decir ahora que, en general, la LTH traza una distribución similar al esquema clásico entre normas básicas y normas de desarrollo y ejecución, en el que las Instituciones Comunes se reservan la ordenación fundamental o sustancial en aras a garantizar un común denominador normativo en la materia en toda la Comunidad Autónoma, mientras los Territorios Históricos deben tener espacio para ejercer su competencia normativa e introducir aquellas regulaciones que consideren convenientes atendiendo los intereses forales en la materia.

El anteproyecto responde adecuadamente a ese esquema, sin que pretenda alterar el que deriva de la LTH, sin perjuicio de que debamos advertir que, en la distinción realizada en la STC 76/1988, de 26 de abril, **no estamos ante una competencia incardinable en el denominado «núcleo intangible de la foralidad»** [art. 37.3, subapartados a) a e), y primer inciso del subapartado f) EAPV], al tratarse de una de aquellas que pertenecen al denominado «ámbito de expansión» [art. 37.3 subapartado f) y 4 EAPV]. Las competencias reconocidas expresamente a los Territorios Históricos en el EAPV son inafectables por el legislador (ya sea estatal o autonómico), mientras que las competencias atribuidas a los Territorios Históricos por el legislador en virtud del art. 37.3.f) EAPV conforman el ámbito de libre decisión de éste.

Se ha de comentar, además, que en ausencia de una normativa específica en materia de caza de las Instituciones Comunes, donde se contemplara la regulación sustancial aplicable en los tres territorios, los Órganos Forales han podido ejercer su competencia de desarrollo legislativo sin los límites que ésta impone. En concreto, hay que citar la Norma Foral 8/2004, de 14 de junio, de Caza del Territorio Histórico de Álava, que regula de forma permanente la actividad de la caza en el territorio foral.

También son manifestaciones del ejercicio de la competencia foral, pero de importancia menor, las normas forales que regulan la caza en cada ejercicio. En la actualidad: Orden Foral 212/2009, de 16 de julio, reguladora del ejercicio de la caza en el

Territorio Histórico de Álava para la temporada 2009/2010, Orden Foral 3314/2009, de 20 de julio de 2009, por la que se fijan los periodos hábiles de caza en el Territorio Histórico de Bizkaia y las vedas especiales que se establecen o prorrogan para la temporada cinegética 2009/2010, y Orden Foral de 23 de julio de 2009, por la que se fijan los periodos hábiles y condiciones generales de caza en el Territorio Histórico de Guipúzcoa para la campaña 2009/2010.

Tal regulación temporal recibe un amparo expreso en el anteproyecto, como medio para hacer efectivo el régimen dispuesto por la Ley, que reclama una ordenación *ad hoc* de vigencia anual para garantizar las finalidades que ésta persigue: la protección, conservación y fomento de las especies cinegéticas y la ordenación de sus aprovechamiento con criterios de sostenibilidad y compatibilidad con otros usos del medio natural.

Las competencias de los municipios

Al igual que en cualquier otra materia, se han de compaginar, por un lado, la competencia normativa del Estado con relación al régimen local (artículo 149.1.18 CE), de la que es expresión la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen Local (en adelante, LBRL), la competencia autonómica sobre caza (artículo 10.10 EAPV) y el margen inherente a la autonomía local que la Constitución otorga a los municipios (artículos 137, 140 y 141 CE).

De esa conjunción se derivan como consecuencias más importantes las siguientes.

Al margen de la competencia general que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la regulación de la organización local, al legislador sectorial, que será en cada caso el legislador central o el autonómico, según resulte de las listas de reparto de competencias, le corresponde definir las tareas que dentro de la materia han de asumir los entes locales.

Si bien el contenido funcional de la autonomía local queda permanentemente sujeto a lo que disponga la ley ordinaria, la garantía institucional conlleva que deba dejar un espacio de actuación a los municipios a fin de que gocen de unas posibilidades de acción real desde sus propios intereses. Esto es, al ordenar un determinado sector y en los asuntos que le atañen, el municipio ha de ostentar un margen de libertad y ejercer una cuota del total del poder público administrativo.

En este caso, **el artículo 25.2 LBRL no incluye la caza en el listado de materias en el que los municipios ostentan competencias**, **pero lo cierto es que tradicionalmente han ejercido competencias en la materia, al amparo de la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, pudiendo patrocinar la constitución de cotos locales de caza, lo que es consecuente con la competencia genérica munici-**

pal que plasma el artículo 25.1 LBRL para promover toda clase de actividades que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

El anteproyecto también arbitra la posible constitución de cotos locales por parte de las entidades locales, pudiendo asimismo asumir su gestión de forma directa. Esto es, les deja un campo de actuación, de forma que puedan tomar las decisiones que consideren oportunas, en atención a las circunstancias particulares de cada municipio y, en especial, de los medios de que disponen y las concretas necesidades de sus vecinos.

En suma, ninguna objeción cabe hacer al anteproyecto en lo que se refiere al proyectado régimen de intervención local en la materia.

DCJA 202/2009 pár. 57 a 85

5. ENSEÑANZA (ART. 16 EAPV)

Por otro lado, el proyecto se ubica también en el marco de la potestad de planificación prevista también en el artículo 13, en relación con el artículo 24 de la LEPV, de manera que, al establecer los criterios de ordenación y planificación de la red de centros docentes de enseñanza no universitaria, no hace, en cierta medida, sino incidir en la propia autoorganización de un servicio público, como es la educación. La inclusión de los centros privados concertados en su ámbito de aplicación no altera la anterior conclusión, al implicar el ya citado artículo 108 de la LOE a los centros privados concertados, junto con los centros públicos, en la prestación del servicio público de la educación.

Así, **tanto en la planificación como en la prestación del servicio público de la educación** —servicio público considerado esencial— **la Administración educativa cuenta tanto con los medios propios o públicos, como con los privados concertados, alcanzando también a estos últimos la potestad organizatoria del servicio** que se materializa en el presente proyecto de norma reglamentaria.

DCJA 3/2009 pár. 35 a 36

6. LENGUA (ART. 6 EAPV)

La **competencia** afectada es, sin duda, la relativa a la **normalización lingüística, para desarrollar actividades de fomento de la lengua cooficial, así como para regular los aspectos esenciales de la cooficialidad de las mismas, que nace de**

lo dispuesto en el artículo 6 del Estatuto de Autonomía (EAPV) en relación al artículo 3.2 de la Constitución (CE), tal y como lo ha avalado, superando unos primeros estadios titubeantes en torno a la existencia de una atribución competencial específica sobre la base de los preceptos citados, el Tribunal Constitucional (por todas STC 87/1997).

El artículo 5 LBNE reconoce el derecho de todos los ciudadanos a conocer y usar tanto el euskera como el castellano (apartado 1), y entre los derechos lingüísticos fundamentales incluye (apartado 2): a) el derecho a relacionarse en euskera o en castellano oralmente y por escrito con la Administración y con cualquier organismo o entidad radicado en la Comunidad Autónoma; d) el derecho a desarrollar actividades profesionales, laborales, políticas y sindicales en euskera. Finalmente enuncia que «los poderes públicos garantizarán el ejercicio de estos derechos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, a fin de que sean efectivos y reales» (apartado 3).

Tales derechos son desarrollados, señaladamente, en los capítulos I —«Del uso del euskera en la Administración Pública dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco»— y IV —«Del uso social y otros aspectos institucionales del Euskera»—.

Entre **las medidas dispuestas por el legislador para hacerlos efectivos, en el artículo 12.1 LBNE se incluía una previsión según la cual el Gobierno habría de regular las condiciones para la obtención y expedición del título de traductor jurado entre las dos lenguas oficiales.**

Dicha previsión fue declarada inconstitucional y anulada por la STC 82/1986, de 26 de junio, entendiendo que invadía la competencia estatal dimanante del artículo 149.1.30.ª CE, esto es, para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo en sus distintas modalidades con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de profesiones tituladas.

Como el propio Tribunal advertía, su análisis del artículo 12 partía de ese punto de vista, para razonar de la siguiente forma:

> Nada impide al Gobierno Vasco organizar enseñanzas de traducción entre el euskera y el castellano, conforme a las normas que las regulen, y otorgar el correspondiente certificado, sin embargo, no cabe derivar de ello la competencia para establecer y regular una titulación oficial, como la de traductor jurado. Así, el art. 12.1, en la medida en que permite al Gobierno Vasco establecer dicha titulación y regular las condiciones para su obtención, resulta inconstitucional.

Desde ese enfoque, es obvio que **no cabe en modo alguno establecer y regular una titulación oficial, entendida como títulación académica que habilita para el ejercicio de una profesión titulada.**

Ahora bien, muy diferente a eso es conferir una habilitación oficial a quienes superen una pruebas de aptitud, a fin de ordenar una actividad, teniendo en cuenta la existencia de un interés general cuya protección justifica la intervención de los poderes públicos.

El propio Tribunal Constitucional ha trazado la distinción con una línea argumental cuyo inicio puede situarse en la **STC 122/1989**, de 6 de julio, para diferenciar por un lado:

> (i) una ordenación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales, que «se vincula directamente a la existencia de las llamadas profesiones tituladas, concepto éste que la propia Constitución utiliza en el art. 36, y que implícitamente admite, como parece obvio, que no todas las actividades laborales, los oficios o las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas.
>
> Como ha declarado este Tribunal en la STC 83/1984, seguía con su razonamiento, tales profesiones tituladas existen cuando se condicionan determinadas actividades «a la posesión de concretos títulos académicos», y en un sentido todavía más preciso, la STC 42/1986 define las profesiones tituladas como aquellas «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia». Según señalábamos en esta última Sentencia, corresponde al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuándo una profesión debe pasar a ser profesión titulada, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30 de la Constitución, es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva.
>
> (ii) una ordenación que atañe a una materia sustantiva, que se enmarca en un título competencial general, que puede ser estatal o autonómico, conforme a la distribución de competencias que se deriva del bloque constitucional, y en la que se articula una intervención administrativa mediante la que se exige para ejercer una actividad profesional una determinada habilitación.
>
> En tal caso «la sujeción a determinadas condiciones o el cumplimiento de ciertos requisitos para poder ejercer una determinada actividad laboral o profesional es cosa bien distinta y alejada de la creación de una profesión titulada en el sentido antes indicado. Es así posible que, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 de la Constitución), y como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos intervengan el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud. Pero, como se acaba de señalar, la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno, equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales, a que se refiere el art. 149.1.30 de la Constitución, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado.

La Orden autonómica sometida a conflicto tenía por objeto convocar y regular unas pruebas de selección para obtener la habilitación de una actividad profesional y a

quienes las superaban se les confería el reconocimiento oficial de la capacitación necesaria para ejercerla.

Tal línea interpretativa tuvo reflejo posteriormente en la STC 111/1993, de 25 de marzo, cuya doctrina siguen las SSTC 131/1993, 132/1993, 133/1993, etc., donde se afirmaba que «no sólo resulta avalada la distinción entre "título académico oficial" y "capacitación oficial" y la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente "título" oficial, sino que dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), se perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego. De manera que cuanto más relevancia social tuvieran dichos intereses, mayor sería el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional que sobre ellos incidiera; y, lógicamente, mayor habría de ser el grado de control estatal sobre los mismos y más grave la sanción imponible en caso de desempeño de los "actos propios" de dicha profesión por quienes no estuvieran oficialmente capacitados para ello».

El Tribunal asumía, en síntesis, que la protección y control de aquellas profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad podría quedar satisfecha mediante el requerimiento de una simple capacitación oficial para su ejercicio.

Pues bien, eso es lo que sucede en la norma proyectada: se trata de una suerte de certificación subsiguiente a la acreditación de ciertas aptitudes y conocimientos relacionados con la actividad de traducción e interpretación, cuyo otorgamiento esta directamente vinculado al interés público en la normalización lingüística, que corresponde tutelar a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Para apuntalar esa idea, resulta oportuno recordar que, en materia de interpretación y traducción jurada, la añeja regulación contenida en el Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, aprobado por Real Decreto 2555/1977, de 27 de agosto, fue modificada por el Real Decreto 752/1992, de 27 de junio, que calificó a la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores como máximo órgano de la Administración del Estado en materia de traducción e interpretación de lenguas, reconduciendo su actividad a las lenguas extranjeras, y por el Real Decreto 79/1996, de 26 de enero, cuyo artículo 13 acotó la oficialidad de las traducciones escritas y orales que realicen los Intérpretes Jurados nombrados por el Ministerio a las que lo sean «de una lengua extranjera al castellano y viceversa».

Esto es, teniendo en cuenta las competencias autonómicas para regular el régimen de la cooficialidad de las lenguas en el ámbito de la respectiva Comunidad Au-

tónoma, la norma estatal preservó tal ámbito competencial y no se introdujo en el campo de la traducción oficial de otra lengua a la respectiva lengua cooficial distinta del castellano y viceversa.

El citado Real Decreto 79/1996 fue objeto de un recurso directo, siendo desestimado íntegramente por la STS de 10 de febrero de 1999 (RJ 912), de la que también resulta útil extractar las siguientes consideraciones, en tanto que arrojan luz sobre la naturaleza de la habilitación de los interpretes jurados:

> Aunque no demasiado abundante, sí existe una consolidada doctrina sobre el alcance del artículo 36 de la Constitución con cuya invocación se impugna el precepto comentado. La regulación del ejercicio de las «profesiones tituladas» ha de efectuarse mediante ley; pero no constituye dicha regulación la de las meras «actividades profesionales», mediante la expedición de los títulos de capacitación necesarios para ello. Así lo establecen las Sentencias 111 y 383/1993 del Tribunal Constitucional, precisándose que las normas reguladoras de las profesiones tituladas abarcan la totalidad de los aspectos relativos al ejercicio de las mismas, reservando en favor de los profesionales respectivos todas las actividades con ellas relacionadas, sin perjuicio de que dichos profesionales puedan ejercer cualesquiera otras aunque no se hallen vinculadas con su profesión, mientras que el simple ejercicio de una actividad ni siquiera tiene que estar vinculada al ejercicio de una profesión concreta, y puede desarrollarse por quien quiera que, sin pertenecer a un orden profesional determinado, obtenga la habilitación o capacitación para ello; agregándose en la Sentencia 122/1989 del mismo Tribunal que no es obstáculo a esa conclusión la exigencia de hallarse en posesión de determinada titulación elemental para concurrir a las pruebas de acceso de esa actividad, ya que ello no confiere por sí mismo a la misma el carácter de profesión titulada. A lo cual ha de añadirse, todavía, que tampoco suprime la diferencia entre ambas la circunstancia de que la posesión de un título de grado superior pueda exonerar de realizar determinadas pruebas de acceso a esa misma actividad, que no constituye ejercicio de profesión titulada.
>
> No existe una regulación del ejercicio profesional titulado de las funciones atribuidas a los Intérpretes Jurados en España, tema en el que por otra parte conviene la Asociación profesional demandante; y tampoco puede deducirse que la finalidad perseguida por el Real Decreto objeto de recurso sea otra que la de determinar las condiciones de habilitación o capacitación para el ejercicio de lo que no constituye sino una actividad, no vinculada al ejercicio de una profesión titulada determinada.

Desde una perspectiva de derecho autonómico comparado, nos resta añadir que, con un contenido muy similar al del proyecto, se encuentra regulada la traducción e interpretación jurada al catalán, en la actualidad Decreto 119/2000, de 20 de marzo, y al gallego, Decreto 267/2002, de 13 de junio —parcialmente modificado por el Decreto 43/2009, de 26 de febrero—.

Para cerrar este análisis diremos finalmente, que si bien no podemos invocar la cobertura formal del artículo 12.1 LBNE, pues fue anulado, entiende la Comisión que en tanto no se regula una profesión titulada no se penetra en el ámbito jurídico constitucionalmente reservado a la ley.

El efecto jurídico de la norma se limita a ordenar el acceso a una habilitación y a reconocer a quienes la tengan una determinada capacidad profesional que otorga a sus traducciones e interpretaciones la calificación de oficiales.

En suma, **el proyecto cuenta con el debido fundamento competencial y se anuda al objetivo de normalización lingüística que declara la LBNL.**

DCJA 74/2009 pár. 18 a 37

7. ORGANIZACIÓN, RÉGIMEN Y FUNCIONAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES Y ESTABLECIMIENTOS DE PROTECCIÓN Y TUTELA DE MENORES, PENITENCIARIOS Y DE REINSERCIÓN SOCIAL, CONFORME A LA LEGISLACIÓN GENERAL EN MATERIA CIVIL, PENAL Y PENITENCIARIA (ART. 10.14 EAPV)

Existe, por otra parte, un reconocimiento expreso de la competencia autonómica en el artículo 45.1 LORPM, para la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en sus sentencias firmes, y con ese fin, de acuerdo con sus normas respectivas de organización, llevarán a cabo la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esa ley. El artículo 45.2 LORPM determina que la ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas donde se ubique el Juzgado de menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de que, según el artículo 45.3 LORPM, puedan establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de esas medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

Por su parte, la LORPM ha sido desarrollada por un reglamento aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (en adelante, Reglamento de desarrollo de la LORPM), cuyo artículo 1, en lo que ahora nos interesa, establece que completa las previsiones de la Ley en lo referente a «la ejecución de las medidas cautelares y definitivas adoptadas de conformidad con aquella y al régimen disciplinario de los centros parar la ejecución de las medidas privativas de libertad», sin perjuicio de las normas que establezcan las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, en aplicación del artículo 45.1 y la disposición final séptima de la citada LORPM.

Cabría añadir que el citado Reglamento fue objeto de un recurso directo y que la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2006 (RJ 520/2007) lo desestimó íntegramente. En general, la STS entiende que la regulación respeta los

principios constitucionales y legales que deben presidir la responsabilidad penal del menor, siendo competencia del correspondiente órgano de la Administración la ejecución de sus previsiones, que, en todo caso, estará sujeta siempre a control jurisdiccional.

Se puede decir que, **pese a la exclusividad con la que se enuncia en el Estatuto, la proyección penal sobre la materia hace que la competencia autonómica sea de carácter fundamentalmente ejecutivo y, aunque admite cierto grado de regulación, ésta es de orden organizativo y doméstico**.

DCJA 67/2009 pár. 21 a 24

CAPÍTULO VI

ÁREAS

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Autorizaciones y acreditaciones

En la regulación de dichos procedimientos el normador reglamentario autonómico tiene un ámbito amplio de elección, pero debe atenerse a aquellos contenidos de la LRJPAC que resultan de general aplicación precisamente por su carácter de «normas de procedimiento administrativo común».

El examen del contenido procedimental del proyecto a la luz de dicha norma legal va a recomendar, por un lado, incorporar contenidos que ahora no figuran y, por otro, permite a la Comisión formular sugerencias con el objetivo —ya señalado— de obtener una norma técnicamente más acabada, lo que en el ámbito procedimental se traduce en ofrecer alternativas para una actuación administrativa más eficaz (artículo 103.1 CE y artículo 3 LRJPAC).

Para ese objetivo, la Comisión —según lo avanzado— toma en cuenta también la Directiva de Servicios, en cuanto sintetiza las pautas del derecho comunitario (transparencia, proporcionalidad de las intervenciones, garantías de los destinatarios, etc.) y los criterios para evaluar normas procedimentales de intervención que se correspondan con lo que cabe exigir a una Administración eficaz.

Conforme a dichos criterios, **la norma de procedimiento no debe complicar innecesariamente la obtención por los interesados de las autorizaciones. Debe diseñar procedimientos ágiles, seguros y que garanticen el trato igual e imparcial de aquéllos, así como la defensa de sus derechos.** Ello se consigue mejor si (i) se configuran los requisitos en forma clara, sencilla e inequívoca; (ii) se acotan debidamente las facultades de apreciación de la autoridad pública competente para resol-

ver; (iii) se prevé expresamente qué sucede cuando no se resuelve en plazo (régimen del silencio —preferentemente positivo—); (iv) se incluye información jurídicamente segura sobre los plazos de resolución; (v) se contempla la obligación de motivar las resoluciones denegatorias —medio efectivo para, en su caso, poder recurrir la decisión administrativa—; y (vi) se indican los recursos de los que dispone el interesado en desacuerdo con la decisión administrativa.

DCJA 181/2009 pár. 80 a 83

B) Función inspectora

Aún comprendiendo las finalidades y motivos que impulsan al órgano impulsor de la iniciativa a incluir el párrafo *in fine* del artículo 54.4, hemos de atender a la circunstancia de que tales **guardas particulares de los terrenos cinegéticos no son funcionarios públicos, ni agentes de la autoridad, por lo que, como dijo la STC 14/1998, «sólo podrán actuar en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia como meros denunciantes o colaboradores, impidiendo, en su caso, la práctica de la caza dentro del coto para el que trabajen a aquellas personas que no reúnan los requisitos establecidos por la Ley»** (FJ 9).

El artículo 37.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común, prevé que: «los hechos declarados probados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan señalar o aportar los propios interesados».

No sólo **es preciso que las actas sean levantadas por funcionarios públicos** competentes —cuando los guardas particulares no lo son—, es más, ni siquiera se utiliza la expresión presunción de veracidad cuando son aquellos los que las redactan, pues prescripciones de este tipo se consideran en la actualidad equívocas y no recomendables, al no responder a la correcta distribución de la carga de la prueba, suponiendo, como ha dicho el Consejo de Estado, una infundada exoneración de ella a favor de los agentes de la autoridad y una correlativa erosión del derecho de defensa de los administrados (Memoria del año 2002, p. 139).

Las actas tienen valor probatorio pero no tienen fuerza concluyente por sí mismas, debiendo ser valoradas junto con el resto del material probatorio.

En cuanto a las atribuciones que a los guardias particulares les reconoce el artículo 54.3 para requerir que les muestren los vehículos, remolques, medios de caza o equipamientos auxiliares, se encuentran conectadas con la facultad que tiene el ti-

tular de la explotación de impedir la caza a quien no esté autorizado para ello o de una carga que el titular del aprovechamiento puede imponer a los cazadores para ser autorizados a cazar en su terreno.

Sin embargo, **la adopción excepcional de medidas cautelares, como las que contempla el artículo 60, solo pueden ser impuestas por «los funcionarios que constaten los hechos eventualmente ilícitos, en el ejercicio de sus específica función de inspección», con las garantías que establece el artículo 32 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco** (LPSA).

Cosa distinta sería que el guardia particular privara al cazador de la pieza de caza, ya que para tener su propiedad es preciso que la acción de cazar se ajuste a las prescripciones legales.

DCJA 202/2009 pár. 255 a 261

C) Órganos colegiados

La regulación que contiene el proyecto referida al **Comité Asesor del Voluntariado de Protección Civil** en el Capítulo VI (artículo 28), que **se crea como «órgano de trabajo de la Comisión de Protección Civil de Euskadi»**, tiene como antecedente el artículo 8 de la LGE, en concreto, sus párrafos 2, 3 y 4, y su desarrollo reglamentario. En virtud del artículo 8.2, «Reglamentariamente se determinará la composición, organización y funcionamiento de la Comisión de Protección Civil de Euskadi, en la que estarán representadas las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma, la Administración del Estado, los territorios históricos y la Administración municipal». Conforme al párrafo 3 del artículo 8, «La Comisión podrá crear en su seno comisiones técnicas o grupos de trabajo integrados por miembros de la misma y otros técnicos que se estimen precisos en razón del objetivo para el cual se creen». Y, por último, según el párrafo 4, «La Comisión solicitará, para el ejercicio de las funciones que le son encomendadas, información de cualquier entidad o persona física o jurídica, y en particular de organizaciones del voluntariado de protección civil».

En desarrollo del artículo 8.2 se dictó el Decreto 24/1998, de 17 de febrero, que regula la composición, funciones y organización de la Comisión de Protección Civil de Euskadi. El artículo 3.2 de ese Decreto señala que podrán crearse Comisiones Técnicas o Grupos de Trabajo para el estudio de cuestiones concretas.

A la vista del marco normativo anterior, el texto que se nos somete a consulta plantea dudas en cuanto a la naturaleza con que se quiere configurar el Comité Asesor del Voluntariado de Protección Civil que, conforme a la redacción presentada, apa-

rece como «órgano», aunque añada «de trabajo», y que, en definitiva, deberá delimitarse según la vocación de permanencia que se pretende en su conformación, y que parece deducirse del proyecto de Decreto.

En primer lugar, hemos de señalar que, con el marco legal establecido, no existe obstáculo para la creación de un órgano de carácter permanente, con una composición y funciones determinadas, vinculadas, en este caso, con el voluntariado en el ámbito a que se refiere el proyecto. El Gobierno dispone de habilitación suficiente —específicamente en el artículo 8.2 LGE, en relación con la organización de la Comisión de Protección Civil— para llevar a cabo por vía reglamentaria la creación de ese órgano.

No obstante, hay que considerar que dicha creación conlleva una modificación del Decreto 24/1998 antes reseñado, por lo que ha de articularse como tal, garantizando la adecuada inserción del nuevo órgano en el esquema de la organización de la Comisión de Protección Civil que aquel Decreto establece. Además, según las Directrices para la elaboración de proyectos de Ley, decretos, órdenes y resoluciones, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 1993, las modificaciones de la norma ya vigente a que diera lugar el régimen resultante del proyecto informado, se reflejarían en el apartado de las disposiciones finales.

Pero **si lo que pretende el autor de la iniciativa es la creación de un grupo de trabajo en el seno de la Comisión de Protección Civil, para el estudio puntual de cuestiones concretas** —sin vocación de permanencia que caracteriza al órgano—, **de acuerdo con el trascrito artículo 8.3 LGE y el artículo 3.2 del Decreto 24/1998, ha de ser constituido por la propia Comisión de Protección Civil, en ejercicio de sus potestades de autoorganización**.

DCJA 198/2009 pár. 57 a 62

Los nombramientos de componentes de los órganos administrativos han de ser hechos por quien tenga autoridad, normalmente el Consejero titular del Departamento al que el órgano está adscrito, debiendo el proyecto preverlo, y lo que a las organizaciones con interés en participar en el Consejo corresponde son las propuestas correspondientes. Convendría también que se previera el nombramiento de los miembros suplentes.

El criterio o criterios para el nombramiento de miembros de los órganos colegiados, por constituir un aspecto organizativo de gran relevancia, no puede ser remitido a acuerdos entre diferentes componentes del Consejo, debiendo venir establecido en la norma.

Sin que proceda a esta Comisión señalar cuáles deben ser los mecanismos para determinar los sujetos que tienen derecho a participar en el órgano —las opciones posibles son muchas—, sí que puede fijar un parámetro que ha de ser tomado en con-

sideración, atendiendo a las relevantes funciones que se atribuyen al Consejo. La propuesta no sólo ha de venir de asociaciones u organizaciones que sean representativas de las víctimas, teniendo en cuenta que los integrantes del órgano no representan sus intereses sino los del conjunto del colectivo en el que se integran, sino que, además, los criterios han de tener carácter objetivo, ya que en principio todas han de tener un derecho de acceso al órgano en condiciones de igualdad, exigencia más imperiosa si cabe cuando el Consejo puede proponer al Gobierno criterios de reparto de ayudas y subvenciones públicas de las que serán destinatarias ellas mismas.

DCJA 215/2009 pár. 48 a 50

2. EDUCACIÓN

En cuanto a la participación, la norma proyectada persigue sentar las directrices y criterios básicos para proceder a la ordenación de los centros docentes de educación no universitaria de la Comunidad Autónoma —con expresa inclusión de los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos—.

En dicha labor ordenadora son distintas las decisiones que van a poder adoptarse, pues la tarea reorganizadora puede implicar decisiones de escaso calado junto a otras (Vg.: creación y/o supresión de enseñanazas, centros, etc.) con consecuencias diferentes también en función del tipo de enseñanza.

Por ello, conviene recordar que **la programación general de la enseñanza que corresponde a los poderes públicos realizar debe hacerse «… con la participación efectiva de todos los sectores afectados»** (artículos 27.5 CE y 27 y ss. y 55 LODE; artículos 118 y ss., en relación con el artículo 109 LOE).

Tal principio participativo, que, como no podía ser de otra forma, se contempla asimismo en el artículo 3.c) de la LEPV para los centros públicos de la CAPV, se enuncia también en la parte expositiva de la norma proyectada, aunque sin un notorio reflejo en su parte dispositiva, al menos en lo que a la **fijación del Mapa Escolar** se refiere, pues esa participación queda circunscrita, por un lado, al trámite de audiencia a los centros afectados, previsto en el artículo 2.3 con respecto a las modificaciones y adaptaciones de situaciones e itinerarios —con una redacción que no resulta todo lo nítida que resulta exigible, al referirse únicamente a los centros afectados— y, por otro lado, a la fórmula de participación prevista en el posterior proceso de seguimiento y evaluación (artículo 10.2). Por ello, **conviene recordar su vigencia en los procedimientos que precedan la toma de aquellas decisiones ordenadoras cuya dimensión pueda afectar a los sectores de la comunidad educativa de los centros concertados**.

DCJA 3/2009 pár. 53 a 56

El artículo 8 regula el número de alumnos y alumnas por grupo, tanto máximo como mínimo. Su párrafo 1 comienza por señalar que los números máximos de alumnos o alumnas por grupo en los centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación son los establecidos en el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del personal funcionario Docente no Universitario de la Comunidad Autónoma de Euskadi, añadiendo inmediatamente que se recogen en el Anexo II del proyecto.

[...]

En segundo lugar, esta Comisión entiende que **la fijación del número máximo de alumnas o alumnos por grupo en el presente proyecto no puede en ningún caso quedar determinado por lo señalado en el citado Acuerdo Regulador, pues se conecta con la vertiente prestacional del derecho a la educación reconocido por el artículo 27.5 CE que deben de garantizar los poderes públicos**, en la que, aunque ambos se encuentran relacionados, lo sustancial es la configuración del servicio y lo instrumental son los recursos materiales y personales necesarios para prestarlo, cuestión que incluso pudiera llegar a desbordar el ámbito de la negociación colectiva, como se deduce de la exclusión que contempla el artículo 37.2.b) del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) —«la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas»—. De ahí que entendamos que esta remisión deba ser eliminada del proyecto, lo que, por otro lado, permitiría incluir dentro de los límites señalados en el Anexo II a los centros públicos no dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación.

DCJA 3/2009 pár. 70 a 72

3. NORMALIZACIÓN LINGÜÍSTICA

Pero como antes decíamos, las lenguas minoritarias no han tenido reflejo en la actividad de las instituciones comunitarias —pese a contribuir financieramente a las actividades de la Oficina Europea de las Lenguas Minoritarias— y no lo han tenido en base a una doble premisa: las lenguas oficiales de cada Estado miembro son las lenguas oficiales de la Unión Europea y corresponde al ámbito interno de los Estados dar a las lenguas minoritarias el tratamiento adecuado.

Ahora bien, **en modo alguno son incompatibles la promoción del multilingüismo y la diversidad lingüística** —de la que la norma es una manifestación relevante al propiciar la habilitación de los traductores e intérpretes jurados en una lengua cooficial— **con los principios del mercado común europeo, que descansan, fundamentalmente, en las libertades de movimiento de bienes, personas, servicios y capital,** ya que ambas visiones se conjugan sin que se generen situaciones irreconciliables.

Decimos esto porque el redactor del proyecto da a entender que pudiera constituir un obstáculo para alumbrar la norma lo dispuesto en la **Directiva 2006/1213/CE, de 12 de diciembre, en la que se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios**, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios.

En el preámbulo del Decreto se menciona dicha Directiva y su fundamento, y si bien se asume que estamos ante una regulación de una actividad profesional que queda dentro de su ámbito de aplicación, se invoca su artículo 2 a fin de excluirla parcialmente, cuando la actividad de los traductores e interpretes jurados esté relacionada con el ejercicio del poder público.

Esta Comisión entiende que tal exclusión carece de fundamento; **el artículo 45 del Tratado, al que se remite el artículo 2.2.i) de la Directiva, ha sido objeto de una interpretación restrictiva, sin que la actividad de traducción e interpretación lleve aparejada relación directa y específica con el ejercicio del poder público**.

En todo caso, **esa actividad**, cuando la traducción va tener efectos en el ámbito de la Justicia o de la Administración Pública, **es meramente auxiliar** y preparatoria de la que corresponde desplegar a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (STJCE de 13 de julio de 1993, caso Thijssen), **lo cual impide que pueda ser excepcionada.**

Ello no obstante, la norma proyectada incide en otro ámbito cuya regulación específica admite la Directiva 2006/1213/CE, al estar relacionada con la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, cuya primacía declara su artículo 3.1.d).

La Directiva 2005/36/CE establece las normas según las cuales un Estado miembro que subordina el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales reconocerá para el acceso a dicha profesión y su ejercicio las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros y que permitan al titular de las mencionadas cualificaciones ejercer en él la profesión.

La actividad de intérprete y traductor jurado es una actividad cuyo ejercicio se encuentra regulado cuando tiene carácter oficial. Lo ha estado en el pasado y lo está en el presente al estar subordinada a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales —siendo la Administración del Estado la competente para establecerlas tratándose del castellano y las Comunidades Autónomas en el caso de las demás lenguas cooficiales—.

El Real Decreto 1754/1998, de 31 de julio, incluyó la profesión de intérprete jurado dentro del sistema de reconocimiento de títulos a efectos profesionales, conforme a la Directiva 89/48/CEE, siendo desarrollado por Orden del Ministerio de la Presidencia de 23 de agosto de 1999, en lo que afecta a la profesión de intérprete jurado.

Más recientemente, el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado, encuadra en su Anexo VII —nivel de formación descrito en el artículo 19.4 del Real Decreto— a la profesión o actividad de intérprete jurado.

A juicio de la Comisión, **no hay ninguna razón para dar un tratamiento distinto a la actividad de intérprete jurado cuando estamos ante una lengua cooficial;** de hecho, los requisitos fijados por las Comunidades Autónomas son sustancialmente coincidentes, como lo es, de manera análoga, la fórmula establecida para obtener la habilitación.

Si bien es cierto que en el citado Real Decreto no se ha regulado la posibilidad de reconocimiento para los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea —el Anexo X solamente se incluye al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación como autoridad competente—, hay que ver en ello, no una negativa al acceso a la actividad a los profesionales de esos países, sino la dificultad de establecer una formación parangonable que pudiera ser adquirida en otro Estado y comprenda, obviamente, materias sustancialmente coincidentes —para la cualificación profesional de intérprete jurado en una lengua cooficial—.

En cualquier caso, **la norma no impide el acceso a dicha actividad a otros profesionales establecidos en otros países, ni impide que puedan obtener la habilitación a través de las vías que se articulan, por lo que, entendemos, respeta la libre prestación de servicios.**

DCJA 74/2009 pár. 63 a 76

4. PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Provisión

Al margen de las consideraciones que luego formularemos sobre el articulado, estima la Comisión que ha de pronunciarse primeramente sobre el punto que ha suscitado mayor controversia a lo largo de la tramitación del procedimiento de elaboración.

Nos referimos a la nueva redacción de la disposición adicional tercera del Decreto 30/1998, que se titula «**Cobertura excepcional de puestos de trabajo con fecha de preceptividad vencida**», y cuyo tenor literal es el siguiente:

> En el supuesto de que existan puestos de trabajo con la fecha de preceptividad vencida no cubiertos por los procedimientos de provisión ordinaria, y cuya provisión fuera inaplazable, se procederá a llevarla a cabo mediante las fórmulas de provisión temporal previstas en el Capítulo II del Título III de la Ley de Policía del País Vasco, sin que en este último caso sea necesario acreditar el cumplimiento del requisito del perfil lingüístico.

Tal previsión tiene como antecedente inmediato lo previsto en la disposición transitoria tercera del Decreto 30/1998, que ahora se quiere suprimir, cuyo contenido era idéntico, si bien la exención se acotaba al «primer periodo de planificación»; esto es, se produce un cambio de ubicación que es coherente con su nueva conceptuación, ya no estamos ante un régimen transitorio con un horizonte temporal limitado sino ante un régimen jurídico especial para las fórmulas de provisión temporal previstas en el Capítulo II del Título III de la LPPV, cuando la cobertura del puesto fuera inaplazable.

Pues bien, entiende la Comisión que la distinción que introduce entre la provisión definitiva y temporal a efectos de la exigencia del cumplimiento de perfil cuando éste sea preceptivo se acomoda al espíritu y finalidad de la norma legal.

Antes que nada se impone señalar que en este campo, como ya dijimos en el DCJA 234/2008, tiene proyección el derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 CE a acceder en condiciones de igualdad a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE), derecho que actúa no sólo en el momento del acceso, sino también durante la vigencia de la relación funcionarial, y por ello es aplicable a la provisión de puestos de trabajo, en el que la Administración ostenta un amplio margen en la regulación y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, teniendo en cuenta, además, que en el supuesto de provisión de puestos de trabajo cabe manejar otros criterios distintos que no guarden relación con los principios citados, porque el rigor con el que operan no es el mismo según se trate del inicial ingreso o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación del servicio o en la protección de otros bienes constitucionales (por todas, STC 156/1998, FJ 3.º).

Dicho lo cual, y entrando al examen de la disposición final primera LPPV, cabe decir que no hay duda de que se remite a lo dispuesto en el Título V LFPV —y dentro del mismo se encuentra **el artículo 97.3 LFPV que dispone que a partir de su fecha de preceptividad, el cumplimiento del perfil lingüístico se constituirá como exigencia obligatoria para el acceso y desempeño del correspondiente puesto de trabajo, aunque admite que el Gobierno Vasco pueda fijar supuestos en**

que con carácter excepcional y por otras circunstancias objetivamente apreciables el titular pueda ser eximido—, y de esa unicidad son expresivas también otras previsiones de la LPPV que aluden al perfil y, en su caso, preceptividad, artículo 41.2.d), disposición adicional 7.ª y disposición transitoria 5.ª, que apuntan a un régimen sustancialmente homogéneo en sus líneas generales, sobre todo está última, que se refiere a «las convocatorias para el ingreso y en las de provisión de puestos de trabajo» en las que se hará efectiva la exigencia del perfil preceptivo —como lo hace el artículo 98 LFPV— cuando se aprueben las relaciones de puestos de la Ertzaintza.

Ahora bien, **no ignora**, sin embargo, **las especialidades de la Ertzaintza y habilita al Gobierno para que regule el proceso de normalización en éste ámbito**, lo que se ha plasmado, como es sabido, en el Decreto 30/1998. Es indudable que las características específicas del servicio llevaron a una singularización del régimen; el número de perfiles, su definición, reglas de asignación de preceptividad, etc., son expresivas de una ordenación que se aparta de las reglas generales de aplicación a los demás funcionarios públicos. Entre tales elementos distintivos hay que destacar, como no, la dispensa objeto de análisis para el primer periodo de planificación.

Por otro lado, cuando **el artículo 72 LPPV regula la comisión de servicios guarda silencio sobre la exigencia de que los funcionarios hayan de reunir los requisitos establecidos para el desempeño del puesto, aunque una interpretación contextualizada del mismo**, poniéndolo en relación con el artículo 42, tomando en cuenta la salvedad que el mismo establece —podrán conferirse a los de otra categoría distinta a la de pertenencia, siempre que sean de la misma escala o de la inmediatamente superior—, así como los principios de eficacia y mérito y capacidad que rigen la cobertura de puestos, **esa sería la conclusión a la que habría que llegar con naturalidad.**

Sin embargo, **en el caso del perfil preceptivo las razones que esgrime la Dirección de Recursos Humanos para fundamentar su inaplicabilidad resultan, a nuestro juicio, convincentes, a fin de garantizar con inmediatez la «sucesión en el mando»**, muy especialmente la cadena de mando directamente vinculada al operativo en las distintas áreas y grupos de trabajo de una determinada unidad organizativa.

Como ha dicho el Tribunal Constitucional, «el normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén sujetos en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación [...] para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos que el artículo 104.1 CE atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» (por todas, STC 81/1983).

Según el artículo 25 LPPV, los Cuerpos que componen la Policía del País Vasco son institutos armados de naturaleza civil y estructura y organización jerarquizada, mien-

tras que el artículo 31 LPPV señala que en su actuación profesional se regirán por los **principios de jerarquía y subordinación**, debiendo respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos.

El modelo policial tiene en este aspecto, en definitiva, **una particularidad muy acusada que lo diferencia del genérico de los empleados públicos, a los que también alcanza, obviamente, el principio de jerarquía del artículo 103.1 CE, pero con una intensidad menor.** La propia estructura de la Ertzaintza se define acudiendo al mando como elemento medular de las funciones atribuidas a las diferentes escalas y categorías —artículo 106 LPPV—, sin perjuicio de que como concluye su apartado 3 vengan obligados a realizar los cometidos que demande la ejecución de los servicios policiales y las necesidades de seguridad ciudadana.

El concepto de sustitución en el mando conlleva que, en ausencia del titular de un destino, le suceda en el mando, con carácter temporal, el policía de mayor escala o categoría que le esté subordinado.

Ahora bien, **la mayor flexibilidad que impone la susodicha cadena se acaba, a nuestro entender, cuando ya no está en juego la misma, es decir, cuando la provisión del puesto ya no depende de la adecuada transmisión del mando**, y salvo que se entienda que la cadena sigue hasta el ultimo funcionario de la unidad, **no vemos motivos para que una vez completada no se aplique la regla general que, como venimos defendiendo, ha de ser la de la cobertura del puesto por quien reúna el requisito del perfil preceptivo.**

Aún entonces, como opción final y residual, podría arbitrarse la provisión sin el requisito de perfil, en el caso de que no existan funcionarios suficientes con el perfil acreditado para satisfacer la necesidad del servicio, por cuanto estamos ante un servicio que no admite interrupción y en el que no cabe reclutar personal interino para cubrir temporalmente el puesto.

Es preciso advertir que en los ejemplos que se consideran parangonables, la habilitación para el ejercicio de funciones de superior categoría —artículo 72 LPPV— o la provisión sin el requisito de especialidad —disposición adicional séptima bis del Decreto 388/1998, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios de los Cuerpos de Policía del País Vasco, añadido por el Decreto 20/2004, de 3 de febrero—, se condicionan a ese mismo presupuesto de hecho.

Hay que pensar también que en el Decreto 30/1998 la excepción se concibió de forma transitoria con la idea, cabe deducir, de mitigar las dificultades que el proceso de progresiva normalización y las medidas dispuestas para su puesta en práctica traían consigo, dificultades que con el tiempo —en sucesivos periodos de planificación— tenderán —con los cursos de capacitación— a desaparecer gradualmente.

Como consecuencia de la declaración de cooficialidad, todas las administraciones radicadas en la Comunidad Autónoma deben emprender o tomar las medidas necesarias para la consecución de un mismo fin: la progresiva normalización del uso del euskera. Para ello, obviamente, habrán de actuar de acuerdo con sus «posibilidades y criterios organizativos» (STC 82/1986, Fj 8).

A juicio de la Comisión, o bien la organización del servicio —el ámbito e incidencia que en la misma tiene la comisión de servicios— **y la situación socio-lingüística de la Ertzaintza** —grado de conocimiento del euskera y acreditación de perfiles— **obligan a tomar una medida que se consolida con esa amplitud, lo cual debería estar convenientemente justificado en el expediente, o bien habría que acudir a una graduación, distinguiendo los casos de sustitución en el mando, en los que sería plenamente operativa, y los restantes, y dentro de estos, para diferenciar los supuestos comunes, en los que la comisión lo será en favor del funcionario con perfil acreditado y aquellos en los que la provisión del puesto por un funcionario que no lo ha acreditado se debe a la ausencia de funcionarios con perfil.**

Una vez establecida la necesidad del conocimiento del euskera para desarrollar las funciones del puesto, se puede considerar que se han de disponer los medios precisos, tomando en cuenta las circunstancias relevantes del caso, para satisfacerlo y así avanzar en la normalización del uso del euskera.

Realizando una recapitulación, diríamos que es jurídicamente viable la excepción pero lo es con las matizaciones que hemos realizado en los párrafos precedentes.

DCJA 18/2009 pár. 47 a 67

5. VIVIENDA

Observamos, en primer lugar, que **existen preceptos que contienen disposiciones abordadas en la LGIIS, que son objeto de tratamiento en este Capítulo que difiere del de la Ley:** (i) las excepciones, que permite el artículo 5.1.c) para ser titular de la PCV [*prestación complementaria de vivienda]*, al requisito de estar la persona inscrita o haber solicitado la inscripción como solicitante de vivienda de alquiler en el servicio Etxebide del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes; (ii) la exclusión de la PCV a las personas que dispongan de una vivienda en usufructo y soliciten aquella prestación para la cobertura de gastos de alquiler de otra vivienda, aun cuando esta última constituyera su residencia habitual —artículo 5.2.b) del proyecto—; y (iii) el régimen de concurrencia de titulares perfilado en el artículo 6.1.

En cuanto a la **primera cuestión** planteada, el artículo 32 de **la LGIIS somete la titularidad de la PCV al cumplimiento de una serie de requisitos**, entre los que se encuentra, en el apartado c) del párrafo 1, el ya mencionado relativo a que **la per-**

sona esté inscrita o haya solicitado su inscripción como solicitante de vivienda de alquiler en el Servicio Etxebide del actual Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes.

El artículo 5.1.c) del proyecto de Decreto, tras recoger la citada regla legal, establece dos supuestos en los que esa condición no será exigible en relación con: (i) «las personas que, cumpliendo los requisitos de acceso a la RGI *[renta de garantía de ingresos*] y a la PCV no cumplan los de acceso a Etxebide, bien por no cumplir el requisito de residencia, bien por no cumplir los mínimos económicos de acceso»; y (ii) las personas mayores de 65 años, «es decir, beneficiarias de pensiones contributivas o no contributivas de vejez, que acrediten un tiempo de residencia en el mismo domicilio de más de 10 años, o que, aun no cumpliendo ese periodo mínimo, requieran, a juicio del Servicio Social de Base correspondiente, mantenerse en su domicilio habitual».

Respecto a esos supuestos del artículo 5.1.c) del proyecto, teniendo en cuenta la finalidad de la PCV, perfilada en la LGIIS, en una interpretación conforme con la misma, **no estimamos que merezca reproche que el proyecto separe de la exigencia de un requisito concreto para acceder a la prestación a dos grupos determinados de personas, que, hallándose en situación de necesidad, no podrían, de otra forma, incorporarse al Sistema Vasco de Garantía de Ingresos**.

No puede obviarse que **se trata de personas que, por el diseño de la política en materia de vivienda y, dentro de ella, la inscripción en el registro de Etxebide, quedan fuera de esa política por existir una imposibilidad de cumplimiento del requisito de inscripción, o por carecer de sentido dicha inscripción** respecto a personas de edad avanzada con un tiempo de residencia mínima garantizada en el mismo domicilio o que precisen mantenerse en él.

Por lo que concierne a la **segunda cuestión**, **la previsión concerniente a la exclusión de la PCV a las personas que dispongan de una vivienda en usufructo** [artículo 5.2.b)], es, asimismo, admisible por ser una traslación al proyecto de uno de los requisitos establecidos para acceder al Registro de Etxebide.

Y, en todo caso, **tomando en consideración el carácter finalista de la PCV, deriva del mismo que una persona que disponga del uso de vivienda en usufructo quede excluida del acceso a esa prestación porque ya cuenta con la posibilidad de disfrute de una vivienda, que es lo que la PCV pretende satisfacer.** Por ello, la LGIIS establece unos límites en relación con la PCV y excluye de la titularidad del derecho a quienes dispusieran ya de una vivienda en propiedad o tuvieran en propiedad o en alquiler una vivienda incluida en alguno de los tipos de vivienda de protección pública, lo que no impide aceptar, en interpretación conforme con aquélla, que también se hallen al margen de la prestación los que tienen a su alcance la disposición del uso de otra vivienda por ser titulares de un derecho de usufructo sobre ella.

En los dos supuestos analizados podemos concluir que la norma sometida a consulta no ha sobrepasado los límites de la potestad reglamentaria: el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede ir más allá de ser puro ejecutor de la ley, a condición de que el comportamiento de la Administración, en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico positivo, con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial, en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (artículo 1.6 del Código Civil), en aras del principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de la Constitución [entre otras, SSTS 10 de junio de 1998 (RJ 1998\5719) y de 1 octubre 1997 (RJ 1997\7789)].

En último lugar, en relación con la **tercera cuestión** apuntada, de un examen contrastado con la LGIIS, **no podemos, en cambio, validar el régimen de concurrencia de titulares perfilado en el artículo 6.1 del proyecto**.

Según el artículo 33.1 de la LGIIS, «en el supuesto de que en una misma vivienda o alojamiento convivieran dos o más unidades de convivencia unidas entre sí por lazos de parentesco en los términos regulados en el artículo 9.2.a) y b), la prestación complementaria de vivienda sólo podrá otorgarse a una de ellas. En tal caso, la prestación se otorgará a quien la hubiera solicitado en primer lugar».

Por su parte, el artículo 6.1 del proyecto dice: «en el supuesto de que una misma vivienda particular fuera compartida por dos o más unidades de convivencia unidas entre sí por lazos de parentesco en los términos regulados en el artículo 9.2 de la Ley 18/2008 [...], sólo podrá otorgarse a una de ellas. En tal caso, se concederá a aquélla que la haya solicitado en primer lugar, salvo que los Servicios Sociales de Base informasen en otro sentido por razones de mayor necesidad».

El contraste entre el precepto legal y **el** del **proyecto** permite concluir que en éste se **establece un régimen distinto al de la ley, con efectos restrictivos, al extender la limitación legal de reconocimiento de la prestación sólo a una unidad de convivencia a dos supuestos que la ley no prevé: los de los apartados c) y d) del artículo 9.2 de la LGIIS.**

DCJA 216/2009 pár. 49 a 60

CAPÍTULO VII

PROCEDIMIENTO

1. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

A) Ámbito y finalidad

Una vez acotado el objeto de nuestro examen y antes de emprender este, como segunda consideración previa debe recordarse que, según constante doctrina de esta Comisión (por todos, DCJA 84/2003), **el análisis del procedimiento** de elaboración de una norma está presidido por un criterio material, reñido, por tanto, con la mera constatación del cumplimiento formal de los trámites que, en cada caso, resulten exigibles. Y por ello, aquél examen **persigue**, en suma, **comprobar si el procedimiento de elaboración ha contribuido,** en cada caso, **a la obtención de una norma jurídicamente acertada** (por contener, entre las posibles, las mejores opciones para lograr los objetivos que motivan su dictado), **conforme a Derecho y con una factura técnica idónea.**

Esta exigencia común cobra, en proyectos como el que ahora se dictamina, una especial intensidad, pues tratándose de **una norma** netamente **organizativa, el carácter discrecional de la potestad reglamentaria resulta más acusado y refuerza la exigencia de que el procedimiento ofrezca razón de las concretas opciones normativas incorporadas** a la iniciativa, a fin de que el titular de la competencia para su aprobación pueda valorar que, atendidos los objetivos que se persiguen con su dictado, es la concreta norma proyectada (y no otra igualmente posible) la que mejor contribuye al logro de aquéllos.

DCJA 19/2009 pár. 22 a 23

B) Audiencia

La Diputación Foral de Bizkaia y la Dirección de Biodiversidad y Participación Ambiental del Departamento de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio han formulado numerosas observaciones, especialmente esta última. Pese a que también han sido analizadas una a una, **el examen para descartar alguna de las propuestas más destacadas adolece en ocasiones de la profundidad y el rigor que aquellas demandan** —sin ánimo de ser exhaustivos se han de citar, entre otras, la negativa a incluir un listado de derechos y obligaciones del cazador, para aumentar el importe de las sanciones o la referida a un nuevo artículo sobre la conservación y mejora de los hábitats—.

Sin negar la libertad del órgano promotor para seguir o no tales propuestas, como ha tenido ocasión de enfatizar otras veces este órgano consultivo, tal libertad no se ve afectada, ni disminuye, por el hecho de motivar o exteriorizar por qué algunas le llevan a incorporar cambios y otras rehúsa atenderlas. En este caso, además, **existiendo una disparidad de criterio, siendo el servicio que la formula el especializado en materia medio-ambiental dentro de la propia Administración Autonómica, ese esfuerzo es más necesario**, si cabe, para que se puedan ponderar todos los elementos relevantes que es preciso considerar para dilucidarla con verdadero conocimiento de causa.

DCJA 202/2009 pár. 40 a 41

El artículo 8 de la LPEDG dispone que las disposiciones de carácter general que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y ciudadanas serán objeto de trámite de audiencia, audiencia que se realizará directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la Ley que agrupen o representen a los ciudadanos afectados y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. La LRJPAC dispone también en su artículo 3.5 que en sus relaciones con los ciudadanos las administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación.

La participación en los asuntos de la Administración se incardina en la categoría de democracia participativa y encuentra su fundamental apoyo en el artículo 9.2 de la Constitución, y una de sus manifestaciones principales en el artículo 105 del mismo texto.

El proyecto ha sido remitido, a fin de recabar su opinión, a los siguientes entes y organismos: a los departamentos del Gobierno Vasco, a la Asociación de Municipios Vascos (EUDEL), Zaitu, COVITE, Asociación de Víctimas del Terrorismo (AVT), Fundación Fernando Buesa, Fundación López de La Calle, Fundación Jorge Díez, Fundación Joxe Mari Korta, Fundación Maite Torrano, Gesto por la Paz, y Lokarri.

En lo que concierne a la representación de las administraciones públicas vascas, no resulta preciso realizar mayor labor explicativa, por ser el entramado administrativo

una realidad jurídica objetiva, y en este sentido se ha dado audiencia a todos los departamentos del Gobierno Vasco y a los municipios, a través de EUDEL, aunque no a las Diputaciones Forales, administraciones de gran relevancia en el entramado institucional vasco.

En cuanto a la representación de la sociedad civil, en la que tienen cabida las asociaciones de víctimas del terrorismo con sede o delegación en el País Vasco, las fundaciones vascas creadas en relación con una víctima del terrorismo y las asociaciones pacifistas vascas, **considera la Comisión que falta en el expediente una explicación de la realidad social existente en este ámbito y las razones o criterios tenidos en cuenta para pulsar la opinión de los entes y asociaciones que han sido llamadas a tal efecto.**

Y ello resulta más necesario en este caso, por cuanto que la ley llama para la composición del órgano a esa sociedad civil que va a tener ocasión, a través del cauce formalizado del Consejo, de ser oída, de exponer sus puntos de vista, de ejercer su influencia sobre las decisiones administrativas correspondientes, en suma, de acercar posiciones y buscar puntos de encuentro con la Administración y, eventualmente, entre sus mismos integrantes, propiciando un debate público y un consenso social acerca de la política de reconocimiento, protección y asistencia a las victimas del terrorismo que inspira la LRRVT.

Obviamente, cómo se organice la participación interesa a todas las asociaciones o entidades que actúan en este campo, tanto como la participación misma, ya que ésta es consecuencia de la forma en la que aquélla se diseñe.

DCJA 215/2009 pár. 20 a 26

C) Informes

En lo relativo a las funciones, como hemos visto, la ley menciona una actividad de participación de contenido bastante abstracto, que permite al órgano una amplia gama de intervenciones en la actividad de la Administración.

El proyecto mantiene la generalidad de la ley pero detalla dos actividades concretas: (i) la capacidad de proponer criterios de reparto de ayudas y subvenciones públicas destinados a «organizaciones y asociaciones que desempeñen sus actividad habitual en el ámbito de las víctimas del terrorismo»; y (ii) la de **emitir informe, con carácter preceptivo, sobre los proyectos de disposiciones de carácter general** que, exclusivamente en el ámbito de la asistencia a las víctimas del terrorismo, elabore la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Así como la primera se puede encauzar de una forma abierta, la segunda tiene un carácter más formalizado y se despliega en el seno de un procedimiento que debe ajustarse a lo dispuesto en la LPEDG.

Ciertamente, son las normas las que plasman las políticas sectoriales del Gobierno, y, por ello, la intervención del Consejo que establece el proyecto da contenido a la participación que persigue la LRRVT. Ahora bien, la Comisión, sin dejar de reconocer que se puede atribuir tal función al Consejo, **sugiere que se reflexione sobre su conveniencia, frente a otra fórmula más flexible, vgr., entre otras muchas: «conocer los proyectos** que pretenda elaborar la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco en aquellos aspectos que afecten a la materia de asistencia a las víctimas del terrorismo».

En general, este tipo de consultas preceptivas, que han de estar establecidas preferentemente en la Ley —al condicionar la legalidad de la norma finalmente aprobada—, restan agilidad al procedimiento de elaboración de las disposiciones generales y, en muchas ocasiones, son de dudosa eficacia, ya que es más fácil que la Administración atienda y valore las opiniones de los interesados en reuniones más informales del órgano, previas al momento en que se decide la confección de la disposición, que cuando ya se ha redactado el proyecto y se ha dado curso al procedimiento de elaboración, en el que al solemnizarse la participación ésta puede resultar menos decisiva.

Lógicamente, ello no significa que las organizaciones y asociaciones no tengan que ser oídas ante de que se apruebe el reglamento, ya que ha de cumplimentarse el trámite de audiencia, lo que permite además la apertura del debate a entidades que no se encuentran representadas en el Consejo.

DCJA 215/2009 pár. 38 a 43

D) Memorias

Por último, al analizar las modificaciones introducidas en el proyecto inicial, la Memoria cita **las propuestas efectuadas por la Inspección educativa**, de las que han derivado cambios en numerosos preceptos del proyecto inicial. Sin embargo, **no obra en el expediente ningún escrito en el que figuren las aportaciones de dicha Inspección**, **por lo que no se observa lo dispuesto en la LPEDG respecto a que se incorporarán al expediente**, junto a la orden de iniciación y documentación correspondiente, **los estudios y consultas evacuados** (artículo 10.1); al tiempo que se impide a esta Comisión contrastar las aportaciones de aquella Inspección.

DCJA 2/2009 pár. 33

El mandato comunitario incide, por propio designio del Decreto (parte expositiva), en el fundamento de la norma modificativa que introduce el proyecto; por lo que **resultaría necesario incorporar al expediente los términos fidedignos de la decisión o comunicación recibida de las autoridades comunitarias**, a fin de que el órgano competente para la aprobación del proyecto de Decreto conozca de primera fuente el alcance y demás extremos que propician comunitariamente la modificación propuesta, ya que, al margen de la posible legitimidad autónoma de la reforma por propia iniciativa del órgano proponente, no se alega ninguna otra causa y la reforma supone de por sí una alteración de importancia en los criterios y forma de distribución de las ayudas previstas en la actualidad en el Capítulo II del vigente Decreto 203/2008.

Ello permitiría igualmente incorporar alguna referencia más concreta de la motivación de la reforma, siquiera sintética, a la parte expositiva del Decreto.

DCJA 182/2009 pár. 46 a 47

Se puede afirmar que, desde el punto de vista formal, al tramitar el anteproyecto se ha cumplido lo dispuesto en la LPEDG. Si bien, como ha reiterado esta Comisión, en tanto el procedimiento exigible viene condicionado por la naturaleza y carácter de la concreta iniciativa cuyo dictado se propone, **atendiendo a que la que dictaminamos persigue ser la norma «cabecera» de la Comunidad Autónoma en la materia «caza» y que ambiciona una ordenación común en el conjunto del ámbito territorial del País Vasco, se echa en falta un documento que recoja la reflexión desplegada** (mediante su detallada explicación —o, al menos, suficiente—) **sobre su necesidad** (lo que, a su vez, implícitamente, conlleva una previa toma en consideración de la realidad fáctica y jurídica sobre la que se va a intervenir), **los fines y objetivos perseguidos y la razón de las opciones normativas escogidas** —que deben ser las más adecuadas, entra las posibles, en su contraste con aquéllos—.

Sabido es que ni la Exposición de Motivos ni la Orden de iniciación son el lugar adecuado en el que reflejar de forma prolija las razones que justifican el dictado de la norma; pero es preciso que el expediente contenga un documento o documentos en los que tal análisis se haga de una forma suficiente. La Comisión realiza esta consideración porque dicha necesidad se advierte con especial intensidad en el anteproyecto objeto de dictamen.

En concreto, si se pretende incidir sobre la situación de la caza en la Comunidad Autónoma, **parece necesario, de forma preliminar, recabar cuantos datos sean precisos sobre la actividad** —número de cazadores, acotados, las zonas de caza controlada, los refugios de caza, etc.— **y concretar aquellos aspectos que muestran un regulación insuficiente o deben ser objeto de reforma o revisión para que se alcancen las finalidades que se persiguen con su dictado.**

De igual forma **el porqué de sus distintos contenidos tendría que venir facilitado, con expresión de los principios, razones, ponderación de intereses, criterios y grado de intervención de la caza que otorgan sentido al anteproyecto y a las opciones normativas que acoge en los aspectos más decisivos** (terrenos cinegéticos, régimen sancionador, etc.). El anteproyecto parte en gran medida de la regulación actual y de una realidad cuyo conocimiento se presume, lo cual podría explicar la ausencia de una justificación más detallada. Sin embargo, sus prescripciones han de responder a soluciones escogidas por el normador autonómico, de entre las posibles, ya que constituye precisamente ejercicio de su competencia estatutaria, dentro del ámbito de libre elección que ésta le otorga.

Estima la Comisión que, de haber contado con dicha información, hubiera sido más fácil encontrar sentido a algunos mensajes del anteproyecto que, como luego advera el examen del fondo, resultan difíciles de desentrañar y han requerido para su validación el planteamiento de distintas hipótesis, ante la dificultad de interpretar contenidos aparentemente poco depurados.

DCJA 202/2009 pár. 51 a 55

E) Negociación o consulta con los representantes del personal

Siendo esto así, esta Comisión ha de recordar que la **LPPV distingue dos fórmulas diferenciadas para arbitrar la intervención de las organizaciones sindicales** en aquellas materias en las que la ley llama a su participación en el proceso de elaboración de la correspondiente norma o acto. **La primera es la consulta, habiendo creado el Consejo de la Ertzaintza** como órgano paritario, de consulta y propuesta de la Ertzaintza, artículo 16.1 LPPV y, **la segunda, es la negociación, para lo cual se constituirá una Mesa de negociación**, artículo 103.2 LPPV, cauce institucional competente para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Ertzaintza.

Las materias no son las mismas (artículos 17 y 103.2 LPPV), aunque en algún caso pueden ser coincidentes, pero sobre todo lo que no es el mismo es el alcance de la intervención, como recientemente señalaba el **Tribunal Supremo** en la Sentencia de 2 de julio de 2008 (JUR 2008/240759) respecto a la distinción entre audiencia y negociación en el ámbito de la función pública general, como trámites no equivalentes, de manera que **la audiencia no puede sustituir a una negociación establecida en una ley, dado que esta última es un «término cualitativamente distinto y de mayor intensidad que aquél»**.

Pues bien, **entendiendo que** según el artículo 24 del propio Decreto 30/1998, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.3.h) LPPV —clasificación de los puestos de trabajo y requisitos profesionales para su desempeño—**, ha de ser ob-**

jeto de tratamiento en la mesa de negociación regulada en dicho artículo **la determinación de las fechas de preceptividad de los perfiles lingüísticos, con carácter previo a su inclusión en la relación de puestos de trabajo, esta negociación quedaría sin objeto o tendría un margen muy estrecho si previamente ese contenido del Plan de normalización [artículo 25.b) del proyecto] no se negocia.**

En el ámbito de la Administración General, el artículo 24 del Decreto 86/1997 se decanta por la consulta, pero es importante destacar: (i) que la impone tanto en el proceso de elaboración del Plan de Normalización, como en el proceso de asignación de los perfiles lingüísticos y preceptividades; (ii) que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 19 de diciembre de 2000 (JUR 2001/80161) desestimó el recurso dirigido contra el mismo en base a la siguiente argumentación: «Teniendo en cuenta que de conformidad con lo previsto por el art. 34 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, quedan exceptuadas de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a las potestades de organización o al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos, resultaba exigible a la parte actora una mínima fundamentación acerca de la cuestión esencial en que pretende fundar el recurso, fundamentación que no aporta en su escrito principal, por todo lo cual procede desestimar también el presente motivo de impugnación, y con él el recurso, en la medida en que la materia en que incide en reglamento recurrido se inscribe con naturalidad entre las que el art. 34 excepciona del régimen de negociación. Por la misma razón procede rechazar el recurso dirigido concretamente contra el art. 24 en el que se regula el régimen de participación sindical en relación con el proceso de elaboración de los planes de normalización y con el proceso de asignación de los perfiles lingüísticos y sus preceptividades, régimen que se concreta en la necesidad de que sean consultados. Nuevamente se echa en falta una mínima argumentación por parte de la entidad recurrente en defensa de la tesis impugnatoria que propugna la preceptiva negociación de dichas materias, lo que comporta la desestimación del motivo, en la medida en que, en ausencia de una cumplida argumentación en contrario, cabe apreciar que ambas cuestiones inciden en el ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración e indirectamente en el ejercicio por los ciudadanos de sus derechos lingüísticos frente a los funcionarios de las Administraciones Públicas vascas, por lo que se hallan sujetos a un régimen legal de consulta que es precisamente el reconocido por la disposición impugnada».

Ahora bien, esta Comisión ha de recordar —como hizo en el DCJA 30/2008— que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) —que ha derogado, con alguna salvedad, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas—, ya no distingue entre las materias objeto de consulta y negociación, y que el artículo 37.2.a) EBEP si bien sigue excluyendo de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de la Administración que afecten a sus potestades de organización, añade que cuando estas «tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas

en el artículo anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto».

El artículo 37.1 del EBEP persiste en su generalidad a la hora de precisar las materias objeto de negociación y la interpretación de la jurisprudencia (como lo muestra la Sentencia del Tribunal Supremo que hemos citado, que versa precisamente sobre una relación de puestos de trabajo) **es claramente expansiva, restringiendo enormemente la excepción cuando se trata de manifestaciones de la potestad doméstica.**

DCJA 18/2009 pár. 91 a 96

Por otra parte, el hecho de que el proyecto contemple el derecho a la percepción de una cantidad o prestación económica en determinados supuestos, y prevea la **valoración de ciertas medallas como mérito en provisión y promoción interna**, nos lleva a analizar si su contenido entra dentro de las materias objeto de negociación previstas en el artículo 37 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y, en su caso, determinar si se ha cumplido la exigencia negociadora.

Respecto a la primera cuestión, conviene precisar que el artículo 37.1.c) y g) determina como objeto de la negociación lo que se refiere a normas que regulan «criterios generales en materia de…» o «criterios generales para la determinación de …», excluyendo, entre otras, las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, así como la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional [artículo 37.2.a) y e)].

Hasta que no se produzca el correspondiente desarrollo reglamentario, la generalidad con la que se redactan esos supuestos y la dificultad de definir su contenido avocarían, ante la duda, a una respuesta positiva sobre la necesidad de someter el proyecto a negociación, entendiendo la negociación colectiva en el sentido lato que le confiere el artículo 31.2 EBEP: «derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública».

Por su parte, la valoración sobre el cumplimiento de esa exigencia negociadora se presenta mucho más compleja y, sin duda, exige la consideración de las singularidades que se ciñen en torno a la negociación en los entes locales y al contenido del proyecto que dictaminamos.

Así, en primer lugar, hemos de considerar que **la negociación se lleva a cabo en el ámbito y en relación con las competencias de cada Administración Pública (artículo 37.1 EBEP), y que, en este caso, la norma que aprobará el Consejo de Gobierno no afecta a los funcionarios de la Administración de la Comunidad**

Autónoma, sino al personal funcionario de los Cuerpos de Policía dependientes de la Administración Local del País Vasco.

El artículo 34.1 del EBEP declara que, a los efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos (en el ámbito local), se constituirán una Mesa General de Negociación en cada una de las entidades locales, mientras que su apartado segundo prevé la posible constitución de Mesas de Negociación de funcionarios públicos en el ámbito de una Asociación de Municipios o de una Entidad Local de ámbito supramunicipal, y a cuyos pactos o acuerdos colectivos negociados se habrán de adherir los municipios.

De este modo, **la falta de un espacio de negociación común que posibilite la coordinación negociadora de las dos administraciones públicas implicadas y la dificultad de someter el proyecto a cada una de las Mesas de Negociación constituidas en cada municipio, evidencian la inexistencia de un cauce para llevarla a efecto a través de los órganos y sistemas específicos dispuestos por el EBEP.**

Ahora bien, eso no significa que cuando aparezca una mayor concreción del reglamento no deba respetarse por cada uno de los ayuntamientos la exigencia negociadora en el ámbito municipal al que se encuentra constreñido.

De otra parte, cabe precisar que el proyecto, en el caso de las medallas, anuda la concesión de prestaciones económicas y valoración de méritos en provisión y promoción interna a la previa declaración de acto de servicio, correspondiendo ésta al Pleno de la respectiva entidad local, oída la representación sindical, lo que permite la participación de los funcionarios locales afectados.

Inclusive, no podemos olvidar que, en este caso, el ámbito de lo negociable se encuentra en gran medida condicionado, ya que las prestaciones económicas inherentes a la concesión de la medalla en supuestos de jubilación forzosa por incapacidad tienen el límite que fija la normativa sobre Seguridad Social y las leyes de Presupuestos Generales del Estado, y que el proyecto no fija criterios diferentes a los determinados en el artículo 9 del Decreto 388/1998, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de provisión de los puestos de trabajo de los funcionarios de los Cuerpos de Policía del País Vasco.

En definitiva, las consideraciones anteriores y el hecho de que nos encontremos ante «una manifestación de la actividad administrativa de fomento, ya que van dirigidas a estimular comportamientos que se estiman beneficiosos para los intereses generales», tal y como lo definió el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de junio de 2000 (recurso de casación en interés de ley), nos llevan a concluir que **no se ha vulnerado la exigencia negociadora** del EBEP.

DCJA 199/2009 pár. 27 a 37

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Iniciación

Representación

Durante la instrucción, el reclamante ha fijado como domicilio a efectos de notificaciones el del despacho de un letrado, siendo éste quien suscribe las alegaciones presentadas por aquél a la vista del expediente.

Ante esta situación, se ha requerido al reclamante para que subsane la falta de acreditación del apoderamiento, advirtiéndole expresamente que, en el caso de que transcurriera el plazo legal concedido sin justificar dicho apoderamiento, se le tendría por desistido.

Pues bien, aunque la acreditación de la representación mediante la presentación de la escritura de apoderamiento correspondiente ha supuesto la admisión del trámite, debe advertirse que, conforme a lo señalado en el artículo 33.3 LRJPAC, la representación sólo debe ser acreditada por cualquier medio válido en derecho para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, presumiéndose para los actos y gestiones de trámite —entre los que debe entenderse incluido el aquí realizado a través de representante— la existencia de dicha representación.

DCJA 109/2009 pár. 11 a 13

Aunque las **comunidades de bienes** carecen de personalidad jurídica, **cualquiera de los comuneros puede actuar en interés de la comunidad si todos los demás le ha conferido poder de representación para reclamar**. En el expediente no consta su legitimación como representante de los demás comuneros, por lo que, aunque se tenga por realizada la reclamación, la falta de la acreditación de la representación deberá subsanarse, según el artículo 32.3 LRJPAC, «por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado», antes de la conclusión del procedimiento, concediendo para ello el correspondiente plazo.

DCJA 206/2009 pár. 10

B) Instrucción

Audiencia de los interesados

Se ha concedido a la empresa reclamante el preceptivo trámite de audiencia, conforme al artículo 11 del citado Reglamento, si bien ésta ha declinado formular alegaciones sobre el fondo alegando que dicho trámite se ha realizado de forma incorrecta —al haberse remitido únicamente el informe pericial— y que ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su reclamación.

La queja sobre la incorrecta realización de la audiencia no encuentra base en el expediente pues obra al folio 312, escrito en que se comunica a la empresa reclamante la remisión del informe pericial elaborado, así como la **puesta a disposición del expediente**. Es cierto que allí se señala que se remite en su integridad, pero también lo es que **no es legalmente exigible para la audiencia que la Administración deba remitir al interesado todo lo instruido.**

DCJA 106/2009 pár. 28 a 29

Por lo que respecta a la audiencia prevista en el artículo 11 del Reglamento hemos de apuntar que, tal y como dispone el precepto apuntado, debe practicarse una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, sobre la totalidad del expediente tramitado.

En el presente caso, según hemos relatado en los antecedentes, se ha concedido trámite de audiencia a la reclamante en dos ocasiones: el 13 de octubre de 2008, que fue cumplimentado mediante escrito de 25 de octubre siguiente —en el que reiteraba la práctica de la prueba solicitada en su reclamación inicial—, y el 28 de noviembre del mismo año, a cuya atención responde el escrito de la reclamante registrado el 15 de diciembre de 2008.

Por ello, puede afirmarse que la reclamante ha tenido ocasión de alegar lo que a su derecho ha estimado conveniente antes de que se dictara la propuesta de Orden resolutoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, a la vista del expediente que se le ponía de manifiesto en cada momento. Sin embargo, lo cierto es que, con posterioridad a su último escrito de alegaciones, y previo al dictado de la propuesta de Orden, figura en el expediente un informe de la Inspectora de Educación, fechado el 18 de marzo de 2009, que concreta datos referidos a las monitoras de comedor, y que no ha sido trasladado a la reclamante, que no ha podido pronunciarse sobre el mismo.

En cuanto a la valoración del alcance de esa incidencia, hemos de considerar que a tal irregularidad no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nu-

lidad radical (por ser éstos de carácter excepcional e interpretación restrictiva). Pues bien, la anulabilidad es el principio general para los vicios de forma, y ésta sólo procede cuando la falta o incorrecta realización del trámite impide al acto alcanzar su fin o produce la indefensión de los interesados (artículo 63.2 LRJPAC). Por ello, ha de atenderse siempre a la posible causación de indefensión, con el sentido material y dinámico que para ésta reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso.

En el caso sometido a consulta, ya en su primer informe (de 14 de noviembre de 2008), trasladado para alegaciones a la reclamante, la Inspectora afirmaba que el día 7 de noviembre de 2007, de las 11 cuidadoras del edificio …, las del segundo turno se encontraban realizando funciones de vigilancia de patio, y las del primer turno, cuidado del comedor. **El informe incorporado al expediente con posterioridad a que la reclamante vertiese sus últimas alegaciones, lo único que añade a lo que figuraba en el expediente es la concreción del número de monitoras que se hallaban cuidando el patio del comedor, del que se deduce que responde a la ratio que tiene establecida al respecto la Administración educativa, posición que en todo momento ha defendido y que la reclamante ha conocido, por lo que, al no alterar —sino concretar— lo manifestado en el informe previo, no consideramos que se produzca una verdadera indefensión material.**

Esta Comisión entiende que no procede acordar la devolución del expediente para la práctica de la audiencia en ese punto, pues ello supondría una mayor dilación en el tiempo que, lejos de beneficiar a la reclamante, le perjudicaría en su derecho a obtener una resolución administrativa fundada en derecho. Al mismo tiempo, apuntamos la falta de relevancia del contenido del informe en el análisis del asunto consultado, de acuerdo con el enfoque con que lo afronta esta Comisión.

DCJA 124/2009 pár. 15 a 20

También consta el informe final efectuado por el funcionario n.º xxxx, denominado «Análisis-valoración presunto mobbing unidad de juego»; el acta de declaración del funcionario n.º xxxx, de fecha 26 de marzo de 2007; y el informe sobre actuaciones practicadas en la ejecución de sentencia del Jefe División de Inspección General, de fecha 7 de agosto de 2006.

Si bien estos documentos se han incorporado en una fase posterior al trámite de audiencia, y a consecuencia de la solicitud de ampliación de expediente formulada por esta Comisión, **no se ha producido indefensión** al reclamante, con el sentido material y dinámico que para ésta reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso, **ya que se trata de documentos que fueron remitidos al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º … de Bil-**

bao en el incidente de ejecución de la Sentencia … —procedimiento en el que era parte demandante el hoy reclamante—.

DCJA 134/2009 pár. 35 a 36

Véase DCJA 135/2009 pár. 35 a 36

Respecto al referido trámite, esta Comisión debe formular una consideración a efectos de su mejor práctica en el futuro. Dicho trámite se ha de cumplimentar una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, poniéndose de manifiesto todo su contenido a los interesados, a los que hay que otorgar un plazo, ni inferior a diez días ni superior a quince, para que puedan «alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes».

En este caso, **dicha audiencia se ha confeccionado, haciéndose ver al reclamante una serie de elementos que inciden sobre la procedencia de la reclamación efectuada, derivada de una valoración del material probatorio existente, a fin de que en el trámite «sea acreditada la pertinencia de la reclamación efectuada, en contraposición a lo expuesto anteriormente»**. **Tal acotación, que implica un anticipo de la valoración que debe realizarse posteriormente al confeccionarse la propuesta de resolución, ha de evitarse para que no sea entendida por el reclamante como una posible restricción a sus facultades alegatorias y probatorias que permanecen intactas.**

DCJA 171/2009 pár. 22 a 23

La prueba

En el presente caso, la reclamante advirtió en su escrito inicial que existían **testigos** que presenciaron los hechos y podían acreditar lo sucedido y, en concreto, identificó a doña T.R.H., aportando también su dirección y número de teléfono.

Pese a acordarse formalmente la apertura de un periodo probatorio, no hay constancia del por qué no se ha practicado la misma, sin que a los efectos pretendidos sirva lo indicado por la instructora en su escrito de fecha 26 de septiembre de 2008, en el que se dirigía a la reclamante para que indicara a «los testigos que se personen en las dependencias del Área de Obras y Servicios, sitas en la calle prolongación Capitán Mendizábal, trasera de RENFE (módulos) o bien mandarlas por correo, haciendo constar la referencia en el expediente».

No es la reclamante la que tiene que citarlos, sino la instructora del procedimiento, y su emplazamiento debe hacerse indicando el lugar, la fecha y hora en

la que se les va a tomar declaración. La Comisión también ha entendido que **no constituye una práctica adecuada de la prueba testifical la remisión por escrito de una declaración, ya que debe efectuarse en presencia del instructor y las demás partes interesadas**, con las garantías de inmediación y contradicción inherentes a una prueba de esas características.

Entiende la Comisión, además, que la reclamante no ha renunciado a su práctica, puesto que en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia, ha insistido en su derecho a que se «tome declaración a la testigo presencial de los hechos doña M.ª T.R.H., con domicilio en [...], lo cual ya se hizo constar en el escrito de reclamación presentado por esta parte el 9-6-08, y no se le ha tomado declaración por el Ayuntamiento».

ACJA 5/2009 pár. 6 a 9

En cuanto a las pruebas propuestas por la reclamante señalar que la documental está incorporada al expediente y que se ha tomado declaración a dos testigos propuestos sobre los hechos acaecidos. Sin embargo, y tal como acredita el expediente, **al acto de la declaración de los testigos no fueron citados ni la reclamante ni su representante legal,** tal y como prescribe el artículo 81 de la Ley 30/1992. No obstante, **sí ha tenido conocimiento de su resultado y, además, no ha manifestado nada respecto a esta irregularidad procedimenta**l, por lo que entendemos que carece de entidad suficiente, en este caso, para originar una indefensión material.

DCJA 15/2009 pár. 12

En cuanto a la prueba, hemos de señalar que, además de la incorporación de los documentos facilitados por el reclamante, de la documentación procedente de la aseguradora municipal, y de la inspección ocular del lugar de la caída —con el correspondiente reportaje fotográfico—, se han practicado las testificales propuestas por don J.M.G.F.: con su padre y con una mujer señalada por aquél como testigo presencial de los hechos, que dice conocerle «de toda la vida» (doña M.L.P.).

En relación con esa prueba testifical ha de repararse en que, practicada la de doña M.L.P. el 12 de marzo de 2007, se le vuelve a tomar declaración el 17 de octubre de 2008, y al padre del reclamante el 14 de octubre inmediatamente anterior —sin que conste una declaración previa—. **La práctica de una prueba testifical en octubre de 2008** no se justifica en el expediente, aunque se puede deducir que, dado el iter procedimental, **responde a la necesidad de esclarecimiento de los hechos, dada la constancia de una diligencia municipal en la que se documenta la comparecencia** (el 18 de septiembre de 2008) **de una persona que desea permanecer en el anonimato, que realiza manifestaciones en las que demuestra tener conoci-**

miento de hechos concretos relacionados con la caída. Esa persona refiere en dependencias municipales que el reclamante le manifestó —al igual que a otras personas— que la caída ocurrió de manera distinta, haciendo valer otra versión ante el Ayuntamiento a los efectos de efectuar una reclamación, y que doña M.L.P. no estuvo presente.

La manera del proceder municipal no puede ser reprochada a los efectos del presente procedimiento —puede repararse, no obstante, que no consta el empleado municipal que extiende la diligencia mencionada—, ya que **la Administración actuante puede y debe realizar cuantos actos sean precisos para la instrucción del procedimiento, que le permitan el esclarecimiento de los hechos.** Distinto habría sido que fundamentara su decisión desestimatoria en el testimonio de una persona anónima, lo que no ha ocurrido en este caso. [...]

DCJA 48/2009 pár. 10 a 12

En segundo lugar, habiéndose acordado la práctica de la prueba testifical del Director Técnico de la Obra y la **pericial técnica** de la Compañía de Seguros …, no han sido finalmente cumplimentadas.

Así como parece que en el caso de don C.I.E., que había dejado de prestar servicios en el Ayuntamiento, la notificación resulto infructuosa, habiéndose realizado tres intentos, **la negativa de la compañía aseguradora a confeccionar una pericial técnica no tendría que haber supuesto, una vez considerada la pertinencia** de una prueba de esas características, **que desistiera de recabarla, ya que nada impedía que se acudiera para ello a un técnico del propio Ayuntamiento o a un tercero**.

DCJA 17/2009 pár. 14 a 15

Esta Comisión discrepa de la **valoración de impertinencia** de la prueba solicitada.

Los daños por los que la interesada reclama fueron causados, según refiere, al resbalar como consecuencia de que el «pavimento se encontraba mojado y convertido en una pista de patinaje».

La normativa de aplicación reconoce a la interesada el derecho a proponer las pruebas (artículo 80.3 LRJPAC y artículo 6.1 del Reglamento), que únicamente podrán ser rechazadas cuando fueran manifiestamente improcedentes o innecesarias. En estricta correlación con este derecho, el artículo 85.3 LRJPAC impone al órgano instructor la obligación de adoptar «las medidas necesarias para lograr el pleno respeto de los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento».

Corresponde al interesado acreditar, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba contenida en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la existencia de nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado. Los interesados tienen la carga de probar la existencia de la relación de causalidad por cualquier medio de prueba admisible en derecho. De igual modo, en un correcto entendimiento de la distribución del «onus probandi», acorde con el principio general de buena fe, la Administración debe adoptar una postura colaboradora que facilite el esclarecimiento de los hechos relevantes para la decisión del procedimiento.

La propuesta de resolución es desestimatoria porque «no ha quedado demostrado que el accidente se produjo a causa de deficiencias del pavimento y tampoco se ha probado por parte del perjudicado/de la perjudicada a quien incumbe la carga probatoria que el mismo sea deslizante».

De ese razonamiento, sobre el que se basa la Administración para desestimar las pretensiones de la recurrente, como vino a enunciar la STS de 24 de abril de 2007 (Arz. 5766), «se deduce necesariamente que **la denegación de la prueba testifical propuesta por la actora, le genera indefensión al limitarle los medios para poder acreditar los hechos en los que funda su pretensión, y luego desestimar esta con la argumentación de que no se ha acreditado que la caída se produjera en la forma que se señala en la demanda**».

Asimismo hay que recordar que **resulta contrario al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que se rechace una prueba testifical por innecesaria argumentando que, aun cuando fuera favorable a la parte, no iba a alterar la decisión de la Administración instructora, ya que ello implica una valoración de la prueba que corresponde a un momento posterior del proceso y supone prejuzgar la hipotética fuerza persuasiva de los testimonios, sin tan siquiera haberlos recabado.**

Y por último, si lo declarado por la policía local es relevante, sin que sea expresión de un juicio técnico, también lo son los datos que aportarían los testigos directos de la caída —no referenciales—, únicos que podrían esclarecer con precisión la mecánica de la misma.

DCJA 31/2009 pár. 21 a 28

En el supuesto analizado el desnivel de la baldosa respecto a la colindante en la que se inserta el registro eléctrico queda evidenciado con las fotografías incorporadas en el expediente. Sin embargo, **esas fotografías están tomadas en primeros planos** —a diferencia de las que aporta también la reclamante con la intención de demostrar que se hallaba la baldosa reparada, sin que permitan apreciar nada al respecto—, **a una escala que desconocemos, pero que a todas luces muestra los**

elementos considerablemente aumentados en su tamaño. Por ello, esas fotografías no permiten tener por acreditado que el desnivel de la baldosa alcance una entidad que la haga merecedora de una consideración de irregularidad relevante y eficiente para provocar una caída a cualquiera que deambule sobre esa acera y tropiece con dicha baldosa.

DCJA 84/2009 pár. 41

En este caso, el reclamante ha identificado y acreditado, en primer lugar, el lugar del accidente: unas escalinatas que tuvo que abordar éste en los aledaños de las casas de los n.º … y … de la calle … para realizar su tarea de repartidor; lo que viene a corroborar el parte de traslado de la ambulancia y no parece siquiera cuestionarse por la instrucción a lo largo del expediente.

No obstante, **la propuesta sí parece señalar dudas al respecto, basándose para ello en que el reclamante no ha ofrecido testigo presencial directo** a fin de corroborar su versión.

La Comisión no puede compartir este último parecer, pareciéndole justo traer a colación en este momento **la prueba de testigos que fue solicitada**, oportuna y formalmente, en escrito del reclamante (folio 23) **y que la instrucción omitió resolver**, **sin que sea aceptable que la Administración resulte beneficiada por un incumplimiento que solo a la misma incumbe.**

DCJA 100/2009 pár. 21 a 23

En esa negación, cobra especial importancia la valoración realizada por el instructor de la **declaración de los testigos** propuestos por el reclamante —**esposa e hija** de éste—, pues son precisamente esos testimonios los que acreditan el relato fáctico que sustenta la reclamación.

La propuesta resolutiva, como decimos, no otorga valor alguno a estos testimonios «al ser los testigos presentados parientes del reclamante y sin proponer otras pruebas, con posible tacha como testigos por tener interés directo con respecto al reclamante y sin haber propuesto ningún otro testigo, pese a lo transitado de la zona.»

A este respecto, conviene recordar que **la posibilidad de la tacha de testigos (artículo 377 LEC) es un mecanismo que puede afectar a la valoración del correspondiente testimonio, el cual, en cualquier caso, deberá ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado (artículo 376 LEC).**

En este contexto, **esta Comisión no comparte la valoración de la prueba** realizada en la propuesta resolutiva, **y tampoco considera acertados los concisos motivos a los que alude para negar valor alguno a dichos testimonios**.

En primer lugar, el **reclamante**, en contra de lo señalado en la propuesta resolutiva, **sí ha presentado otras pruebas relacionadas con el suceso**, como son los informes médicos de su médico de cabecera y del traumatólogo, donde se acreditan los daños sufridos, los cuales, por cierto, son los propios de una caída como la relatada (policontusiones en ambas manos, codo derecho y rodilla izquierda). Presenta también un informe médico pericial que avala las lesiones sufridas y el tiempo precisado para su recuperación.

Igualmente, ha aportado fotografías del lugar donde supuestamente se produjo la caída, observándose clara y detalladamente deficiencias en el lugar señalado más que suficientes para provocar el tropiezo y la caída que dieron lugar a las lesiones; el propio Servicio de Vías Públicas del Ayuntamiento asume esas deficiencias y pasa nota de trabajo a la brigada municipal de calles para que proceda a la pronta reparación del área.

En segundo lugar, tampoco del hecho de no haber propuesto ningún otro testigo, pese a lo transitado de la zona, se deduce, a juicio de esta Comisión, la inhabilitación automática del testimonio de los familiares directos, puesto se trata de una simple apreciación subjetiva que **pretende cargar sobre el reclamante la obligación de acreditar que nadie más pasaba en ese momento por ese lugar —constituyendo un claro supuesto de prueba diabólica—**, y sobre lo cual, por cierto, nada se ha indagado durante la instrucción.

En este contexto, los testimonios de la esposa y de la hija de don J.M.C.R. resultan, a salvo de pequeños detalles como la fecha en que el reclamante acudió al médico tras el accidente, coherentes con el relato fáctico mantenido en la reclamación, y con los daños físicos sufridos y debidamente acreditados.

DCJA 108/2009 pár. 24 a 31

En relación con la prueba, apreciamos que doña R.N.Y. presentó un escrito, con fecha de entrada en Osakidetza de 6 de junio de 2008, en el que solicitaba que se acordara la práctica de prueba consistente en: (i) declaración de los médicos que practicaron la intervención quirúrgica y el tratamiento de las lesiones, en especial del traumatólogo; (ii) historia clínica del Hospital …, y (iii) informe del Servicio de Traumatología del Hospital de … de Vitoria-Gasteiz respecto a las posibilidades de curación terapéutica íntegra de todas las secuelas que padece tras la intervención referida.

Posteriormente, en su escrito de alegaciones, registrado el 15 de diciembre de 2008, la reclamante solicita la **práctica de un reconocimiento médico de especialista**

distinto de quien intervino quirúrgicamente, y elaboración de un anexo o complemento al informe de 27 de octubre de la Inspectora médica que recoja su opinión respecto a lo expuesto en el propio escrito que da cumplimiento al trámite de audiencia.

Durante la instrucción del expediente no se ha dado respuesta a doña R.N.Y. en relación con su petición de práctica de prueba, siendo así que, si bien las dos primeras propuestas —declaración de médicos implicados e historia clínica— ya figuraban en el expediente —la declaración de los médicos en forma de informe—, nada se ha resuelto, en cambio, por la instructora respecto a la práctica de un reconocimiento médico de especialista distinto, ni se ha dado traslado a la Inspección médica del escrito de alegaciones para que complemente su informe de 27 de octubre, como pedía la reclamante en periodo probatorio.

No obstante, lo anterior no quiere decir que el procedimiento adolezca de un vicio invalidante, pese a que lo correcto habría sido que la instructora hubiera motivado la denegación de las pruebas propuestas que finalmente no han sido practicadas. La falta de tal denegación explícita, en el presente caso, no traspasa el umbral de la mera irregularidad no invalidante, al carecer de potencialidad para causar indefensión.

Hay que tener en cuenta que **el examen de la paciente por otro especialista no supone, en puridad, una prueba de cuya práctica haya de responder la Administración sanitaria.** Esa Administración ya solicita, para su incorporación al expediente, el informe pericial de los Servicios de la Inspección médica. **La pretensión de doña R.N.Y. desnaturaliza los principios probatorios y de la carga de la prueba, ya que demanda a la Administración que realice una peritación, que, en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial, ha de ser efectuada por cuenta de la reclamante, trayendo al procedimiento el informe pericial médico que considere oportuno.**

Lo que subyace tras la proposición probatoria de la reclamante es la obtención de una segunda opinión médica —caracterizada porque su gestión corre a cargo de la Administración sanitaria— en un supuesto que no se halla contemplado en el Decreto 149/2007, de 18 de septiembre, por el que se regula el ejercicio del **derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario de Euskadi. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial no se incluyen en el ámbito en el que puede ejercerse ese derecho,** que, de admitirse, quedaría desvirtuado, y podría ser esgrimido con una finalidad distinta a la que el mismo Decreto contempla, que es la de proporcionar, en fase de diagnóstico de determinados procesos, una mayor información en la adopción de las decisiones que corresponden a cada persona en relación con su salud.

DCJA 66/2009 pár. 19 a 24

Con ocasión del trámite de audiencia concedido a **las reclamantes** para formular alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que consideren oportunos, apreciando que en la historia clínica aportada no se recoge fielmente y en su integridad lo sucedido en la noche del 3 al 4 de abril de 2008, aquéllas **solicitan que se identifique a la persona que ocupaba la cama de al lado del fallecido, así como a su acompañante, presente la noche de la defunción, a fin de que se tome declaración a esta última.**

Antes de dictar la propuesta de resolución no se ha dado respuesta a la petición de prueba efectuada por las reclamantes en su escrito de alegaciones, y tampoco la citada propuesta contiene ninguna referencia a esa cuestión.

La falta de respuesta a esa petición no puede considerarse por esta Comisión constitutiva de un vicio invalidante, con potencialidad para causar indefensión. No se observa la omisión de un trámite legal o reglamentariamente establecido, ya que **la única previsión en relación con el trámite de audiencia —tanto en el Reglamento como en la LRJPAC— es la de efectuar alegaciones y presentar, en su caso, documentos y justificaciones que las personas interesadas estimen pertinentes, una vez que el procedimiento se encuentra ya instruido.**

Además, **tampoco las reclamantes han formulado un principio de prueba** con el fin de exponer qué hechos relevantes para la decisión del procedimiento pretenden acreditar mediante la testifical instada cuando está ya instruido el expediente.

Esta Comisión considera que las garantías inherentes al principio de contradicción (materializadas en el derecho a proponer las pruebas en la forma y momento previstos en el artículo 80.3 LRJPAC y artículo 6.1 del Reglamento, y a ser oídos y tener acceso al expediente una vez que éste haya sido totalmente instruido y antes de que la propuesta de resolución se haya redactado —art. 84.1 LRJPAC y artículo 11 del Reglamento—) han sido respetadas y salvaguardadas, no apreciándose desde esta perspectiva ninguna indefensión real y efectiva con trascendencia invalidante.

DCJA 77/2009 pár. 18 a 22

Ahora bien, teniendo en cuenta que la propuesta desestimatoria del Ayuntamiento consultante afirma la falta de acreditación sobre la dinámica de la caída («…no se ha acreditado en ningún momento que el golpe derive de un resbalón»), debe advertirse que **no se ha abierto periodo probatorio (ni razonado su innecesariedad o impertinencia), a pesar de que éste fue expresamente pedido por el reclamante en su escrito inicial,** en el que, al margen de las pruebas cuya práctica pudiera acordarse de oficio, instaba la «…audiencia a los deportistas presentes en el momento del accidentes, solicitud de informe sobre los hechos acaecidos e incorporación al expediente de la documentación existente (libro de reclamaciones, informes

sobre mantenimiento y reparaciones, facturas…), sobre accidentes similares y la razón de los mismos, es decir, la humedad».

De acuerdo con el artículo 80 LRJPAC, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por el interesado, debe acordar la apertura de un periodo de prueba, a fin de practicar las que estime pertinente. Aquellas que sean propuestas por los interesados sólo podrán rechazarse motivadamente cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias.

El expediente instruido ofrece datos sobre el funcionamiento del polideportivo municipal (reclamaciones, mantenimiento y reparaciones), dando implícita contestación a algunos extremos de la petición probatoria del reclamante, pero ninguna información proporciona sobre la forma en que se produjo la caída. La instrucción, por tanto, es en este punto insuficiente, sin que **la no identificación por el reclamante de los deportistas que debían testificar permita imputar la falta de prueba al reclamante. Si la Administración** —como sostiene la propuesta— **no tiene por cierta la versión de aquél, venía obligada a abrir el periodo probatorio y, una vez acordada su apertura, requerir al reclamante los datos necesarios para la identificación de los testigos, a fin de practicar la prueba testifical.**

La precedente carencia en la instrucción adquiere relevancia —como luego se señala en el examen de fondo— en el sentido de impedir la imputación al reclamante de un incumplimiento de su deber de probar los hechos que fundan su pretensión indemnizatoria. Pues, no cabe imputar al reclamante una falta de acreditación sobre la dinámica de la caída, al tiempo que no se practica la prueba articulada por aquél precisamente para probar dicho extremo.

DCJA 214/2009 pár. 14 a 17

Práctica de notificación

El artículo cuarto modifica el apartado 3 del artículo 15 del Decreto 30/1998, para prescribir que las convocatorias de acreditación de perfiles se publicarán en el *BOPV* y ordenar lo siguiente:

> La resolución de las convocatorias, con expresión de los perfiles lingüísticos acreditados por los aspirantes, así como los demás acuerdos del Tribunal Calificador, salvo disposición expresa en otro sentido, se harán públicos en el Tablón de Anuncios de la Academia de Policía del País Vasco. En el *Boletín Oficial del País Vasco,* mediante acuerdo del Tribunal Calificador, se hará pública la fecha de colocación en el Tablón de Anuncios de tales publicaciones. La publicación de tales acuerdos en el *Boletín Oficial del País Vasco* será determinante de los plazos a efectos de posibles impugnaciones o recursos.

La primera frase del párrafo que hemos reproducido no plantea problemas —aunque introduce ciertas dudas la salvedad, pues se ignora qué supuesto quiere abrigar— ya que el artículo 59.6.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) prevé que la publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en el caso de que se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medio de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

Tampoco podemos reprochar nada a la segunda frase del párrafo (la inserción en el *BOPV* de la fecha de colocación en el Tablón de la publicación del correspondiente Acuerdo del Tribunal) que puede calificarse de forma complementaria de la publicación, coadyuva a facilitar el conocimiento del acto por parte de sus destinatarios.

No ocurre lo mismo con la tercera al anudar a la publicación en el *BOPV* los plazos a efectos de posibles impugnaciones.

Cabe señalar que el **artículo 60 LRJPAC contempla que la publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el punto 2 del artículo 58 LRJPAC exige respecto de las notificaciones**, y que este último establece que deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, y que será asimismo aplicable lo establecido en el punto 3 del artículo 58 LRJPAC, según el cual las notificaciones defectuosas que contuvieren el texto integro del acto pero omitiesen alguno de los requisitos establecidos en el apartado anterior surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución o acto objeto de la notificación, o interpongan el recurso procedente.

Estando condicionada la eficacia del acto a su publicación en legal forma, artículo 57.2 LRJPAC, de esta se hace depender que comience el cómputo del plazo a efectos de posibles impugnaciones, lo cual es una consecuencia lógica de la finalidad de la notificación o publicación —que el interesado conozca el contenido exacto del acto y, por tanto, pueda reaccionar frente al mismo, siendo informado asimismo de si es definitivo en vía administrativa, el recurso que cabe interponer contra el mismo y ante qué órgano y en qué plazo—.

Por ello, la fecha de la publicación en el *BOPV* del Acuerdo en que se hará pública la fecha de colocación en los Tablones del acto correspondiente no puede considerarse como fecha en la que el acto produce efectos ni, por ende, tomarse como referencia a efectos de su impugnación.

DCJA 18/2009 pár. 69 a 75

3. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Procedimiento de revisión de oficio

Iniciación

En cuanto a la iniciativa, **siendo de competencia del Pleno la de decidir la procedencia de la revisión, también le corresponde la adopción del acuerdo de apertura del procedimiento.**

DCJA 150/2009 pár. 16

B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial

Iniciación

Igualmente, deberán acreditar las interesadas su condición de hijas del fallecido, debiéndose advertir que su reclamación no está motivada por su condición de herederas, sino por su condición de perjudicadas, es decir, iure propio y no por sucesión hereditaria, así lo viene considerando la Jurisprudencia, SSTS 1-7-1981 (Arz.3037) y 14-12-1996 (Arz. 8970) entre otras. La **legitimación** tiene su origen en el daño moral sufrido por la muerte de su padre, lo que sin duda hace nacer a su favor la condición de terceras perjudicadas y consiguientemente están legitimadas para ejercitar la acción derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Los menoscabos materiales y morales de los perjudicados por la muerte de una persona son efectivamente perjuicios propios (sufridos en su propia esfera personal y patrimonial) **y directos** (distintos del daño personal del fallecido); pero ese derecho propio encuentra su causa en este caso en el hecho del atropello y es dependiente del mismo, en el sentido de que su crédito resarcitorio sólo puede existir si se aprecia la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración y en el mismo grado.

DCJA 8/2009 pár. 21 a 22

En el caso que analizamos, al tratarse de **filtraciones de agua provenientes** del hecho **de la rotura de la conducción**, no puede considerarse como ***dies a quo*** el esgrimido por la Administración reclamada, sino, en todo caso, el de **la reparación de la red de saneamiento,** lo que si bien no sabemos a ciencia cierta cuándo se produjo, sí que lo fue con posterioridad al 30 de julio de 2007, momento en el que el agua dejó de producir efectos nocivos en el edificio y pudo la propiedad del mismo

evaluar y saber con una mínima certeza cómo y cuánto iba a costar la reparación que debía llevar a cabo.

DCJA 25/2009 pár. 13

Por último, se constata que si bien el expediente se inicia con la reclamación formulada por el propietario del comercio, al haberse satisfecho el importe de los daños por la **compañía aseguradora** ésta **acude ejercitando** después **la acción subrogatoria** que le otorga el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato del Seguro, y se coloca en su misma posición para hacer efectivo el crédito que ha adquirido con el pago, posibilidad admitida sin reservas por la doctrina jurisprudencial.

Ello no obstante, la Comisión quiere verter sendas consideraciones.

En primer lugar, que, **aún tratándose de la misma acción** —la que corresponde al titular de los bienes por los perjuicios causados por la inundación—, **la subrogación no alcanza a la totalidad de los daños y perjuicios por él sufridos**, tal y como se advierte en el informe pericial de parte que se acompaña (folios 25 y 28 del expediente). Éste deja a salvo el derecho a reclamar que sigue ostentando el propietario frente al Ayuntamiento de Bilbao en cuanto a la partida correspondiente a los desperfectos sufridos en los electrodomésticos, cuyo importe se valora en 1.407,32 euros, que «se encontraban situados en el suelo y eran susceptibles de ser almacenados sobre estanterías y por lo tanto están excluidos por la póliza».

La subrogación no puede sobrepasar el límite de la indemnización; habiendo abonado la Aseguradora … al propietario afectado la suma de 102.344,56 euros, su reclamación en el ejercicio de la acción de subrogación debe ceñirse a esa cantidad.

Por este motivo, y **habiéndose seguido el procedimiento únicamente con la aseguradora, éste debería continuar, de forma independiente, para que se pueda llegar a determinar si al reclamante inicial** —don J.L.E.A.— **le corresponde por tal concepto una indemnización que no le ha sido abonada por aquella al amparo de una cláusula exoneratoria parcial del contrato de seguro** —que, en principio, no sería oponible para excluir la responsabilidad patrimonial de la Administración—, instruyéndose el correspondiente expediente contradictorio en el que se le oiga.

Con la advertencia añadida de que, retomando las reglas que rigen la actuación de esta Comisión, cabe inferir que tal reclamación, por su importe, queda fuera del ámbito objetivo de su actividad consultiva.

En segundo lugar, la Comisión constata que **la Compañía de Seguros, siendo también aseguradora del Ayuntamiento con el que tiene asegurado el riesgo de**

responsabilidad civil mediante póliza n.º …, con franquicia de 15.000 euros por siniestro, reclama el importe de 15.000 euros en concepto de indemnización por los daños sufridos por el siniestro referido —folio 6 del expediente—.

Sin embargo, **tal petición debe ser adecuadamente calificada, pues el abono de esa cantidad —que coincide con la de la franquicia— resultaría de la aplicación del contrato de seguro firmado y no de los posibles perjuicios causados por la actuación de la Administración** —lo que con acierto ha hecho la Administración instructora—, que es lo que aquí importa determinar.

Como ya hemos advertido, una vez pagada la indemnización, el asegurador queda subrogado en todos los derechos, recursos y acciones del asegurado contra todos los autores o responsables del siniestro. Por tanto, queda legitimado para solicitar la reparación del daño causado al propietario del local en base a una presunta responsabilidad de la Administración.

Esto es lo que se dilucida en este expediente, al que es ajeno el hecho de que a su vez el riesgo de la responsabilidad administrativa se encuentre también asegurado por la misma compañía. Las cuestiones que suscite la relación contractual entablada entre la Administración y la Compañía de seguros deben resolverse conforme al contrato suscrito —cuyas cláusulas, de otro lado, se desconocen, al no estar incorporado al expediente tramitado—, sin que deban interferir en la sustanciación del procedimiento legal y reglamentariamente establecido para dilucidar si concurren los requisitos que de antiguo se exigen para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Es más, para el caso de que pudiera llegar a fijarse directamente la obligación de indemnización de la compañía aseguradora de la Administración a la resolución de un expediente de responsabilidad, estaríamos en realidad ante un supuesto de confusión de derechos (artículo 1192 CC) al reunirse en la misma persona —… S.A.— la cualidad de deudor (como aseguradora del Ayuntamiento) y de acreedor (como subrogado del propietario del local), lo que conduciría a la extinción de la obligación.

Incluso es impensable una subrogación para que en el patrimonio de la compañía nazca un derecho y una obligación contra sí misma *(nemo subrogat contra se)*.

En suma, se ha de precisar que el contenido del procedimiento reside en una pretensión de responsabilidad patrimonial y debe centrarse en lo que constituye su verdadero objeto, determinar si existe o no responsabilidad de la Administración.

DCJA 86/2009 pár. 24 a 36

Para poder pronunciarnos en cuanto al cumplimiento del **plazo legal para presentar la reclamación** —un año conforme al artículo 142.5 LRJPAC—, es preciso de-

terminar si la compañía de seguros reclamante, tal y como afirma en sus alegaciones, interrumpió oportunamente el referido plazo con el **envío de un telegrama** el 5 de noviembre de 2004.

Siguiendo para ello la doctrina jurisprudencial y legal de que se hizo cita en el DCJA 76/2007, cabe concluir que el referido documento produjo tanto los efectos interruptivos del plazo prescriptivo señalado, como los necesarios para activar la acción reclamatoria.

Cabe constatar, en efecto —por el sello registrado en el telegrama enviado al ente municipal, que se ha incorporado al expediente de oficio, y por las referencias indirectas que se siguen de la documentación expedida por el servicio público de correos, que fue aportada por la reclamante—, que **el telegrama llegó a poder de las instancias municipales** en fecha 8 de noviembre de 2004, es decir **con anterioridad a la expiración del plazo legal de reclamación**, que debía finalizar aún el 24 de noviembre de 2004.

Debe afirmarse de igual forma, que el documento telegráfico produjo los efectos activadores de la acción reclamativa, por cuanto contenía también, con arreglo a las consideraciones formuladas en el citado dictamen, las circunstancias imprescindibles que la hacían susceptible de ello.

Se constata, así, que el escrito **hacía referencia a la fecha, cuantía y causa de la reclamación efectuada**, haciendo alusión así mismo a preceptos legales comunes de la interrupción del plazo de ejercicio de las acciones de responsabilidad civil; con lo que **no existiría fundamento suficiente para negarle viabilidad legal al citado documento.**

De hecho ni la propia Administración ha negado realmente el ejercicio tempestivo desde la primera acción entablada por parte de la mercantil reclamante de la responsabilidad, por cuanto tan solo le requirió para la acreditación de aspectos ligados más propiamente a la prosecución del expediente, que no al inicio del mismo, en la primera de las ocasiones en que se reclamó por la aseguradora; y en el nuevo expediente que ahora se nos somete, la misma Administración finaliza con una propuesta desestimatoria por razones de fondo y no de forma, como debiera corresponder a una reclamación que se apreciase tardía.

DCJA 13/2009 pár. 10 a 15

Del examen del expediente surge, en primer lugar, la necesidad de examinar el requisito del **plazo de presentación de las reclamaciones** de responsabilidad que establece el artículo 142. 5 LRJPAC, ya que la propuesta de resolución basa su sentido desestimatorio en la extemporaneidad de la reclamación presentada.

La propuesta de resolución, en síntesis, con base en el DCJA 76/2007 y en la Sentencia de 21 de febrero de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º … de Donostia-San Sebastián, que ratificó la solución sostenida en el citado dictamen, considera que la reclamación ha prescrito.

Sin embargo, a juicio de la Comisión, el supuesto que ahora se plantea no guarda con el entonces dictaminado la identidad requerida para otorgarle la misma solución (apreciar la existencia de prescripción).

La doctrina recogida en el citado DCJA 76/2007 (párs. 18 a 22), a lo que ahora interesa, era la siguiente:

> 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 n.º 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...».

En el caso, el expediente acredita que (i) los hechos suceden el 2 de marzo de 2005; (ii) el 21 de febrero de 2006 la compañía aseguradora —subrogada en la acción de la empresa perjudicada— remite al Ayuntamiento un telegrama —con el contenido trascrito en los antecedentes—; y (iii) el 22 de enero de 2007 se presenta por dicha compañía escrito de reclamación.

Asimismo de **la lectura del telegrama se colige que contiene (i) la identificación del perjudicado** (la empresa … y, por subrogación, la compañía de seguros); **(ii) el día en que se produce el daño** (2.03.2005), **el lugar de éste** (local propiedad de la citada mercantil); **(iii) su carácter** (inundación); **y (iv) la causa de aquél** (rotura de tubería municipal).

Por tanto, de acuerdo con la doctrina transcrita, **el citado telegrama puede subsumirse en el supuesto al que, con carácter excepcional, cabe otorgar «… un efecto interruptivo de la prescripción en supuestos de envío de telegramas»**, al permitir «… 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…».

En efecto, **conteniendo el telegrama remitido los elementos precisos para propiciar la reacción de la Administración municipal, a fin de dar inicio al procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de acudir al**

cauce del artículo 71 LRJPAC para la subsanación de aquellos extremos de la reclamación (vgr: acreditación de la representación, determinación de la cuantía…) **que, de no realizarse, hubiera fundado el archivo de aquélla, no puede ahora considerarse extemporáneo el escrito de reclamación** de 22 de enero de 2007.

Es cierto que el 2 de marzo de 2005 quedó delimitado y estabilizado el daño objeto de reclamación, así como su origen y el servicio público causante del mismo, siendo éste el *dies a quo* para el inicio del cómputo del plazo legal de prescripción —común para la acción que podía activar tanto el perjudicado como la compañía de seguros—, tal y como determina la jurisprudencia (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991, 25 de mayo y 29 de diciembre de 1999, ya que el asegurador ejercita la misma acción que corresponde a su asegurado frente al responsable del daño), pero, acreditado el envío del telegrama con el contenido señalado dentro del año, ha de darse a éste efectos interruptivos del plazo.

DCJA 94/2009 pár. 11 a 19

En cuanto al plazo, la caída se produjo el 6 de junio de 2006 y el derecho a reclamar prescribe en el plazo de un año, si bien, para su cómputo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJPAC, según el cual, **en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.**

Pues bien, incluso teniendo en cuenta lo anterior, esta Comisión debe asumir que la fecha de **estabilización de los daños es la del 23 de octubre de 2006, ya que es la señalada en la propia reclamación, así como en el informe médico pericial que la fundamenta,** constatándose, así, que en el momento en el que aquella fue presentada en el Ayuntamiento —con fecha 7 de noviembre de 2007— ya había transcurrido el plazo de un año legalmente previsto, sin que conste en ese tiempo ninguna actuación a la que pueda atribuirse eficacia interruptiva, de manera que debemos concluir que la reclamación resulta extemporánea y la acción de responsabilidad, por tanto, inexorablemente prescrita.

En nada altera la anterior conclusión el que en el expediente aparezca documentación médica posterior a aquella fecha, puesto que, al margen de que ello sólo evidenciaría, en su caso, la necesidad de un seguimiento de las secuelas, lo fundamental en este supuesto es que, insistimos, es la propia reclamante la que establece como fecha de curación o estabilización la del 23 de octubre de 2006, siendo también esa la fecha que se toma como referencia a la hora de cuantificar la valoración económica de los daños sufridos como consecuencia del accidente.

DCJA 132/2009 pár. 13 a 15

En el presente caso, dado que los daños alegados son de carácter psíquico —el reclamante sufrió un trastorno adaptativo con reacción de estrés laboral y ansiedad—, ha de aplicarse la regla relativa a la fecha de su curación o determinación de las secuelas, lo que sucedió el 9 de noviembre de 2003, cuando recibió el alta médica y se reincorporó al servicio.

A juicio de la Comisión, a partir de dicha fecha el interesado contaba con los elementos necesarios para instar de la Administración la indemnización por los daños ocasionados por el citado padecimiento psíquico.

La reclamación, sin embargo, **considera que las actuaciones dirigidas a la calificación de su baja como de accidente de trabajo interrumpieron el plazo de prescripción.**

Pero tal apreciación no se compadece con la doctrina jurisprudencial (entre otras muchas, la STS de 21 de marzo de 2000, RJ 2000/4049) sobre la interrupción del plazo de prescripción por ejercicio de acciones distintas a la de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, que señala lo siguiente:

> Esta Sala tiene, en efecto, declarado (sentencia de 4 de julio de 1990, entre otras muchas) 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. La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de 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 por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4975], que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).
>
> De esta jurisprudencia se deduce 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.

En el examen de la prescripción ha de estarse a las circunstancias del caso y en el aquí examinado, procede en primer término, examinar las características de la acción dirigida a obtener la calificación de accidente de trabajo.

En este ámbito, hay que decir que **dicha acción tiene unos perfiles propios y nada tiene que ver con la acción de responsabilidad.** Así, nada impide que un trabajador pueda ser resarcido mediante una indemnización por los daños y perjui-

cios causados, aunque el hecho no haya sido calificado como constitutivo de accidente de trabajo, como tampoco el que haya sido calificado de accidente de trabajo significa que el trabajador deba ser indemnizado por la existencia de una responsabilidad empresarial.

[...]

En suma, y a los efectos del concreto planteamiento que traslada el reclamante en el presente procedimiento, hemos de entender que cuando presenta su reclamación el plazo de prescripción de la acción para reclamar ya había finalizado.

En efecto, este caso, considera la Comisión que **la calificación de accidente de trabajo no es relevante para la acción de responsabilidad, ya que no añade ningún elemento fáctico ni jurídico necesario para exigir la responsabilidad patrimonial, ni encierra, como es evidente, una reclamación para hacer efectiva la misma.**

DCJA 134/2009 pár. 10 a 25

Véase DCJA 135/2009 pár. 10 a 25
Véase DCJA 200/2009 pár. 38 a 40

Instrucción

También cabe señalar que se ha cumplimentado lo dispuesto artículo 10 del Reglamento citado, habiéndose recabado el **informe del servicio**, a cuyo funcionamiento se atribuye el daño. Sin embargo, la Comisión considera que el contenido del informe del Ingeniero municipal del Obras y Servicios **no es suficiente** cuando se limita a declarar que la instrucción de la presente reclamación debe ponerse en conocimiento de la contrata de limpieza viaria y recogida de basura … «posiblemente por doble imputación: como responsable de limpieza viaria municipal por grasa en calzada y como responsable de recogida de basura por desperdicios en paso peatonal».

En los supuestos de daños causados a los usuarios de las calles y paseos públicos locales por la deficiente conservación de los mismas, es a la parte reclamante a la que corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

Corresponde, sin embargo, a la Administración competente, aquí en materia de seguridad en el tránsito de personas por las vías urbanas y servicios de limpieza, recogida y tratamiento de residuos [artículo 25.2.a) y l) de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

reguladora de las Bases del Régimen Local], la prueba de la carga referente a la cuestión de la fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración. Asimismo, en ella recae la carga probatoria de la incidencia, como causa eficiente, de la conducta de la propia víctima, salvo en el supuesto de hecho notorio. Por último, también **es la Administración quien ha de acreditar la concurrencia de circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial y de las medidas adoptadas para asegurar la seguridad de los usuarios, así como para reparar los efectos dañosos**, en el caso de que se actúen tales situaciones de riesgo.

Por ello, entendemos que **el citado informe resulta insuficiente,** más aún cuando, habiendo sido oída la empresa de limpieza viaria y recogida de basura, ésta ha guardado silencio, **sin que haya instruido sobre las condiciones en las que se desarrolla el citado servicio**, subsanando, de alguna forma, la omisión municipal.

ACJA 5/2009 pár. 12 a 15

De conformidad con lo establecido en el artículo 78 LRJPAC, el órgano que tramite el procedimiento deberá realizar los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimientos y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

Conocidos por el órgano instructor los informes referenciados, **en los que se menciona la existencia de obras en la zona** pero sin situar de modo fehaciente el origen de la gravilla en dichas obras, **aquél debería haber adoptado las medidas oportunas para esclarecer tal circunstancia,** entre las que sin duda hubiera debido constar la de identificar y dar traslado de la reclamación a la empresa contratista o a los promotores de la obras contiguas a los que la propuesta de resolución imputa el deber de proceder a la inmediata limpieza de la calzada, de modo que hubieran podido alegar cuanto estimaran oportuno.

DCJA 23/2009 pár. 19 a 20

Finalización del procedimiento

Se ha de advertir, por último, que el contenido dispositivo de la propuesta refiere que la reclamación se inadmite por manifiesta **carencia de fundamento**, valoración jurídica que debe revisarse, ya que si bien existe esa posibilidad en el artículo 89.4 LRJPAC, **ésta se reserva a supuestos en los que la improcedencia de la reclamación se manifiesta de un modo evidente y palmario, sin un mínimo análisis**

jurídico, en los que incluso cabe omitir el informe de la Comisión Jurídica, lo que no sucede en este caso.

DCJA 171/2009 pár. 24

C) Procedimiento de contratación administrativa

La repetida propuesta de resolución se hace eco de la alegación realizada por el contratista en uno de los dos escritos presentados tras la reanudación del procedimiento resolutorio, de considerar caducado el propio procedimiento de resolución del contrato; alegación a la que se da como respuesta que se desglosará del expediente resolutorio a fin de ser objeto de tramitación y resolución independiente.

En el parecer de la Comisión no resulta posible negar la conexión que guarda el **instituto de la caducidad** que contempla la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), y cuya aplicación a los contratos administrativos, si bien inicialmente no fue una cuestión clara, en este momento se encuentra jurisprudencialmente zanjada —en contra del parecer tanto del Consejo de Estado como de la Junta Consultiva de Contratación—, **habiendo señalado el Tribunal Supremo la aplicación del instituto de la caducidad previsto en el artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) a los procedimientos instruidos con objeto de resolver los contratos administrativos, al considerarlos procedimientos autónomos o con sustantividad propia, y no meros incidentes de ejecución de un contrato.**

No obstante, en la atenta observación de las circunstancias del caso, es de tener en cuenta, en primer lugar, que la susodicha doctrina jurisprudencial que luce en las SSTS de 2 de octubre de 2007 (arz. 7035) y 13 de marzo de 2008 (Arz. 1379), si bien sería plenamente trasladable a este caso en cuanto a la aplicabilidad supletoria de la LRJPAC, requeriría de un examen específico, porque las normas comunes sobre los plazos para resolver y los efectos de la falta de resolución expresa no serían los que se enjuician en tales Sentencias.

A raíz de la reforma introducida en la LRJPAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, con la regulación de los artículos 42.3 y 44.2 que se remite a los efectos previstos en el artículo 92, **la caducidad aparece mejor definida como un medio de promover que la Administración cumpla los plazos para resolver,** evitando la pendencia indefinida de los procedimientos en garantía de la certeza y seguridad jurídica y aplicando el principio reconocido en el artículo 103 de la Constitución que exige que la Administración actúe de acuerdo con el principio de eficacia.

Sin embargo, **teniendo en cuenta la fecha en que el procedimiento se inicia, a tenor de los previsto en la disposición transitoria 2.ª de la Ley 4/1999, le serían de aplicación las reglas establecidas en la LRJPAC en los antiguos artículos 42 y 43.4 (en un precepto dedicado a los actos presuntos), de los que no resulta con semejante claridad la existencia de ese mismo propósito expeditivo**, porque: (i) no existía la obligación de resolver en los procedimientos que se produzca la caducidad, al contrario de lo que ahora se contempla; (ii) el plazo para resolver se fijaba con respecto a los procedimientos para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados, aunque es verdad que se hizo extensible a los iniciados de oficio para los que también jugaría el supletorio de tres meses, porque de otro modo quedaba sin efectos el instituto y; (iii) la caducidad, se había de producir «a solicitud de cualquier interesado o de oficio por el órgano competente para dictar la resolución, en el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo en que debió ser dictada, excepto en los casos en que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en los que se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento».

Lo que unido a las vicisitudes que han jalonado el procedimiento resolutorio que se dictamina —retrotraído por sentencia anulatoria y sometido en estos momentos a una fase reconstructiva dirigida a culminarlo—, considera la Comisión prudente enmarcar su dictamen en el entorno prevalente de una ejecución de sentencia, que dispone de sus propias reglas (Título IV, Capítulo IV, artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, LJCA), ajenas a las que deben disciplinar el orden estrictamente administrativo y **entre las que cabe observar ciertas previsiones específicamente conectadas a la problemática de la caducidad de un procedimiento afectado por una retroacción judicial de actuaciones, como pueden ser las referentes a las sentencias que impongan mandatos de realizar determinada actividad o de dictar un acto (artículo 108 LJCA) y las consideraciones de orden temporal a tener en cuenta en el cumplimiento o ejecución de las sentencias (artículos 104, 109, 112, y 113 LJCA).**

Las precedentes consideraciones inclinan a la Comisión a emitir un dictamen sobre el fondo del asunto, en el convencimiento de que resulta la mejor forma de satisfacer en el caso el tenor de la sentencia, que comprende en el fallo de forma expresa la intervención de un órgano consultivo («que se continúe el procedimiento, con remisión del expediente al Consejo de Estado para que emita el preceptivo dictamen») y muestra en sus fundamentos jurídicos interés en conocer su opinión sobre la resolución contractual tramitada («En suma, la causa resolutoria entraña complejidad suficiente que abunda en la necesidad de someter el expediente al preceptivo dictamen del órgano consultivo…»); **viniendo de esta forma este órgano consultivo a colaborar en fase de ejecución de sentencia** con el deber de preservar la intangibilidad, invariabilidad e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, que resulta parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (RJ 2008\3251).

Razones de economía procesal abonarían también esa posibilidad, sin esperar a iniciar otro procedimiento dirigido al mismo fin, que es lo que sucedería de declararse la caducidad. Desde una perspectiva sustantiva, se hace preciso insistir en que el procedimiento quedó culminado con una resolución final, sin que sea posible entender que aquélla no fue dictada, ya que la retroacción se produce al haberse declarado su nulidad. El propio interesado reconoce que no cabe obviamente volver a la situación inicial, como si nada hubiera pasado, porque determinados efectos derivados del acto anulado han quedado consolidados, por lo que la caducidad únicamente serviría para mantener la incertidumbre jurídica sobre un contrato que no puede cumplirse en los términos en los que fue suscrito. Frente a la aplicación mecánica de una regla que no coadyuva a esclarecer en modo alguno la situación actual, sería preferible analizar, sin dilaciones ni prórrogas sucesivas, si existe justificación para que la Administración lo rescinda en base a un incumplimiento de la empresa.

DCJA 175/2009 pár. 23 a 30

CAPÍTULO VIII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. GENERALIDADES

Como es doctrina de esta Comisión, **no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración (responsabilidad extracontractual) cuando el hecho causante y la correspondiente reparación del daño alegado tiene una vía procedimental específica establecida en el ordenamiento jurídico**.

En el caso examinado, la solicitud presentada por la empresa ..., tanto en su aspecto formal como material (causa de pedir —retraso en la ejecución por causas no imputables a dicha contratista— y pretensión indemnizatoria —abono de los costes padecidos por dicho retraso—), debe ser calificada como una acción de indemnización de daños y perjuicios que se funda en el contrato administrativo de obras para la reforma del edificio … del que la citada mercantil resultó adjudicataria y, por tanto, dicha solicitud tiene el carácter de reclamación de responsabilidad contractual.

DCJA 79/2009 pár. 17 a 18

2. DAÑO

Hay que considerar respecto al caso sometido a consulta que **la inclusión en una lista para sustituciones o interinidad en centros docentes no confiere por sí sola derecho a conseguir un puesto de trabajo**, sino que la persona incorporada a ella cuenta tan sólo con una expectativa de obtención de un puesto, de modo

que, cuando la Administración efectúe los llamamientos siguiendo el orden de prelación establecido en la lista, puede lograr que se le ofrezca un concreto puesto de trabajo.

Y, como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de mayo de 1997, «se excluyen las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, puesto que es reiterada la postura jurisprudencial del Tribunal Supremo que no computa las ganancias dejadas de percibir que sean posibles, pero derivadas de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, cuando las pruebas de las ganancias dejadas de obtener sean dudosas o meramente contingentes.»

Sólo cuando una persona integrante de la lista es llamada, se logra superar la situación inicial de mera expectativa, y nace en ese momento el derecho a ocupar el puesto de trabajo en el régimen que proceda.

Aplicado al caso examinado, **si como consecuencia de la nueva baremación, y tras la remodelación del orden de prelación de la lista resultante de la sentencia judicial recaída, el reclamante demuestra el perjuicio que ha sufrido, porque su posición final le hace acreedor de un puesto de trabajo en un concreto llamamiento efectuado, al que finalmente no accede, se materializaría el daño por el que podría ser resarcido**. Sin embargo, tal perjuicio —que superaría la mera expectativa— no se ha acreditado, por lo que no podemos asumir que se haya originado un daño real y efectivo del que la Administración deba responder.

Don A.J.R. invoca que, si se hubieran valorado correctamente los requisitos de los aspirantes, se le habría llamado para prestar servicios en el curso 2005/2006. Pero no concreta el perjuicio que se le ha podido irrogar, siendo así que **no identifica la plaza para la que debía haber sido llamado en ese curso**, respecto a la que justificar su pretendido derecho preferente, al amparo de la situación generada tras la correcta configuración de la lista del año 2005.

Del expediente **tampoco se colige que existan otras personas con peor derecho** que don A.J.R., que, durante ese curso, hayan sido llamadas a desempeñar un puesto de trabajo, desconsiderando el orden de prelación resultante de las listas existentes.

En conclusión, el daño alegado por el reclamante no merece ser considerado como «lesión resarcible», en lo que se refiere al cumplimiento del requisito de la existencia y efectividad del daño, porque aquél parte de una premisa equivocada al considerar como derechos propios lo que son tan sólo expectativas. Dicho de otra forma, no nos hallamos ante un perjuicio a un bien o derecho patrimonializado del que es titular su reclamante: en este caso, a la ocupación efectiva de un concreto puesto de trabajo.

Por consiguiente, en el presente caso no podemos apreciar la existencia del presupuesto para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial, ya que, con los datos

que obran en el expediente, no puede sostenerse que en la ejecución del acto anulado se ha producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación, en este caso, con el reclamante, tal y como establece el artículo 139.2 LRJPAC.

DCJA 101/2009 pár. 28 a 35

Antes de precisar los conceptos y cuantías que la Comisión estima deben integrar el quantum indemnizatorio, resulta necesario acotar el periodo de producción del daño.

Según hemos señalado, se produce una primera suspensión cautelar y consiguiente **paralización de las obras** durante el periodo que media entre el 24 de enero de 2006 (fecha de la resolución del Alcalde que suspende la ejecución de las obras, hasta que transcurra el plazo de alegaciones concedido a los vecinos) y el 3 de marzo del mismo año (fecha del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local que suspende los efectos de las licencias y activa el cauce del artículo 186 de la Ley del Suelo de 1976).

El Ayuntamiento en su propuesta estima que las consecuencias de ese primer periodo de paralización, en cualquier caso, debían ser jurídicamente soportadas por la empresa reclamante, ya que perseguía subsanar la ausencia de participación de los vecinos interesados en el procedimiento de concesión de la licencia de actividad. La Comisión discrepa de esa valoración, pues dicha suspensión no sólo afectó a actos firmes **(otorgamiento de las licencias)**, sino que **la posterior declaración judicial de su conformidad a derecho** (en los términos expuestos) **deja sin fundamento jurídico también a la decisión cautelar municipal que deviene así antijurídica**.

DCJA 106/2009 pár. 67 a 69

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Título de imputación

El posterior cierre y tapiado con bloques de hormigón del acceso superior de las escaleras pudiera entenderse como una suerte de reconocimiento a posteriori de la anormalidad del funcionamiento del servicio.

La Comisión, sin embargo, discrepa de esa interpretación, pues lo que se infiere es que, a la vista de lo ocurrido, la Administración decidió cerrar el acceso a los dueños de la huerta a fin de mejorar la circulación en la carretera y evitar cualquier riesgo a

los usuarios de la misma, **sin que pueda presumirse que entendiera que se trataba de un camino vecinal, ni conociera y tolerara el tránsito de peatones por la zona como vía para llegar al Balneario desde el casco urbano de Zestoa**. La Administración no está obligada a cerrar cualquier acceso de peatones —éstos son muy numerosos sobre todo en carreteras comarcales—, sin perjuicio de que, evidentemente, pueda hacerlo si con ello se incrementa la seguridad.

DCJA 8/2009 pár. 51 a 52

En cualquier caso, **hay que descartar también que pudiera existir una automaticidad entre el hecho de una baja laboral, que pueda tener origen en problemas laborales, y la responsabilidad patrimonial de la Administración.** Si la actuación de la Administración está justificada, no puede ser responsable de la forma en que personalmente la viva el trabajador, en su fuero interno, pues ello depende de la subjetividad de cada uno y de cómo reaccione ante circunstancias que en principio pueden traerle consecuencias negativas.

Recordando el análisis efectuado de la actuación administrativa, no hay ningún dato que pueda llevar a considerar que ésta haya sido anormal, que el daño se origine por una contravención de la Administración de los derechos del reclamante o de sus deberes en relación con él, ni, por tanto, cabe concluir que el supuesto daño de carácter psíquico padecido por la reclamante derive de la misma.

DCJA 45/2009 pár. 52 a 53

Al hilo de esta consideración, sin consecuencias en este caso, pero de indudable aplicación en otros, parece a la Comisión adecuado indicar que, **tratándose de reclamaciones relacionadas con elementos del mobiliario urbano instalados en las vías públicas, la mera constatación de que es una empresa privada la titular de dichos elementos no siempre resultará suficiente para desechar la imputación del daño alegado a la administración municipal**, dado que la atribución competencial en materia de pavimentación y conservación de vías públicas incluye la obligación de adoptar las medidas —activas, de reparación, o preventivas, de señalización o aviso al responsable de aquélla— pues, en este caso, la noción de funcionamiento normal del servicio público se construye marcadamente por el resultado: las aceras y calzadas deben ser transitables en condiciones objetivas de seguridad para las personas, sin perjuicio de las posibles acciones de regreso que procedan.

DCJA 127/2009 pár. 19

Debe destacarse que la reclamación de responsabilidad se fundamenta en el incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de garantizar la sa-

lud e integridad de los funcionarios, pues no existía un verdadera política de prevención, al faltar una evaluación de los riesgos psicosociales o un protocolo de actuación en el caso de que se produjera alguna incidencia al respecto; examen que no requiere la previa calificación como accidente de trabajo, pues se puede abordar de forma autónoma y atendiendo a elementos distintos.

El examen de si la actuación de la Administración, en el caso, se adecuó o no a lo exigible en materia de **prevención de riesgos laborales,** reclama analizar el comportamiento del empresario desde la perspectiva de sus obligaciones preventivas; mientras que para la atribución de la situación de accidente de trabajo poco importa cuál haya sido el comportamiento de aquél.

Por el contrario, **para que nazca la obligación de la Administración de indemnizar a uno de sus funcionarios por incumplimiento de sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales, es preciso acreditar un supuesto de funcionamiento anormal. Aquélla deberá responder en la medida en que haya adoptado decisiones ilegales que han provocado el daño o haya omitido las medidas exigibles**, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes del caso, que hubieran evitado la producción del daño. Tratándose de un funcionamiento normal el trabajador cuenta con la cobertura objetiva del régimen obligatorio de seguridad social.

Obviamente tal conducta positiva u omisiva ha tenido que producirse antes de que el daño se materialice para que éste pueda estar causalmente relacionado con aquella.

DCJA 134/2009 pár. 26 a 29

Véase DCJA 135/2009 pár. 26 a 29

El 12 de mayo de 1965 se firmó un **convenio de cooperación en la gestión del Seguro Obligatorio de Enfermedad, entre el Instituto Nacional de Previsión y la empresa** ...

De conformidad con el convenio suscrito «la Jefatura Provincial de Servicios Sanitarios, en función de la libertad de elección del asegurado, designará a propuesta de la empresa, los facultativos del S.O.E. a los que deban ser adscritos sus trabajadores, sin perjuicio de que en aquellas localidades donde no existan tales facultativos, se permita a la empresa designarlos con independencia de su vinculación al Seguro».

La cláusula sexta de este Convenio especifica que «el internamiento en instituciones cerradas para la hospitalización quirúrgica del asegurado y beneficiarios dependientes de la Empresa, se efectuará en las Residencias Sanitarias propias del Seguro e Instituciones de dicho carácter pertenecientes a Organismos o entidades privadas

con las que tengan sucrito Concierto a aquellos fines, el Instituto Nacional de Previsión.»

La colaboración de las empresas en la gestión de la asistencia sanitaria derivada de enfermedad común ha estado recogida en el artículo 77.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hasta su reciente derogación por la Disposición Final 3.ª.dos.a) de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, por lo que, **en principio, debe ser la entidad colaboradora la que responda frente a sus trabajadores y demás beneficiarios de los posibles daños derivados de la asistencia recibida a través suyo, en su condición de autoaseguradora en la asistencia sanitaria en el momento en que la misma fue prestada**.

En este sentido también se ha pronunciado el Consejo de Estado (dictámenes 568/2004 y 2149/2004) y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por todas, Sentencia de 1176/2006, de 17 de octubre).

Según se desprende del expediente, el médico encargado de la intervención, doctor C.U., pertenecía al cuadro médico de la empresa Iberdrola —empresa colaboradora de la Seguridad Social en la prestación de la asistencia sanitaria—, y la prestación sanitaria fue proporcionada en un centro privado, que no tiene concierto con el Departamento de Sanidad y que facturó la intervención a la empresa, sin que la intervención pueda enmarcarse en los términos del Convenio, ni, por lo tanto, pueda resultar —ni en hipótesis— sustitutiva de la prestación sanitaria pública que pudiera percibir el trabajador o beneficiario de esa forma.

Así, y ante la falta de pruebas que permitan extraer una conclusión diferente, en principio, **la asistencia sanitaria** que la reclamante considera generadora del daño por el que se reclama **no fue prestada por un centro sanitario afecto a la Administración Pública, sino por un centro privado a cargo de una empresa colaboradora privada**. Además, nada hay en el expediente que permita conectar la producción del daño con la actuación o participación del servicio público sanitario.

En definitiva, no es atendible la pretensión de la reclamante, pues nada de lo contenido en el expediente es susceptible de hacernos considerar que se dé la imputabilidad requerida a Osakidetza-Servicio Vasco de Salud; resultando innecesario proceder a realizar el análisis del resto de los requisitos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

DCJA 164/2009 pár. 28 a 35

Según se extrae de la documentación obrante en el expediente, la causa directa y eficiente del **ruido** y demás perjuicios alegados, que afectan a los reclamantes en su

vivienda, emana del tráfico de aeronaves procedente del **aeropuerto de Loiu-Bilbao**.

De inicio, cabe señalar que, aunque el aeropuerto se encuentra físicamente ubicado en el término municipal de Loiu, el artículo 149.1.20 de **la Constitución (CE) reserva al Estado la competencia exclusiva sobre los aeropuertos de interés general**.

En cuanto a los efectos derivados del ruido originado en los aeropuertos, la disposición adicional tercera de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, establece que en el caso de los aeropuertos y demás equipamientos vinculados al sistema de navegación y transporte aéreo, las previsiones de esa Ley se entienden sin perjuicio de lo dispuesto por su regulación específica y, en especial, por la disposición adicional única de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, en la redacción establecida por el artículo 63.4 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por lo que **la competencia para la determinación de las servidumbres legales impuestas por razón de la navegación aérea, entre las que deben incluirse las acústicas, corresponderá a la Administración General del Estado a propuesta, en su caso, de la Administración competente sobre el aeropuerto**.

El artículo 82 de la Ley 4/1990, de 4 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, creó la entidad Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), configurándola como un Ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Entre sus funciones se incluye la de ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de los aeropuertos públicos de carácter civil, así como de los aeródromos, helipuertos y demás superficies aptas para el transporte aéreo cuya gestión se le encomiende y de los servicios afectos a los mismos; la coordinación, explotación, conservación y administración de las zonas civiles de las bases aéreas abiertas al tráfico civil.

Por su parte, el Real Decreto 905/1991, de 14 de junio, por el que se constituye el Ente Público AENA y aprueba su Estatuto, atribuye a este organismo, en su artículo 11.3.b), la elaboración y aprobación de proyectos, ejecución, dirección y control de las inversiones en infraestructuras aeroportuarias, así como la explotación y conservación de las instalaciones de los aeropuertos.

El artículo 14.b) de este Estatuto le asigna también la obligación de adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad de las personas y los bienes afectados por su servicio; su artículo 39.1 señala que los terrenos, construcciones e instalaciones circundantes a los aeropuertos, aeródromos e instalaciones de ayuda a la navegación aérea, estarán sujetas a las servidumbres ya establecidas o que se establezcan en disposiciones especiales referentes a la protección del sistema aeroportuario y de navegación aérea o de telecomunicaciones aeronáuticas, o de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

También resulta de interés a los efectos de la presente reclamación lo dispuesto en el artículo 41 de ese Estatuto, cuyo apartado 1 señala que **corresponde a AENA hacer efectivas las servidumbres aeronáuticas por sus propios medios** y, si éstos fueran insuficientes, proponer al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la adopción de cuantas medidas sean adecuadas para la defensa de dichas servidumbres, o requerir el concurso de cualquier otra autoridad y Administración pública que sean competentes, mientras que su apartado 2 establece que **los daños y perjuicios que se causen en los bienes afectados por las servidumbres serán indemnizables, si a ello hubiere lugar, de conformidad con la legislación vigente**.

Finalmente, para centrar adecuadamente nuestro examen, resta por señalar lo dispuesto por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 166.3, conforme a la redacción introducida por el artículo 101 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, según el cual **las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicio por AENA no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal** a que se refiere el artículo 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, por constituir obras públicas de interés general.

Tomando en cuenta, por tanto, el régimen legal descrito y los datos obrantes en el expediente, no es atendible la pretensión de los reclamante, pues **nada de lo alegado es susceptible de hacernos considerar que se dé la imputabilidad requerida al Ayuntamiento**; resultando innecesario proceder a realizar el análisis del resto de los requisitos necesarios para que se pueda apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial, análisis que deberá realizar, en su caso, la Administración titular del servicio público a cuyo funcionamiento se anuda el daño.

Y en nada altera esta conclusión lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia …/2007, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Loiu contra la sentencia …/06 —ambas incorporadas al expediente—, pues en ella la cuestión que se ventila se circunscribe, tal y como señala el fundamento jurídico quinto de la sentencia apelada, a determinar si el Ayuntamiento puede proceder a la realización de las mediciones sónicas de los ruidos generados por la actividad aeroportuaria, tanto de día como de noche, en las calles, plazas y casas del municipio, algo a lo que, por otro lado, el Ayuntamiento ya ha dado respuesta encomendando la elaboración de un informe sobre la «Determinación de los Niveles Sonoros Originados por la Actividad Aeroportuaria en el Municipio de Loiu» a una entidad de reconocida solvencia técnica.

Pudiendo añadirse, para finalizar, que la propia sentencia aludida niega también la factibilidad de imponer al Ayuntamiento ninguna actividad de inspección y control en relación con la actividad aeroportuaria, porque estamos ante una actividad no

sometida a control a través de licencia municipal, no pudiendo por tanto extraer de la misma ningún título por el que imputar al Ayuntamiento por el ruido y demás perjuicios generados por el tráfico aéreo del aeropuerto.

DCJA 165/2009 pár. 18 a 28

B) Estándares de funcionamiento

Tratándose de un **parque infantil de titularidad municipal**, huelga recordar el deber que al Ayuntamiento corresponde de mantener el citado espacio de esparcimiento en condiciones objetivas de seguridad para su normal utilización por los niños y niñas.

Ya en el examen del supuesto suscitado, de lo instruido resulta acreditado que el menor sufre el daño al caer de la parte superior del tobogán ubicado en el parque infantil. Por tanto, constan la realidad y certeza del hecho lesivo causante del daño, éste mismo, así como su carácter individualizado y evaluable económicamente.

Aunque en un primer momento la instrucción parece decantarse por la posible conducta inadecuada de los adultos que estaban al cuidado del menor cuando se produce la caida, no hay acreditación de tal circunstancia.

Sí, en cambio, consta que el parque infantil **carecía de revestimiento protector que rodease toda la zona del tobogán y que esta circunstancia tuvo clara y directa incidencia en el daño sufrido, ya que éste ha consistido en una fractura cráneo-encefálica producida por el impacto contra el pavimento.**

Las circunstancias descritas hacen que la resolución del caso planteado reclame, en primer término, dilucidar si el revestimiento de todo el contorno del tobogán devenía exigible como medida de seguridad mínima para conjurar los riesgos objetivos que conlleva el funcionamiento de un parque infantil para niños y niñas de corta edad, lo que permitirá conocer el carácter normal o anormal del funcionamiento del servicio en el caso. Ya que, aunque como es sabido, la configuración legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, es objetiva y permite, por ello, la imputación del daño al funcionamiento del servicio público, con independencia de su carácter normal o anormal, tal disección, como viene reiterando la Comisión, cobra especial relevancia cuando —como aquí sucede— la reclamación se funda en un supuesto de omisión en el actuar de la administración, pues en estos casos sólo el funcionamiento anormal permite la imputación del daño al servicio público.

Las circunstancias del caso relevan a la Comisión de realizar una exhaustiva indagación sobre la sobredicha cuestión.

Así, aunque en un primer momento de la instrucción los informes de los servicios técnicos (informes de 15 de diciembre de 2005 —folio 17— y de 24 de mayo de 2006 —folio 30—) se decantan por considerar que el parque contaba con los mecanismos de protección adecuados (barras de protección en la torre de juegos y revestimiento parcial del suelo), explicando el accidente a partir de una posible negligencia en el cuidado del menor por sus progenitores, finalmente (informe de 4 de julio de 2006 —folio 31—) señalan que la totalidad de la zona de juegos «va a ser remodelada en breve, estando prevista la sustitución de la torre de juego, así como el pavimento antichoque de la misma»; actuación posterior de la Administración titular de la zona de juegos que no siempre ha de ser considerada como una suerte de reconocimiento implícito de la existencia de una deficiente prestación del servicio (pues muchas son las razones que pueden motivar la decisión de abordar nuevas obras públicas) pero que, en este caso, sí resulta relevante para determinar que el lugar de juegos no reunía el día del accidente las medidas de seguridad mínimas exigibles.

A ello se añade que el **artículo 34 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (en adelante, LIA), intitulado «Derecho al juego y al deporte», establece en su apartado 2 que «los juegos y los juguetes deben adaptarse a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y ayudar al desarrollo psicomotor en función de su edad, respetando las condiciones de seguridad exigidas por la normativa vigente»**; remisión legal que rectamente conduce al **Decreto 175/1983,** de 11 de julio, sobre medidas de protección infantil y zonas de recreo; norma dictada precisamente para identificar medidas de seguridad en las instalaciones recreativas para menores (artículo 1), que resulta de aplicación a los toboganes (artículo 2) y que taxativamente **exige** para los casos en que las referidas instalaciones se asienten sobre estructuras rígidas, de hormigón o directamente sobre el suelo, **el revestimiento de dichas bases con materiales idóneos para el fin pretendido (amortiguación de los golpes de caída), con un grosor no inferior a cinco centímetros y con una extensión que abarque un espacio de metro y medio, como mínimo, alrededor del contorno constituido por las proyecciones de los elementos más externos de la instalación** (artículo 4).

Por todo lo cual, en este caso **se constata la existencia de una deficiencia en materia de medidas de seguridad en el parque que constituye un supuesto de funcionamiento anormal** del servicio público afectado por la reclamación que ha tenido incidencia en la producción del daño alegado . En consecuencia, procede reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento.

DCJA 16/2009 pár. 22 a 30

Al respecto cabe señalar que el expediente ha permitido corroborar que en los alrededores del lugar del accidente, donde se ubican unos contenedores de basura municipal, se produjo en fechas muy cercanas de tiempo —2 de noviembre de 2007 y

3 de enero de 2008— y en horas avanzadas del día —11 horas y 10 horas de la mañana, respectivamente— una **acumulación de bolsas de basura** desbordada que resultaba susceptible de constituir un **foco de riesgo** tanto para los vecinos que se acercaban a depositar residuos urbanos, como para el deambular de los viandantes en general.

Sin que resulte inferible una conclusión general sobre el grado de satisfacción con que se presta en concreto el servicio de recogida de basuras en el término municipal —correcto o no en su materialización respecto del pliego de condiciones del contrato; suficiente o no en su programación de frecuencia para atender a todas las necesidades del municipio—, estima la Comisión que **el expediente ha permitido denotar una situación persistente, y no puntual, en el funcionamiento de un servicio de competencia municipal,** que sume a la Administración reclamada, como garante último, en una posición deudora de seguridad que no ha satisfecho de forma suficiente en el caso que se reclama.

DCJA 61/2009 pár. 36 a 37

En supuestos como el que acontece —con arreglo a la STS de 3 de diciembre de 2002, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina— corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar tales situaciones de riesgo por la acción de terceros y para reparar sus efectos dañosos. En concreto, la citada Sentencia afirma que «a la Administración le correspondía acreditar que con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicarán la peligrosidad del pavimento».

En este caso, el informe del jefe de servicios urbanos, de un modo genérico y sin referirse al caso que se analiza, simplemente afirma que «en estos casos en los que existen depósitos o **vertidos en la vía pública,** que se producen de forma excepcional, tiene un tiempo de maniobra desde que es informado del suceso hasta que toma las medidas oportunas poniéndose en contacto con el causante o en caso de emergencia procediendo a la limpieza», por lo que esta Comisión no puede compartir las consideraciones de la propuesta de resolución cuando señala «sin que se haya acreditado en la prueba practicada un tiempo de inactividad en este Ayuntamiento para no proceder a la limpieza de esa carretera ante un vertido instantáneo, conforme al estándar de rendimiento del servicio de limpieza viaria».

En este supuesto, el establecimiento del tiempo que transcurre entre el vertido de la gravilla y el accidente resulta clave a fin de analizar el comportamiento del servicio público y determinar si ha operado o no como causa eficiente del siniestro. Sin embargo, **la Administración demandada no ha realizado esfuerzo probatorio alguno al respecto, ni tan siquiera tendente a acreditar la frecuencia de paso de**

los vehículos de vigilancia y limpieza de la carretera, o el momento en que se efectuó por última vez antes de la producción del siniestro, de modo que conlleve a apreciar el nivel de atención y vigilancia prestado por la Administración a la carretera.

DCJA 23/2009 pár. 40 a 42

Como quiera que la existencia de un daño no resulta discutida por la Administración municipal, es preciso analizar la existencia o no de una relación causal entre el daño invocado y el servicio público. Y ello porque, como se ha dicho, debe existir un nexo causal que cabe concretar en los presentes supuestos del siguiente modo: si el lugar en el que se produjo la caída de la reclamante adolece de defectos ya constructivos, ya de mantenimiento o conservación, a los que resulta inherente el riesgo de caída con resultado de daños personales.

Pues bien, en este caso el **informe de la Ingeniería municipal**, de un modo **genérico**, consideró que el estado del pavimento «de la zona peatonal de la c/ … es correcto y adecuado».

Como ya hemos dicho anteriormente, esta Comisión entendió que **tal valoración era insuficiente, teniendo en cuenta que lo que la reclamante ponía en duda era la adecuación del material empleado para pavimentar la acera**, al convertirla gráficamente en lo que denomina una pista de patinaje, pues se emitía desprovisto de un fundamento técnico que lo corroborase. Por ello se solicitó una ampliación para que el informe versase «sobre los elementos específicos de los materiales empleados y precisarse si resulta idónea su utilización, atendiendo a su resistencia, propiedades antideslizantes, etc... Al margen de que deba esclarecerse también cuál es su estado y si se observan desperfectos o una disminución de sus propiedades con su uso».

Pues bien, aunque éste ha sido completado en el sentido de que ahora se especifica que el pavimento «son dos losas de granito de 60 × 40 × 3 cm apomazado 30», sin embargo, faltan otros datos más precisos que permitan acreditar que el estándar de funcionamiento del servicio de pavimentación y mantenimiento de aceras ha sido correcto.

En ese sentido, se desconoce el rendimiento ofrecido por el servicio para evitar las situaciones de riesgo de caídas, pues se ignora cuándo fue pavimentada la zona, con qué frecuencia se controla el estado de las baldosas, si se reforma de forma periódica o cuando las losetas de granito se encuentran en mal estado y solamente con motivo de reclamaciones formuladas por caídas, etc., y, en particular, todo lo relativo a las que se encuentran frente al bar «…», si es que han sido sustituidas o no desde que se colocaron y por qué razón. Datos que tiene que conocer el Ayuntamiento máxime cuando se trata de una zona muy transitada, lo que conlleva que deba prestar a la misma y a las condiciones que se encuentra un mayor control.

Entiende la Comisión que no estamos ante una mera alegación de parte sobre la causa de la caída, el estado resbaladizo y peligroso de la acera, lo que generaba un riesgo cierto de que se produjera, pues la reclamante quiso contar con los testimonios de otros transeúntes para dotar de certeza a sus manifestaciones —medio probatorio útil para ello—, lo que le fue denegado, **debiendo la Administración acreditar, en base al principio de facilidad probatoria, una vez determinada la realidad del suceso, que su actuación ha sido correcta, que los materiales utilizados y su estado era el adecuado, no siendo imputable al servicio público la causación del accidente**.

DCJA 31/2009 pár. 42 a 47

Del expediente se colige que la **mancha oleaginosa** se iniciaba a la salida de un camino [...] donde se encuentra un vertedero. Con fundamento en lo anterior, el Ayuntamiento excluye la existencia de nexo causal con su actuar, al atribuirlo a la acción de un tercero. Sin embargo, el hecho de que el vertido se hubiera producido por alguien ajeno al servicio municipal no conlleva, por sí solo, la inimputabilidad a la Administración, ya que el daño se produjo en una vía de su titularidad y competencia, y ello con independencia de quién deba hacerse cargo finalmente de una eventual indemnización, en el caso de que se aprecie responsabilidad.

Conviene recordar que en estos **supuestos de responsabilidad patrimonial derivada de accidentes de tráfico originados por la existencia de obstáculos o manchas en la calzada**, la jurisprudencia establece que si se trata de la acción que presumible y fundadamente cabe atribuir a un tercero desconocido y ajeno a la Administración, ello determina la ruptura del nexo causal, y a partir de ahí **sólo cabe atribuir responsabilidad a la Administración en virtud de la omisión de su deber de vigilancia y de mantenimiento de las carreteras a fin de que se encuentren útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico** (SSTS de 8 de octubre de 1986 —RJ 1986\5663—, de 11 de febrero de 1987 —RJ 1987\535—).

En consecuencia, se puede concluir que en los supuestos de intervención de un tercero —como es probable que sucediera en el caso a fin de explicar la presencia de la mancha de aceite que recoge el atestado policial—, el nexo causal habrá de establecerse entre la inactividad de la Administración, por omisión del cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento y del deber de detectar con la mayor premura la existencia de cualquier obstáculo o mancha, o bien, en el caso de que fuera detectada a tiempo, por incumplimiento de sus deberes de señalización del peligro y restauración inmediata.

Llegados a este punto, la cuestión reside en determinar si corresponde al reclamante probar que el servicio municipal tardó excesivo tiempo en detectar la existencia de la mancha, o en señalizar el peligro y eliminar sus efectos, o bien corresponde

a la Administración demostrar que actuó con la diligencia debida y que no le es imputable omisión de cuidado en grado alguno.

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

En supuestos como el que acontece, con arreglo a la STS de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003\293), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar tales situaciones de riesgo por la acción de terceros y para reparar sus efectos dañosos. En concreto, la citada Sentencia afirma que «**a la Administración le correspondía acreditar que con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el producido y, en definitiva, proceder a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicaran la peligrosidad del pavimento**».

En el caso analizado, el establecimiento del tiempo que transcurre entre el vertido de la sustancia deslizante y el accidente resulta clave a fin de analizar el comportamiento del servicio público y determinar si ha operado o no como causa eficiente del siniestro. Sin embargo, **l**a Administración demandada no ha realizado esfuerzo probatorio alguno al respecto, ni tan siquiera tendente a acreditar la frecuencia de paso de los vehículos de vigilancia y limpieza de la carretera, o el momento en que se efectuó por última vez antes de la producción del siniestro, que permita apreciar el nivel de atención y vigilancia prestado por la Administración a la carretera.

El informe de la empresa que interviene en el municipio cuando aparecen sustancias oleaginosas en la calzada —al que se remite el jefe de Servicios Urbanos—, advierte que no había recibido ningún aviso en relación con la existencia de un vertido en la rotonda de …; y el informe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamentos constata su intervención con posterioridad a que ocurriera el accidente.

Lo anterior es compatible con la apreciación de una eventual desatención sobre la vía del suceso, ya que puede concluirse que **la Administración demandada no ha acreditado suficientemente, pudiendo hacerlo, la frecuencia de paso de sus servicios de vigilancia y limpieza en la zona —máxime teniendo en cuenta que se halla cercano un vertedero—, que permitiera a la Comisión descartar un anómalo funcionamiento de dicho servicio**.

DCJA 38/2009 pár. 31 a 39

No estando la **alcantarilla** instalada en la acera, sino en la calzada, y sin afectar a paso señalizado para peatones, resulta de interés para determinar la existencia de relación causal entre el accidente y una actividad administrativa deficiente, el informe del Arquitecto Coordinador de Acción Territorial de Bizkaia, donde se dice que no hay paso de peatones en el lugar, y la ubicación de la alcantarilla aparece en la dirección del recorrido peatonal lógico que debe cruzar el camino de acceso al garaje para llegar al siguiente tramo de acera. Es decir, que **aunque no exista paso de peatones señalizado, la alcantarilla se sitúa en un lugar de paso forzoso para viandantes.**

De las fotografías que obran en el expediente se observa que el nivel de la calzada desciende considerablemente y de forma brusca en los límites de la alcantarilla, con **peligro de torcedura de pie** si se pisa en ese espacio, resultando, además, **inapreciable** el peligro en alguna parte **por la existencia de vegetación**, lo que, en un lugar que ha de ser utilizado por los peatones, **resulta incompatible con el estándar de servicio exigible,** por lo que el Gobierno Vasco ha de responder de los daños sufridos por el reclamante.

DCJA 172/2009 pár. 25 a 26

En el caso que nos ocupa, al igual que en el Dictamen 38/2009, entre otros, la Comisión entiende que, siendo pacífica la existencia de **sustancia deslizante en la carretera**, **es a la Administración municipal a la que corresponde demostrar que no tuvo tiempo para eliminarla**. Además, el funcionamiento del servicio público es algo que resulta fácil demostrar para la Administración y difícil para el administrado, lo que refuerza el expresado criterio sobre la carga de la prueba.

Uno de los Agentes de la Policía Municipal que intervinieron tras el accidente expresa en su declaración testifical «que el vertido indicado tenía apariencia de haberse provocado recientemente cuando acudió al lugar», pero sin ofrecer explicación alguna de las razones que le llevaron a forjarse tal opinión, lo que no ayuda a valorar el funcionamiento del servicio público.

El Ayuntamiento podía haber informado sobre el funcionamiento, con anterioridad a la producción del accidente, de los servicios de limpieza y vigilancia de las carreteras, a fin de poder valorar el estándar de tales servicios, pues como señala la sentencia de 20-01-2000 (RJCA/2000/1913), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), «...en el supuesto de ser controvertido, le corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definen el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar tales situaciones de riesgo por la acción de terceros y para reparar sus efectos dañosos», **pero el Ayuntamiento no lo ha hecho**, por lo que la Comisión entiende que el accidente que dio origen a la reclamación se debió

a un funcionamiento deficiente de los servicios públicos, **debiendo**, en consecuencia, **responder por los daños causados**.

DCJA 197/2009 pár. 24 a 26

Véase DCJA 38/2009 pár. 34 a 39

Asimismo, lo actuado permite concluir que el daño ha derivado, en una relación de causa a efecto, del funcionamiento anormal del servicio público que compete a la Administración municipal en cuanto al mantenimiento de las vías públicas urbanas. Concurriendo, por tanto, un comportamiento público omisivo, el apuntado funcionamiento anormal del servicio resulta título suficiente de imputación, de acuerdo con la más reciente doctrina especializada: el estado de la calzada es susceptible de provocar la lesión por la que se reclama. Así lo admite también la propuesta resolutoria.

En efecto, las fotos del lugar justo en el momento de producirse la caída, el informe del servicio implicado, el parte de incidencias de la Guardia Municipal, así como la declaración de una testigo, aportan evidencia suficiente sobre el **defectuoso estado del lugar donde se produjo la caída, ya que se hallaba rota una señal de tráfico, quedando en el pavimento de la acera un saliente de la base de la misma, sin ninguna advertencia** al respecto, con el que tropezó la reclamante, confirmando así la relación de causalidad entre el anormal funcionamiento del servicio municipal y los daños provocados.

El obstáculo contra el que tropezó la reclamante, aunque por su tamaño pudiera ser fácilmente salvable si se tiene alguna pista o indicio sobre su existencia, al encontrarse en una zona libre de paso, sin señalizar y sin ningún otro obstáculo en la misma trayectoria, se convierte en un elemento imprevisible y altamente peligroso, de manera que **su advertencia por cualquier viandante requería un nivel de atención y diligencia superior al que exigían el resto de condiciones objetivas en las que se encontraba la zona en cuestión**.

Como indica la Guardia Municipal en su informe, los restos metálicos incrustados en la acera parecen provenir de una señal preexistente, y aunque el expediente no da noticia de la razón de su retirada, ni si la misma obedeció a una actividad municipal planificada por pérdida de la utilidad que en su caso tuviera, lo que en todo caso permite concluir es la existencia de un **actuar omisivo o deficiente de la Administración municipal**, con vulneración del estándar razonable que debe y puede exigirse en una vía pública que, como en este caso, se encuentra habilitada para el tránsito de peatones.

DCJA 204/2009 pár. 22 a 25

Pasando a continuación a otras causas que trae a colación la propia propuesta de resolución, ésta encuentra, en segundo lugar, irreprochable la conducta municipal desarrollada en el caso, al no haberse acreditado la existencia de ningún deterioro en la superficie de la acera y haber obrado los servicios municipales diligentemente tras producirse el accidente, ordenando a la propietaria de las losetas su retirada, y no haberse acreditado por la reclamante el tiempo que llevarían depositadas en la vía pública sin ser advertidas por los servicios de vigilancia. Añade a ello que la ya citada propiedad de las losetas transmitiría con exclusividad a la contratista, como tercero interviniente causal, toda posible responsabilidad por la caída.

Sin desmerecer las acciones que llegaron a desplegar, efectivamente, los servicios municipales actuantes una vez acontecido el accidente (avisos por los agentes a responsables de obras municipales y de la contratista, llamada a ambulancia, identificación de víctima y testigos), **del propio obrar municipal subsiguiente, procediendo a señalizar con un cono de obras el riesgo que entrañaba la presencia de las losetas en la acera, se deriva, en el parecer de la Comisión, la prueba concreta de la omisión en el caso del deber de vigilar las vías públicas** y de adoptar medidas personales o materiales a fin de mantenerlas libres de los obstáculos que puedan dificultar el tránsito normal de los ciudadanos, al haber propiciado dicha omisión la creación objetiva de un foco de riesgo que debe entenderse superó el estándar medio de rendimiento que era exigible al servicio público: cabe suponer como probable que la mera existencia de la señalización, al margen de la posición apilada o apoyada de las losetas, hubiera bastado para evitar el accidente acaecido.

La propuesta centra la exoneración municipal en las medidas adoptadas *ex post* y en el buen estado de la acera, circunstancias que no le eximen del expresado deber de vigilancia para mantener expeditas las vías públicas; no habiendo desplegado la más mínima actividad probatoria a fin de ofrecer la *ratio* de rendimiento que presta dicho servicio para evitar las situaciones de riesgo, transformando inusitadamente en una carga probatoria de la reclamante el propio deber de acreditar las circunstancias de hecho que definan dicho estándar de rendimiento.

Las circunstancias expuestas justifican, en el parecer de la Comisión, la imputabilidad de la Administración municipal, de la que resultaría responsable por un doble título posible, en función de la incidencia que en ello hubiera tenido la presencia de las losetas procedentes de unas obras municipales: como responsable de velar genéricamente por la seguridad en las vías públicas, controlando el espacio demanial en funciones de policía y conservación del dominio público [artículo 25.2.a) de la LBRL], si las losetas permanecieron en el lugar una vez acabadas las obras en la zona; o de ineficiencia en el control por la Administración de obras municipales en ejecución, con incidencia en las vías de su titularidad, habiéndose previsto en el pliego de cláusulas administrativas obligaciones de seguridad para la contratista [7.2.e) y f)], e impuesto deberes de inspección a la Alcaldía (8.1) y dirección faculta-

tiva municipal (8.1 y 19), que le facultaban específicamente para ordenar la adopción de medidas de seguridad.

DCJA 207/2009 pár. 38 a 41

El que con posterioridad haya sido raseada la acera, que en otros casos podría llevar a entender que constituye una suerte de reconocimiento *a posteriori* de la anormalidad del funcionamiento del servicio, en este caso, debiendo rechazar que pueda haberse producido tal infracción por no haber sido capaz la Administración municipal de detectar el diferencial vertical de 5 mm y subsanarlo previamente al acaecimiento del accidente, **sólo puede ser demostrativa de su voluntad de mejorar la zona, cuando ya tiene noticia y ha sido advertida de las condiciones en las que aquélla se encuentra.**

DCJA 208/2009 pár. 36

Mayor importancia puede tener el hecho de que **la baldosa haya sido sustituida por otra baldosa de similares características, pero con su superficie abujardada**. Cabría reputar como una suerte de reconocimiento a posteriori de la anormalidad del funcionamiento del servicio, al haberse constatado la inidoneidad de la baldosa.

Lo cierto es que esa sería una explicación excesivamente simple de lo ocurrido y el Arquitecto municipal elude justificar la reforma apuntando a ese motivo.

A juicio de la Comisión, no pudiendo aceptar que la baldosa tipo Bilbao no garantiza unas objetivas condiciones de seguridad en el tránsito de las personas, ya que no existe prueba pericial en contrario que acredite que la pavimentación de las aceras con la misma genere un peligro cierto y real de caídas, la lógica, **la razón o el buen sentido le lleva a considerar como explicación plausible de la reforma la voluntad del Ayuntamiento de mejorar la zona atendiendo a las demandas de los vecinos, sin que pueda presumirse que previamente no reuniera unas condiciones aceptables**.

DCJA 9/2009 pár. 41 a 43

De otro lado, la Comisión considera que una **puerta giratoria**, en sí misma, **no constituye un elemento agravatorio del riesgo sino un obstáculo que entra dentro de lo normal y que no incumple el estándar de calidad mínimamente exigible a las puertas de acceso a instalaciones públicas** —la STS (sala de lo civil) de 17 de junio de 2003-RJ 5646, descartó que ese sólo hecho fuera suficiente para atribuir responsabilidad al titular de un hotel por el atropello en una mano en una puerta giratoria—. Menos aún cuando dispone de un dispositivo —que se activa tras pulsar

unos botones azules— que permite ralentizar su velocidad para que pueda ser utilizada con mayor seguridad por quienes tuvieren limitaciones funcionales o lo consideren necesario u oportuno.

DCJA 213/2009 pár. 44

Siendo obvio que toda práctica deportiva comporta para quien la realiza un posible riesgo para su integridad física, **cuando dicha práctica deportiva se desarrolla dentro de unas instalaciones especialmente concebidas para ello (y alquiladas con ese fin), cabe esperar que se encuentre garantizada la seguridad de los deportistas**, sin que sean circunstancias derivadas de la propia instalación o de su deficiente mantenimiento las que provoquen el resultado dañoso.

En suma, la titularidad y gestión de la instalación deportiva conlleva para la entidad municipal un deber de diseño y mantenimiento conforme a un estándar que evite daños a sus usuarios, y en el caso que se analiza, del informe del servicio municipal resulta incontrovertida la existencia de un defecto en la instalación deportiva que deriva en un **problema de humedades** con efectos en la cancha que se vuelve deslizante. También de dicho informe se desprende que el problema no ha sido solucionado con las medidas adoptadas, lo que conlleva el reconocimiento de un estándar de prestación del servicio público el día de los hechos que en modo alguno satisface las exigencias mínimas de prestación de aquél conforme al grado de evolución social, económico y cultural.

El reconocimiento implícito de la imposibilidad de solucionar definitivamente el problema —cuyo origen último se identifica con la ubicación de la instalación municipal en un acantilado— **no puede servir para exonerar al Ayuntamiento de la responsabilidad por los daños que los usuarios de dicha instalación puedan sufrir por la humedad de la cancha**, pues, titular de aquélla, integra la esfera de responsabilidad de la entidad municipal el adoptar las medidas necesarias para permitir el uso de las instalaciones en condiciones que no pongan en riesgo la seguridad personal de sus usuarios y, de no ser posible, adoptar las medidas para que el uso de la cancha se restrinja cuando los efectos de la condensación no puedan ser evitados.

DCJA 214/2009 pár. 30 a 32

C) Concurrencia de causas

Desde luego, **resulta significativo que las dos administraciones que resultan comprometidas por el accidente del menor adoptaran tras el accidente medidas con relación a la instalación**: así, con arreglo a lo que se apunta por la recla-

mante, la Administración municipal cubrió la cancha con una capa antideslizante; y, por su parte, figura en el expediente una carta de la dirección del centro educativo por la que se comunica a los padres de alumnos la decisión de cerrar el polideportivo los días de lluvia con el fin de preservar la integridad de los mismos.

La Comisión entiende que **resulta dificultoso depurar y aislar una sola de las causas, posiblemente concurrentes, como la única y definitiva del accidente,** ya que de los informes se derivan circunstancias relevantes que llaman a la imputabilidad tanto de una como de otra Administración implicada —si se siguiera, por ejemplo, la distinción que cabría admitir en edificios del servicio educativo, entre obras de normal mantenimiento y conservación, y obras mayores, atribuibles, respectivamente, a Administración municipal y autonómica (JUR 2007\305555)—.

Y es que la Comisión considera que resultaría igualmente injusto, tanto centrarse en exclusivizar la causa eficiente del daño en la más inmediata al suceso, como remontarse a la más originaria en el tiempo, puesto que implicaría premiar o legitimar otras actuaciones u omisiones que, de un modo u otro, no cabe reputar como correctas.

En dichos informes se concretan varias concausas que pudieran tener encaje en uno u otro campo de responsabilidad en relación con el estado de la instalación educativa: falta de una plancha de la cubierta, inadecuado diseño del anclaje de los paneles de la cubierta, falta de sellado de los ganchos de sujeción de los paneles de cubierta, señales de golpes en la parte interior de la cubierta, inadecuado diseño o ejecución de las placas del suelo y suelo deteriorado en algunos puntos.

A ello cabe agregar que, conocedores del riesgo que comportaba el desarrollo de la actividad educativa programada en las circunstancias del día, tampoco se adoptaron medidas suficientes desde la Dirección del centro —solo después del accidente—, ni por el profesorado encargado de la actividad, que ordenó su práctica.

En este cúmulo de circunstancias indefinidas, desde luego no exonerantes del deber legal de asumir la responsabilidad patrimonial del servicio público, considera la Comisión que ostenta la Administración municipal reclamada legitimación pasiva y título de imputación suficiente, como corresponsable causal directo, para afrontar la reparación debida *in integrum* de la víctima, entendiendo que **resulta aplicable al caso la responsabilidad solidaria** prevista en el artículo 140 LRJPA.

Y todo ello con independencia de las obligaciones, y cuota alícuota de responsabilidad, que corresponda atribuir, en su relación interna, a la Administración educativa; que la Administración municipal reclamada podrá hacer valer y exigir debidamente, en vía de repetición o retorno.

DCJA 76/2009 pár. 37 a 43

D) Conducta de la víctima

En todo caso, tratándose como se afirma de una **persona que conocía perfectamente la zona, pues habitualmente circulaba por este punto**, **no era preciso que fuera previamente advertido de su peligrosidad, ya que ésta era notoria,** como así lo reconocen las propias reclamantes, sin que se pueda exigir de la Administración municipal que identifique todos los lugares en los que es posible el acceso a la carretera y los cierre o coloque una señal de aviso.

Probablemente el motivo elegido por el padre de las reclamantes para transitar por las escaleras fue el de que permitía realizar una ruta más corta, le permitía atajar, en perjuicio de la mayor seguridad de la opción de continuar por el camino goiko-bidea; pero al hacerlo así asumió el riesgo de tener que cruzar una carretera de tráfico intenso en un lugar, aunque con bastante visibilidad, muy expuesto, al carecer de paso de peatones.

La lesión vino derivada de la situación de riesgo en que se colocó el propio atropellado, sin que se pueda pedir de la Administración ni la adopción de medidas de advertencia ante riesgos que son consustanciales a determinadas decisiones, como la del peligro que corría quien se aventuraba a acudir al Balneario por la ruta escogida por el accidentado, **ni un control de la actividad de todos sus ciudadanos, que impida que tomen decisiones arriesgadas, asumiendo que carecen de la capacidad de valorar las consecuencias que se derivan de sus propios actos**.

DCJA 8/2009 pár. 48 a 50

La aplicación de la precedente doctrina al caso lleva a la Comisión, tras sopesar lo acreditado en el expediente remitido, a concluir que no concurren los requisitos necesarios para reconocer la responsabilidad del Ayuntamiento, ya que ha de darse por acreditado —pues así lo reconoce el propio lesionado en su escrito de 23 de julio de 2007— que **transitaba por el lugar de la caída descalzo, con contravención, por tanto, de las reglas que disciplinan la utilización de las instalaciones por los usuarios —de las que existía expreso recordatorio en el lugar**—. De lo que se desprende que, dadas las circunstancias probadas, el uso de calzado adecuado podía haber evitado el accidente, que se presenta, así, como la desafortunada materialización de la situación de riesgo en la que se colocó el reclamante al desconocer una de las reglas básicas de uso de las piscinas, directamente enderezada a garantizar la seguridad de los usuarios. **El daño, por tanto, no es objetivamente imputable al funcionamiento del servicio público que resulta, en este caso, mero escenario de la caída**.

DCJA 11/2009 pár. 27

A efectos de esclarecer el alcance de la intervención administrativa en la materia y su posible inactividad, debemos acudir a su normativa reguladora, estableciéndose en el artículo 5.ñ) del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que corresponde al Departamento de Interior, entre otras competencias, la investigación de los accidentes de tráfico.

Investigación que se materializa en la elaboración del correspondiente atestado, que consiste en la recopilación, por parte de la Autoridad, de todos los datos de las partes implicadas en el siniestro, así como la trascripción y descripción de los hechos, relatados por las partes implicadas, y posibles testigos. Al atestado se incorporan las pruebas que se consideren de interés, así como la posible reconstrucción de los hechos por la Autoridad que, a juicio de los datos aportados, y de las pruebas que pueda observar, se ponga de manifiesto.

Tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencias de 7 de julio de 1988 y 21 de diciembre de 1989 que los atestados policiales tienen como finalidad preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Actuación en la que se enmarca necesariamente la investigación de la identidad del conductor que en el supuesto analizado se produce al poco tiempo de producirse el accidente, al suscribir la Diligencia de Información a las a las 21:12 horas del día 01 de junio de 2004, es decir, apenas trascurrida 1 hora desde el accidente. Circunstancia que nos lleva a pensar que se informó a la reclamante de los datos del conductor del vehículo implicado en el accidente, tal y como se indica en el Informe Jefatura de la Unidad de la Comisaría de la Ertzaintza.

Seguidamente hay que **analizar si la actuación de la Ertzaintza tras la investigación de lo acontecido, y que se manifiesta en la información aportada por dicho cuerpo policial a la reclamante a través de la Diligencia de Información, se ha ajustado a lo previsto en la legislación penal para el tipo de lesiones que el accidente produjo a la reclamante.**

Así, consta en el atestado la declaración de la reclamante, en la que se indica que «como consecuencia del accidente fue trasladada primero al ambulatorio y después a la Residencia de … donde le atendieron de sus lesiones, contusiones de carácter leve y dada de alta tras el reconocimiento». Calificación de la lesiones que coinciden con las señaladas en el diagnostico efectuado por el Servicio de Urgencia de la citada residencia: «contusiones en cadera izquierda y zona lumbar». Informe en el que se pauta «reposo relativo, efferalgan 1g, cada 6 horas, diazepam 5 mg, 1 por noche, y control por su médico de familia».

Respecto a la calificación de las lesiones producidas a la reclamante, debemos tener en cuenta que el artículo 147.1, del Código Penal (CP) establece que «el que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad

corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico». Declarándose en el apartado 2 del mismo precepto que «No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

A su vez, en el Título I —Faltas contra las personas— del Libro III del CP establece, en su artículo 621, apartados 1, 4, y 6 respectivamente, que «los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses». «Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además la pena de privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotor por tiempo de tres meses a un año». Así como que «las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal».

Analizadas el tipo de lesiones que el accidente produjo a la reclamante —contusiones de carácter leve— **y su calificación en el ámbito Penal** —artículo 621, en relación con el artículo 147.2—, **las mismas sólo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada**, disponiendo para ello de un plazo de seis meses (artículo 131.2 CP).

Circunstancia que nos lleva a concluir que la información aportada por la Ertzaintza a la reclamante, a través de la Diligencia de Información sobre los requisitos de procedibilidad, firmada por el instructor y la reclamante el día 3 de junio de 2004, es decir, dos días después de producirse el accidente e identificado el conductor del vehículo el mismo día de los hechos, en la que se le comunica «que los hechos objetos de las diligencias, en los que los mismos pudieran ser constitutivos de infracciones previstas y penados en el vigente Código Penal, para que se incoe un procedimiento penal, deberán ser expresamente denunciados, disponiendo para ello de seis meses a partir de la fecha del accidente», se enmarcan entre las actuaciones que debe acometer la Ertzaintza tras los hechos acontecidos.

En definitiva, **la indefensión y desamparo que la reclamante alega haber sufrido no es imputable al funcionamiento de la Administración, ya que la interesada no presentó denuncia pese a que se le informó de que los hechos debían ser expresamente denunciados para que se incoara un procedimiento penal y de que disponía de seis meses a partir de la fecha del accidente para hacerlo**.

Por ello, al no incoar la reclamante la correspondiente acción penal y ahora reclamar de la Administración los daños que supuestamente resultaron del accidente de tráfico padecido, debe entenderse que los daños, consistentes en realidad en el no percibo de la correspondiente indemnización, de donde proceden es de la conducta

de la reclamante al no haber iniciado el procedimiento penal indicado en la diligencia de información firmada por la interesada el 3 de junio de 2004.

DCJA 185/2009 pár. 30 a 41

4. ANTIJURIDICIDAD: CAUSAS DE EXCLUSIÓN

Al respecto corresponde decir, en primer lugar, que la alegada ausencia de deficiencias, huérfana de cualquier prueba, se contrapone a los informes que señalan el indebido funcionamiento de la red —que debe entenderse englobando tanto la posible existencia de deficiencias como la insuficiencia de capacidad para poder absorber las aguas pluviales en circunstancias atmosféricas no extraordinarias—; y, en segundo lugar, la referencia a la fuerza mayor sugiere realizar un ligero excurso en dicha causa eximente, aplicada a los supuestos de responsabilidad patrimonial.

Siguiendo para ello criterios jurisprudenciales en casos similares (Sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal de Justicia del País Vasco de 14-2-2003, JUR 2003\116379, y de 22-11-2002, JUR 2003\72644), **la concurrencia de la causa de la fuerza mayor en estos casos resulta, en primer lugar, una carga probatoria que pesa sobre la Administración, y, en segundo lugar, se conforma en torno a dos notas, como son la imprevisibilidad y la inevitabilidad, que se hace difícil predicar de las circunstancias del caso, conocido que era por la Administración la frecuencia de las inundaciones en situaciones metereológicas adversas en la zona**, así como reconocida la preservación de la zona de nuevas inundaciones tras haberse culminado las obras de desvío o encauzamiento de las aguas pluviales.

No resulta posible hablar en consecuencia de las lluvias del caso, aun inhabituales, como un suceso de naturaleza extraordinaria susceptible de comportar la exclusión de la imputabilidad de la Administración por causa excepcional de fuerza mayor; y, por otro lado, ni siquiera se ha alegado ninguna otra causa obstativa de la responsabilidad patrimonial como, por ejemplo, la negligencia del perjudicado, cuya prueba hubiera debido corresponder igualmente a la Administración reclamada.

DCJA 13/2009 pár. 34 a 36

A juicio de esta Comisión, no se aprecia ninguna actuación antijurídica y lesiva de la Administración que pudiera ser determinante de la apreciación de responsabilidad patrimonial.

El reclamante entiende que debe ser resarcido por las **lesiones psíquicas que supuestamente le han sido originadas por la División de Inspección General de la**

Ertzaintza al elaborar un atestado en el que le implicaron en presuntos hechos delictivos con los que nada tenía que ver.

Planteada en esos términos la reclamación, son dos las cuestiones que deben ser examinadas.

La primera es la relativa a la antijuridicidad (si el reclamante tenía o no el deber jurídico de soportar el daño) y, como a continuación razonaremos, arroja un resultado negativo para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

La segunda nos conduce al examen del daño cuya reparación se insta; más precisamente a su efectiva acreditación y a su conexión causal con la actuación administrativa que denuncia el reclamante; camino argumental que también resulta infructuoso para la reclamación.

El examen del requisito de la antijuridicidad se dirige a determinar si la persona tiene o no la obligación de soportar el daño y, obviamente, no cabe dar una respuesta genérica a esa cuestión, sino que ha de estarse a las circunstancias que rodean cada caso particular, partiendo de la regulación en la materia.

La propuesta de resolución considera que la Administración tenía la obligación de actuar como lo hizo, ya que estaba en presencia de la comisión de un delito y había indicios de que pudiera haber tenido cierta participación en el mismo.

En supuestos, como el presente, **de investigación legítima de un delito, los ciudadanos tiene el deber de soportar las molestias que puedan derivarse de la actuación policial, si está resulta razonable y proporcionada.** El artículo 11 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, atribuye a los funcionarios policiales la siguiente función: «Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes».

Difícilmente se puede reprochar de mal funcionamiento a la citada División, de haber obrado sin base alguna para ello o con arbitrariedad, cuando (i) el atestado formaba parte de una investigación supervisada por la autoridad judicial en el seno de unas diligencias penales y (ii) el juez llamó al reclamante a declarar en calidad de imputado, con apercibimiento de sus derechos, entre otros, a ser informado de los hechos que se le imputan.

Es más, ni siquiera la difusión de su posible implicación en los hechos fue debida a la actuación de la citada División, como el propio reclamante reconoce en su declaración ante el Juez, al manifestar que tuvo conocimiento de la investigación «cuando ha recibido la citación y se personó en el juzgado a recoger las diligencias». Los datos de la investigación fueron facilitados únicamente al Juez y, si el menoscabo a

su persona se debe a tal imputación, de la que fue inmediatamente sobreseído de forma provisional, la misma habría sido causada por el Juez que la consideró precisa, no por los servicios policiales.

Al respecto, baste recordar que la reclamación de indemnización por mal funcionamiento de la Administración de Justicia debe dirigirse al Ministerio de Justicia y cumplir los requisitos establecidos por la LOPJ —artículo 292 y ss—, para lo cual es oportuno advertir que el auto de sobreseimiento no ha sido libre, sino provisional, y las razones del sobreseimiento en relación al reclamante no pueden conectarse a la inexistencia del hecho imputado ni a la falta de participación en los hechos del reclamante, sino a que las diligencias practicadas no permiten mantener su imputación ni conocer, en este momento, qué personas han podido ser autor o autores del mismo.

Es preciso añadir, asimismo, que en las informaciones de prensa aparecidas en relación al caso, en ningún momento las autoridades del Departamento aluden de una forma personalizada al reclamante ni facilitan sus datos personales. También que las solicitudes internas que cursó posteriormente el interesado fueron debidamente contestadas —aunque no lo fueran en el sentido pretendido por aquél—, sin que en las respuestas se introdujera valoración alguna sobre su conducta que pudiera implicar menosprecio o falta de consideración a su persona, limitándose el Jefe de División de la Inspección General, de un lado, a constatar los hechos, y el Viceconsejero de Seguridad, de otro lado, a informar que el equipo instructor actuó como policial judicial.

Planteada así la cuestión, esta Comisión comparte el parecer del órgano consultante, **el reclamante tenía el deber jurídico de soportar la investigación, pese a que finalmente se haya dictado el auto de sobreseimiento provisional por falta de pruebas del autor o autores de los hechos.** La actuación policial en los términos relatados no puede generar un daño que los ciudadanos no estén obligados a soportar, pues ello supondría vedar, en la práctica, el ejercicio legítimo de la potestad de investigación de los delitos que ostenta la Ertzaintza que, a tales efectos, como dice el artículo 26.1 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, ejerce las funciones que a los Cuerpos de Seguridad atribuye el ordenamiento jurídico.

DCJA 171/2009 pár. 28 a 40

5. INDEMNIZACIÓN

A) Por daños materiales

En cuanto a la extensión de los daños y su valoración, cabe recordar que en los de índole material, rige en nuestro derecho el denominado **principio de la subroga-**

ción real, de tal suerte que la restitución debe ser pareja al daño habido, sin que aquélla pueda superar a éste, pues, de ser así, se produciría un enriquecimiento injusto. De igual forma, hemos de considerar que **la duplicidad de indemnizaciones por los mismos hechos constituye a favor del perjudicado un enriquecimiento injusto.**

DCJA 206/2009 pár. 31

Véase DCJA 17/2009 pár. 50

B) Por lesiones

En cuanto a la introducción como elemento a valorar que efectúa el reclamante, de los **días que permaneció de baja tras la retirada de parte del material de osteosíntesis** (tornillos) que se le habían colocado en la primera intervención quirúrgica, hemos de apuntar que del documento médico presentado no puede deducirse que se trate de un agravamiento de una secuela que ya ha sido valorada mediante la puntuación correspondiente. Tampoco se ha ofrecido información médica que justifique la permanencia de 60 días de baja —que califica como impeditivos— en una intervención de esa naturaleza.

A ese respecto, hemos de considerar que el informe médico de valoración de daños corporales efectuado a costa de la empresa aseguradora municipal, en cuanto al periodo de baja laboral entre el 20 de noviembre de 2007 y 21 de enero de 2008 en que se encontró el reclamante coincidiendo con la intervención quirúrgica de retirada del material mencionado, precisa que tal retirada es el tratamiento de unas secuelas ya establecidas tras la estabilización lesional en fecha 30 de noviembre de 2006.

Don J.I.G.P. no discute la fecha de estabilización de lesiones a la que refiere su valoración, en la que incluye la puntuación atribuible a la secuela por portar material de osteosíntesis, que considera, por tanto, consecuencia lesiva permanente. Tampoco ha justificado que los días de baja responden a una complicación de la secuela ya valorada —más allá del tratamiento correspondiente a su retirada— o la aparición de una nueva secuela sobrevenida con posterioridad a la fijación definitiva de las consideradas en el procedimiento, que, en su caso, habrían de ser ponderadas independientemente.

Es admitido jurisprudencialmente que, como ocurre en este caso, concedida una indemnización por una secuela, que se caracteriza por el carácter definitivo, de permanencia, la misma comprende las consecuencias derivadas de ella, como pueden ser las molestias o la posible retirada del material implantado. La inclusión como secuela del material de osteosíntesis compensa el im-

porte de la posible intervención quirúrgica para su retirada y los días de baja laboral.

Ello es así porque la retirada del material de osteosíntesis forma parte de la consideración de secuelas, de manera que, si ya le hubiera sido retirado al tiempo de efectuar la reclamación, el afectado podría reclamar los gastos médicos, en su caso, y días de incapacidad que tal retirada provoque, pero ya no tendría derecho a la indemnización por secuela consistente en persistencia de material de osteosíntesis.

Por lo anterior, compartimos la posición mantenida por la Administración, de acuerdo con la empresa aseguradora municipal, en relación con el concepto reclamado de días de baja por la retirada de parte del material de osteosíntesis. Pretender ahora la indemnización que se solicita sería duplicarla por un mismo concepto (en otro caso, el incremento de la indemnización por días de baja habría de llevar la reducción de la puntuación por secuelas): declarada la procedencia de indemnizar las secuelas, no se le puede otorgar al reclamante una cantidad para repararlas o para curar su retirada.

DCJA 28/2009 pár. 43 a 48

Respecto a la calificación, con carácter previo, debemos tener en cuenta que por día de baja impeditivo debe entenderse aquel en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual, y que **la dispensación de tratamiento fisioterapéutico no determina, sin más, la concurrencia de incapacidad para el desarrollo normal de las ocupaciones habituales.**

Como ya hemos indicado, nada se ha acreditado en el expediente sobre sus condiciones en los días de baja, y el informe médico en el apartado «evolución y tratamiento de las lesiones» recoge «no baja laboral». De este modo, atendiendo al tipo de lesión sufrida y en una valoración conjunta de los datos obrantes en el expediente, esta Comisión no puede compartir la calificación efectuada por la compañía y seguida por la propuesta de resolución, y considera que es razonable calificar los 90 días como no impeditivos.

DCJA 37/2009 pár. 31 a 32

En cuanto las discrepancias existentes con la reclamación, compartimos el criterio adoptado por el señalado informe pericial con respecto a la **consideración como no impeditivos de los días que corresponden al periodo de retirada de material de osteosíntesis**, y que va desde el 4 de julio hasta el 13 de septiembre de 2006, fecha en que es dada de alta con carácter definitivo, puesto que la reclamante no ha acreditado que precisara tratamiento alguno durante ese periodo e, igualmente, da-

mos por válida la valoración de secuelas que se desprende del informe de la compañía de seguros del Ayuntamiento.

DCJA 42/2009 pár. 36

Véase DCJA 28/2009 pár. 43 a 48

Y, en este punto, sin perjuicio de lo que resulte, cabe apuntar que la cantidad que se exige por incapacidad temporal (**días impeditivos**) no puede recibir una valoración positiva, pues no se han probado las limitaciones del **menor** y necesidad de asistencia para desenvolverse en su vida diaria en toda la extensión del periodo alegado como de baja.

Lo anterior se cohonesta con la apreciación de que los días de baja no constituyen en sí mismos un concepto indemnizatorio si no llevan aparejado un perjuicio que resulte acreditado.

En consecuencia, para determinar la cantidad indemnizatoria ha de tenerse en cuenta que no resulta preceptiva la consideración del baremo empleado por la reclamante, y, además, que la **indemnización ha de estar vinculada al perjuicio real probado, y, en cierta manera, en conexión con la actividad fundamental —aunque no exclusiva— que el niño desarrolla, que es la escolar.** Por ello, la cantidad que corresponde indemnizar por días impeditivos podría fijarse a tanto alzado, en consideración a la limitación que se demuestre que le ha producido efectivamente la lesión en su vida cotidiana y escolar, teniendo en cuenta las actividades que desarrolla un menor y las consecuencias de su menoscabo en su normal realización, **no equiparables a las de un adulto.**

DCJA 124/2009 pár. 40 a 42

C) Otros gastos

Tampoco resulta suficiente para asumir como gasto indemnizable el justificante facilitado por don J.O.E. en el que una mujer, de la que acompaña copia del DNI, certifica que ha estado realizando **labores del hogar** durante 3 horas diarias en el domicilio de aquél desde el 2 de octubre hasta el 19 de noviembre de 2007, recibiendo 900 euros como retribución. Si bien es cierto que el periodo al que se refiere el documento coincide con el de baja del reclamante (dado que el accidente se produjo el día 1 de octubre y el alta tuvo lugar en diciembre de 2007), **nada demuestra que la prestación de tales servicios respondiera de manera exclusiva a la incapacidad derivada de las lesiones del interesado**.

DCJA 38/2009 pár. 54

Por lo tanto, la Comisión considera que no se acredita un perjuicio real y efectivo que deba ser resarcido, ya que en modo alguno se deduce del expediente que el reclamante tuviera un mejor derecho o una expectativa cierta y segura de obtener la ayuda a la que optaba, por lo que se trataría de una mera expectativa. A lo que debe añadirse que, en todo caso, **resulta inviable aceptar una pretensión de pago de unos viajes, alojamiento y manutención que nunca fueron prestados.**

DCJA 41/2009 pár. 28

Del mismo modo, la Comisión **no considera que se haya probado la indispensabilidad del tratamiento rehabilitador, recibido, por otra parte, en la asistencia privada, al no figurar acreditado en el expediente que se hubiera prescrito médicamente**. Esto no obstante, cabría ser admitida de justificarse por el reclamante con ulterioridad.

DCJA 115/2009 pár. 40

6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR SECTORES

A) Función pública

El examen del requisito de la antijuridicidad se dirige a determinar si la persona tiene o no la obligación de soportar el daño y, obviamente, no cabe dar una respuesta genérica a esa cuestión, sino que ha de estarse a las circunstancias que rodean cada caso particular, partiendo de la regulación en la materia.

La propuesta de resolución considera que la Administración tenía la obligación de actuar como lo hizo, ya que la asignación de destinos estaba condicionada expresamente por lo dispuesto en la base 5.2 de la convocatoria, según la cual «La eficacia del nombramiento expedido en su favor queda supeditado a la efectiva toma de posesión, así como a la resolución de las impugnaciones que pudieran presentarse», por lo que ostentaba únicamente una expectativa de derecho.

La Comisión comparte el parecer del órgano consultante, pues tanto **la posibilidad del recurso como de su estimación forman parte de las garantías que rodean un proceso de provisión de esta naturaleza en el que son de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad.**

Las bases vinculan tanto a la Administración como a los que participan en un proceso de estas características y son la ley del mismo garantizando su aplicación por igual a todos los aspirantes.

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.

En cualquier caso, la reclamante no discute la decisión de fondo y admite, indirectamente, el mejor derecho de otra aspirante a ocupar la plaza. Además, podía haber recurrido las decisiones adoptadas en el procedimiento, a fin de que pudiera valorarse su conformidad a derecho, no siendo este el lugar para abordar tal examen.

Como es doctrina consolidada y ha señalado esta Comisión (por todos, DCJA 76/2001), «la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede utilizarse para evitar la aplicación de resoluciones consentidas por los interesados como una vía alternativa a la interposición de los recursos correspondientes para someter a examen la legalidad de dichas resoluciones».

Lo que parece cuestionar es que no se hubiera corregido la indebida valoración con mayor diligencia. De forma sintética diremos que 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:

a) 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.
b) El mero retraso, por leve que sea, no genera automáticamente responsabilidad patrimonial.
c) 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.

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.**

Pues bien, a fin de ponderar lo sucedido, se ha de consignar que el recurso de alzada interpuesto por doña M.G.R.F.d.G. el 24 de octubre de 2006 fue estimado mediante Acuerdo de 7 de mayo de 2007, del Consejo de Administración de Osaki-

detza, una vez realizadas las actuaciones de comprobación necesarias acerca de la puntuación otorgada.

Según el artículo 115.2 LRJPAC, el **plazo máximo para dictar y notificar la resolución del citado recurso es de tres meses**. Eso quiere decir que, **en éste caso, fue superado en otros tres meses, tiempo que en procesos de concurrencia competitiva —cuya gestión resulta con carácter general compleja al estar afectados los intereses de los diversos aspirantes y en los que se entrecruzan pretensiones que se encuentra conectadas— no puede considerarse, sin embargo, excesivo.**

La segunda cuestión a considerar es la relación de causalidad entre el actuar administrativo y el daño alegado y tampoco aquí podemos considerar que se da esa relación con la nitidez necesaria.

Antes que nada se impone también una advertencia, en el sentido de que los daños se producen en el ámbito de la relación jurídica que vincula a la reclamante con la Administración, por lo que en principio deben ventilarse en el seno de la misma, salvo que no exista regulación específica o, aún existiendo ésta, cuando su aplicación no repare los daños causados.

Para desentrañar en qué casos su aplicación no repara los daños y se puede acudir al régimen general a fin de que se encuentre amparado en su condición de particular, hay que decir que esta Comisión ha situado fuera del sistema objetivo de cobertura (prestaciones económicas durante la IT, etc.) únicamente los daños que sean causados por un funcionamiento anormal del servicio —«cuando se trate de resarcir daños ocasionados por culpa relevante, la cuantificación de los perjuicios económicos podrá efectuarse de forma independiente para la adecuada individualización del real alcance o extensión del daño»—.

En suma, para que el **daño alegado** pueda considerarse ocasionado por una actuación administrativa es preciso que está haya sido anormal, pues sólo así podrá ser considerada como idónea para producirlo.

Dicho esto, es de ver que en el caso de los dos primeros conceptos —los **viajes y el lucro cesante**— no pueden conectarse en modo alguno con la estimación del recurso de alzada y la consecuente exigencia a la reclamante de reincorporación al puesto que ocupaba cuando participó en el concurso.

Es obvio que tales efectos fueron anteriores y fueron debidos a su participación voluntaria en el concurso y a la adjudicación de la plaza con destino en la Comarca … (Ambulatorio), adjudicación sujeta a revisión desde el momento en que fue recurrida.

No puede hablarse de la existencia de un daño cuando su situación jurídica, configurada por la actuación de la Administración en aplicación de las reglas

por las que se rige la convocatoria de provisión de puestos, satisface lo pretendido por la reclamante; fue ella misma quien quiso tales consecuencias y, por tanto, le son enteramente atribuibles.

Es más, resulta inaceptable que le puedan ser indemnizables el conjunto de circunstancias positivas que hubiera tenido de no concurrir al proceso de provisión —de índole retributivo— y simultáneamente las negativas que le ha ocasionado el haber desempeñado el puesto que le fue adjudicado —los gastos de transporte—.

Olvida 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 (vgr. trabajar en el ambulatorio de … con jornada de mañana y reclamar por un complemento de turnicidad, nocturnidad y día festivo).

En el caso del tercer concepto —el **daño psíquico**—, aunque de las nóminas que ha aportado quepa inferir que la reclamante estuvo de baja laboral (en los meses que alega), no existe elemento de prueba o siquiera indicio que permita sustentar que la misma fuera debida al supuesto padecimiento por la situación vivida con motivo del regreso a su anterior destino en el Hospital de ...

Corresponde al demandante de responsabilidad patrimonial, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia de la antijuridicidad, del alcance y valoración económica de la lesión, así como del substrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración.

En cualquier caso, hay que descartar también que pudiera existir una automaticidad entre el hecho de una baja laboral, que pueda tener origen en problemas laborales, y la responsabilidad patrimonial de la Administración. **Si la actuación de la Administración está justificada, no puede ser responsable de la forma en que personalmente la viva el trabajador, en su fuero interno, pues ello depende de la subjetividad de cada uno y de cómo reaccione ante circunstancias que en principio pueden traerle consecuencias negativas.**

Recordando el análisis efectuado de la actuación administrativa, no hay ningún dato que pueda llevar a considerar que ésta haya sido anormal, que el daño se origine por una contravención de la Administración de los derechos del reclamante o de sus deberes en relación con él, ni, por tanto, cabe concluir que el supuesto daño de carácter psíquico padecido por la reclamante derive de la misma.

DCJA 45/2009 pár. 30 a 53

B) Mantenimiento de vías públicas

La Comisión comparte en suma el criterio del informe técnico, perito en el caso, cuando señala que el pavimento se encontraba en aceptable estado de conservación, sin que tampoco se aprecie en la acera la existencia de ninguna otra circunstancia específica que dificultara el tránsito o que introdujeran un obstáculo sorpresivo para los peatones.

Cabe apreciar, así, la existencia de **grietas en las baldosas**, pero sin que revistan por sí mismas un foco de peligro potencial relevante; sin que se haya acreditado, por otro lado, que ninguna baldosa quebrada sufriera un vaivén capaz de provocar un desnivel como el manifestado.

Cabe afirmar en consecuencia que las pruebas testificales sí han servido para acreditar la veracidad de la caída a la altura de la acera señalada, así como los informes médicos para acreditar la realidad de las lesiones sufridas, pero no resultan suficientes para constatar un mal estado de conservación del suelo al que se pueda concatenar una responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

La Comisión estima en suma que, atendiendo a las circunstancias fácticas que presenta el caso, la reclamación sitúa el estándar de exigencia de su reclamación en lo óptimo (no puede existir desnivel alguno), pero no en lo razonable.

El nivel de exigencia que, para la adecuada prestación del servicio de mantenimiento de aceras, incorpora la reclamación resulta así desproporcionado, pues conlleva entender debida la intervención municipal para reponer a ese estado de conservación ideal el lugar de la caída; nivel de exigencia que se construye, a juicio de la Comisión, con olvido de las circunstancias y características que resultan inherentes a su prestación en términos económicamente viables y razonables.

DCJA 4/2009 pár. 35 a 39

En estos supuestos no es la mera existencia de un objeto causante del daño, por sí misma, fuente de responsabilidad de la Administración, sino que 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.

Si bien es cierto que incumbe a la Administración el deber de mantener en condiciones de seguridad vial la carretera, no es menos cierto que este deber de vigilancia no puede exceder de lo razonablemente exigible, entre lo que se encuentra una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuida de que el tráfico de la calzada sea libre y expedito.

Es claro que no se puede exigir a la Administración la eliminación inmediata del objeto por el mero hecho de que exista, siendo preciso que aquella haya podido cabalmente desarrollar la correspondiente actividad, bien por tener conocimiento de la misma, bien porque, aún no teniéndolo, concurren circunstancias indicativas de que pudo tenerlo y, si así no sucedió, fue por causa a ella imputable.

En este caso, el informe del Servicio de Limpieza confirma la limpieza de la calzada diariamente de lunes a sábado en la zona donde se produjo el accidente, que consiste en el barrido mecánico y en el baldeo mecánico de calzadas, la cual se realizó en el lugar de la caída de forma completa y sin ningún tipo de anomalía el día de los hechos.

Concretamente, en turno de mañana se realizó la limpieza de la calzada empleando una máquina barredora y en turno de noche una baldeadora proyectó agua a presión sobre la calzada. Además, se dispone de un servicio de actuaciones especiales que se activa en el caso de que se detecten anomalías de limpieza en el municipio con un tiempo de respuesta concreto.

Por lo tanto, el accidente producido no puede achacarse a la dejación por parte del servicio municipal de limpieza en la realización de sus tareas habituales.

DCJA 5/2009 pár. 25 a 30

Lo exiguo del desperfecto hace que resulte imposible de controlar por su nimiedad, y desde luego cuando ha sido advertido el mismo ha sido corregido —según se desprende de lo informado por el servicio competente— sin que ello suponga automáticamente una asunción de responsabilidad.

Esto es, aunque la torcedura del pie se hubiera podido producir al pisar el reclamante en el ligero **desnivel existente entre la baldosa y el bordillo**, tampoco de ello se sigue que sea el funcionamiento anormal de la Administración la causa eficiente del daño, porque la exigencia de responsabilidad requiere «la posibilidad de controlar los desperfectos que existan en las calles», como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de enero de 2007 (JUR 2007/220177), confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2008 (RJ 2353), en recurso de casación para unificación de doctrina, y en este caso pasaba desapercibida, por su insignificancia.

DCJA 36/2009 pár. 38 a 39

El reclamante afirma que la caída se produjo como consecuencia de la inadecuada **presencia del pivote en la acera** de la calle, ya que, por sus características físicas

(color negro y altura reducida), resultaba difícil de advertir y constituía, por ello, un peligro para el deambular de los viandantes.

La propuesta de resolución, por su parte, afirma —transcribiendo los términos del informe técnico emitido por el servicio competente, sobre la intangibilidad de los elementos que resultan consustanciales a las vías urbanas en general— que la instalación de los pivotes obedece a exigencias de la normativa de accesibilidad en el entorno urbano, que se mantiene en la actualidad a pesar de los cambios operados en el tráfico de las inmediaciones; señalándose por lo demás que su existencia resulta notoria y pública, no presentando ningún obstáculo para colectivos especiales como, por ejemplo, los invidentes.

Con arreglo a las circunstancias que se han expuesto en el expediente, no considera la Comisión que se observe en el caso ningún tipo de anomalía del servicio público municipal.

Se constata ante todo la finalidad legítima a que ha obedecido desde un principio la instalación de los pivotes en la vía pública, como es tratar de responder a la normativa de accesibilidad, impidiendo, o al menos dificultando, el aparcamiento de los vehículos en zona de preferencia peatonal.

No ha quedado acreditado, por otra parte, que el diseño elegido para el pivote haya creado por sí mismo riesgos especiales o haya rebasado el nivel que resulta inherente al itinerario corriente de las personas entre elementos de naturaleza urbana, al menos más allá del que resulta aceptable con arreglo a los estándares socialmente admitidos.

Tampoco considera la Comisión que las características físicas del elemento que se denuncia resulten susceptibles de confundirse con el rasero de la acera o resulten inadvertibles por su altura para el tránsito seguro de las personas, ni por sí misma ni, menos, en las condiciones que se daban el día del accidente, que se produjo en época estival y en las horas centrales del día.

Por último, no se ha acreditado que los pivotes que se denuncian se hayan sustituido por otros de distinta clase, tal como señala la reclamación; circunstancia que, aunque se diera, tampoco debería constituir por sí mismo un signo inequívoco de reconocimiento de responsabilidad, al poder responder a una finalidad distinta a la que sugiere el reclamante.

DCJA 105/2009 pár. 23 a 29

El efecto «**aquaplaning**» que pudo tener en la conducción de la víctima no resulta desdeñable y la presencia en sí del agua, sin señalización alguna de advertencia, desde luego no resulta justificativa para el ente municipal con competen-

cias en la conservación de la seguridad en las vías urbanas y de la ordenación del tráfico de vehículos.

Al ente municipal le incumbía impedir el embalsamiento o rebose de agua o, cuando menos, advertir del peligro señalizándolo o adoptando medidas para la regulación circunstancial del tráfico en ese punto de la calzada.

Por otra parte, la presencia del elemento controvertido, del agua, en la calzada, sin ninguna circunstancia extraordinaria que la pudiera causar, como lluvias torrenciales, no cabe entenderla ajena o debida a circunstancias de riesgo imprevisible e inevitable y, por ello, resulta plenamente inserto en el funcionamiento interno de la actividad o servicio afectado.

DCJA 115/2009 pár. 29 a 31

Ahora bien, para que el daño cuyo resarcimiento se pretende pueda ser considerado lesión, en su sentido técnico jurídico de daño antijurídico, ha de estar vinculado causalmente al funcionamiento —normal o anormal— del servicio público y, en el caso que nos ocupa, esa relación ha sido rechazada por la propuesta resolutiva, al entender que en el expediente no ha quedado acreditada la imprescindible relación de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio, por considerar que el césped no es una zona de paso y no disponer de testigos presenciales de lo ocurrido.

Sin embargo, la Comisión no comparte la valoración realizada en la propuesta de resolución, y tampoco considera acertados los motivos a los que alude para negar la relación de causalidad, al resultar de lo instruido, en concreto del Informe del Servicio de Mantenimiento y Servicios Urbanos del Ayuntamiento, del Informe del Servicio de Parques y Jardines, así como de la declaración del Agente Municipal, que **existía en la zona ajardinada junto al parque infantil un hierro que resultaba un peligro para los usuarios del mismo, en la que estaba permitida la presencia de personas, no existiendo en el lugar donde se produjo el accidente señalización alguna que prohibiera entrar o pisar la zona**, así como que el citado hierro fue retirado tan pronto como se puso en conocimiento del servicio.

DCJA 117/2009 pár. 19 a 20

En este caso, por un lado, es claro que **la instalación en las vías públicas de elementos que permitan la prestación de otros servicios (telefonía, alcantarillado, recogida de basuras, etc.) necesarios para la colectividad resulta inevitable** y, por otro, que las fotografías aportadas no permiten advertir en la arqueta ninguna irregularidad relevante que permita explicar la caída como consecuencia de su incorrecto estado o colocación. Al contrario, dichas fotografías trasladan un paso de

peatones de dimensiones adecuadas, correctamente pintado, en el que, entre otros elementos urbanos, se ubica la arqueta cuyo diseño, aspecto de conservación y asentamiento no denotan deficiencia alguna.

De ahí que, de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Comisión, no pueda reconocerse en este caso la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, ya se centre el examen en el requisito del nexo causal —pues no presenta la tapa deficiencia o irregularidad alguna susceptible de incorporarse con carácter determinante al curso causal del daño—, ya desde la perspectiva de la antijuridicidad, pues —aún aceptando el relato de la reclamante—, innegable la obligación de los municipios de permitir la instalación en sus términos municipales de los elementos necesarios para la prestación de otros servicios, los peatones vienen jurídicamente obligados a soportar las consecuencias que para su tránsito deriven de dicha obligación, sin que la colectividad deba hacerse cargo —a través del instituto de la responsabilidad patrimonial— de los daños que no son consecuencia del funcionamiento de ningún servicio público, sino lamentable materialización del riesgo de transitar por las ciudades y que, lógicamente, se intensifica los días de lluvia, forzando a los viandantes a desplegar la diligencia adecuada a las condiciones de tiempo y lugar porque en días lluviosos la posibilidad de resbalar les exigen una mayor precaución y atención.

En efecto, **nada anormal se aprecia en una arqueta o zona de paso que cuando llueve se encuentran algo más resbaladizas.** Esa sóla circunstancia no evidencia un déficit en el funcionamiento del servicio público si —como aquí sucede— las características de la arqueta responden a las condiciones exigibles, atendiendo a criterios de razonabilidad y adecuación a la naturaleza de la situación (implantación inevitable).

DCJA 127/2009 pár. 28 a 30

C) Servicio educativo

Como primera conclusión relevante, señalamos que el daño no pertenece a los que se producen como consecuencia de lances del juego —que la jurisprudencia repetidamente viene negando que generen responsabilidad—.

Al contrario, de lo acreditado resulta que el daño es consecuencia de un acto de agresión voluntaria de un compañero, pues no consta que J.F.V. participara en ninguna pelea, sino que de lo instruido se colige que fue sorprendido por la agresión, que no fue recíproca, ni recibió respuesta alguna.

De igual forma, queda acreditado que dicha actuación se produce en el desarrollo de una actividad propia y necesaria para la prestación del servicio educativo: durante el tiempo de comida en el que se encontraban alumnos de educación primaria

sujetos a la disciplina del centro y a la vigilancia, en este caso, de los monitores del comedor.

Para la Comisión, por tanto, en el caso hay título de imputación, daño individualizado y económicamente evaluable (sin perjuicio de lo que luego se dirá), por lo que la cuestión radica en discernir si quien sufrió el daño tiene o no el deber de padecerlo.

Al haberse producido el daño mientras los niños implicados se encontraban en el ámbito del servicio educativo, y consistir aquél en una lesión física, consecuencia de una agresión sin intervención alguna de la víctima, a un niño de … años que debió someterse a una intervención quirúrgica, habiéndole quedado secuelas, la Comisión considera que concurre el requisito de la antijuridicidad y que debe, por ello, activarse el instituto de la responsabilidad.

Tal entendimiento del estándar de eficacia no desnaturaliza el instituto de la responsabilidad patrimonial sino que, a juicio de la Comisión, conecta cabalmente con su fundamento (el equilibrio entre el interés público y la garantía de los derechos de los ciudadanos). En la misma dirección —siempre ponderando las circunstancias fácticas (en concreto, la concurrencia de una agresión unilateral y la edad del niño agredido)—, el Consejo de Estado ha venido entendiendo que los daños de una naturaleza como la que ahora se nos presenta han de estimarse indemnizables (dictámenes 945/2001, 774/2002; en el mismo sentido el 775/2003; el 810/2001 menciona una agresión que debió ser evitada; el 934/2004 se refiere a las agresiones como conductas que los alumnos no tienen el deber jurídico de soportar).

DCJA 124/2009 pár. 29 a 34

D) Servicios sanitarios

Partiendo de esa premisa y frente al planteamiento de la reclamación, ha de recordarse que **en el ámbito de la medicina asistencial**, **salvo que exista una evidente desproporción entre el acto médico realizado y el resultado dañoso producido**, no basta, para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, con mostrar un resultado dañoso y conectar el mismo con la prestación sanitaria recibida, sino que **ha de probarse** igualmente **que el daño sufrido es consecuencia de una asistencia errónea**, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, lo que tampoco ha quedado acreditado en este caso, pues, tomando en consideración las concretas circunstancias que presentaba, no cabe reputar que la asistencia prestada se incorporase al proceso causal ni incrementando el riesgo preexistente, ni causando un resultado desproporcionado.

DCJA 10/2009 pár. 30

En cuanto a los **gastos derivados de la intervención en Colombia**, el examen es diferente. **La reclamante establece una conexión directa entre el «permiso para viajar» que obtuvo y la intervención a la que se sometió en dicho país.** En su tesis, el citado permiso es la premisa mayor de un silogismo que concluye en la intervención, pero tal secuencia no aparece acreditada.

Al margen de la evidente dificultad de establecer el nexo causal entre la intervención y la no oposición al viaje (actuación que debe analizarse en relación a su objeto: examinar su proyectado viaje, a la luz de la situación de ILT en la que se encontraba la reclamante), de lo instruido se colige que aquél se inicia y realiza por su libre decisión; tampoco el expediente permite dar por probado que el viaje fuera la causa de la intervención por haber situado a la reclamante en un estado de riesgo vital, ni que incrementara los riesgos anudados a la dolencia diagnosticada.

Frente al examen que aborda el informe de la Inspección Médica, la reclamante señala: «Se alega que la intervención quirúrgica realizada en Colombia no era urgente, porque el paciente no presentaba síntomas, estaba asintomática; lo cierto es que M.A, persona prudente, quiere ser revisada de su dolencia en Bogotá para saber cómo iban las cosas. Y lo que le dicen allí tras revisar su situación es que está en una situación de riesgo vital permanente, que en cualquier momento puede "estallar" el aneurisma y que es una bomba con pies. Que cuanto antes se opere mejor». Pero, este diagnóstico no encuentra reflejo en la documentación que la propia reclamante presenta y sí, en cambio, consta en ésta que el 23.01.2007, cuando acude a la clínica en Colombia, «La paciente ha permanecido completamente asintómatica y acude para valoración» (sin que tampoco, a lo que aquí interesa, pueda soslayarse que la intervención no se practica hasta el 15 de febrero, sin que conste ingreso o tratamiento específico alguno durante esos veinte días).

Como señala el informe del Jefe de Servicio, «Los informes de las pruebas de imagen que le realizaron son concordantes con el informe de la prueba realizada por nosotros el 15/12/2006 y no encuentro motivo para la actuación urgente, de hecho ella aporta una historia clínica realizada en la Fundación … de Colombia donde el médico que la atendió dice textualmente que la paciente ha permanecido completamente asintomática y acude para valoración, por lo tanto no es cierto que la paciente tuviera que ser intervenida de forma urgente sino que ella acudió de *motu propio* por razones que desconozco puesto que ella estaba totalmente asintomática como lo ha estado desde que fue dada de alta de su ingreso en Noviembre».

No hay, por tanto, prueba alguna sobre la concurrencia de un estado de urgencia vital que motivara una intervención de emergencia motivada por el agravamiento de la enfermedad como consecuencia del viaje emprendido por la reclamante.

Sí queda acreditado, por el contrario, la existencia de dos corrientes para el tratamiento de la dolencia de la paciente que conviven hoy en la medicina. En efecto, tal y como señala el informe del Inspector —íntegramente transcrito en los anteceden-

tes—, «En las disecciones tipo B no hay consenso en cuanto al tratamiento definitivo, existiendo grupos que defienden la cirugía y otros el tratamiento conservador si no hay complicaciones, encontrándose estudios que demuestran resultados similares con ambos tratamientos. En nuestro entorno (guías de práctica clínica de la Sociedad Española de Cardiología en enfermedades de la aorta) está más extendido el enfoque clásico por la mayoría de equipos quirúrgicos, es decir, el tratamiento médico en los casos no complicados, reservándose la cirugía cuando aparecen complicaciones en el seguimiento o si existen inicialmente (dolor persistente o intratable; progresión de la disección; HTA a pesar del tratamiento; constatación de sangrado importante; indicios de compromiso circulatorio mantenido de troncos supraaórticos, renales o de extremidades inferiores y sospecha de erosión o compresión de estructuras que representen riesgo vital). El mayor riesgo de rotura aórtica lo tienen los pacientes con HTA no controlada o cuando la aorta excede de 55-60 mm de diámetro.»

Por ello, está acreditado que a la reclamante se le aplicó el tratamiento que para las características de su dolencia prevén los protocolos que se aplican en nuestro entorno; mientras que en la clínica de Colombia optaron por la solución quirúrgica.

Ahora bien, lo que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial resulta relevante, y aquí no se ha probado, es que dicha intervención viniera impuesta (o, si se prefiere, fuera consecuencia) de la inadecuada asistencia sanitaria de los servicios que trataron a la reclamante. A juicio de la Comisión, nada hay en el expediente que permita dar por acreditada dicha relación y sí, en cambio, que la reclamante no se encontraba en una situación clínica distinta de la ya diagnosticada y tratada, tras el alta hospitalaria, por su evolución favorable. No hay, por tanto, prueba de una situación de urgencia vital.

A lo que cabe añadir que, en todo caso, atendiendo al fundamento de la pretensión en este punto, la Comisión debe advertir que para dilucidar la procedencia de sufragar el coste de una operación en un centro extranjero, de acuerdo con la normativa vigente ha de acudirse a la denominada «vía de reintegro de gastos», hoy regulada en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo artículo 4.3 señala taxativamente que el conjunto de prestaciones que conforman dicho sistema únicamente se facilitará en centros ajenos al Sistema Nacional de Salud cuando se trate de una «asistencia sanitaria urgente, inmediata y vital» y siempre que se justifique que no han podido ser utilizados los medios de aquél, vedando el uso desviado o abusivo de esta vía excepcional.

DCJA 39/2009 pár. 28 a 36

O, dicho en otras palabras, la Comisión aprecia que, si ya en abstracto la literatura médica admite que el vendaje puede provocar la lesión, las específicas circunstan-

cias que concurrían en la paciente permiten considerar que la aplicación, en este caso, del tratamiento normal, sin modulación alguna en virtud de aquéllas —pues nada hay acreditado sobre su toma en consideración para prescribir aquél— han podido contribuir a generar un plus de riesgo en la materialización del daño y, no son, por ello, ajenas al curso causal de éste, cuya explicación es cierto que requiere atender a las dolencias previas que padecía la paciente, pero que tampoco puede formularse prescindiendo de la solución inmovilizadora que se escogió y aplicó.

El caso, a juicio de la Comisión, no traslada la certidumbre necesaria para sostener que, incluso en la situación de la paciente, la parálisis del nervio se hubiera producido al margen de la colocación del vendaje, excluyendo la responsabilidad por ausencia del requisito de la antijuridicidad. Junto a ello, tampoco permite sostener que el tratamiento escogido sea la causa única en la producción del daño. Se trata, así, de un supuesto —común en las responsabilidades sanitarias— en las que se presenta un **problema de incerteza o incertidumbre causal.**

En efecto, el expediente permite acreditar que el vendaje es un tratamiento médico adecuado para curar un esguince de tobillo y que la técnica empleada para realizarlo ha sido la correcta, pero también que dicha técnica se aplica a «un proceso de fuerte traumatismo con esguince con gran tumefacción», desarrollado en una paciente con un largo historial de patología crónica en las extremidades inferiores a la que se le prescribe que debe llevarlo durante dos o tres semanas y control por su médico de atención primaria en 15 días —pero sin seguimiento específico alguno para su situación sanitaria—, produciéndose finalmente la retirada del vendaje antes de dicho plazo, al acudir la paciente al médico de atención primaria refiriendo molestias y un gesto raro al andar.

Siendo esto así, **no cabe afirmar que con arreglo al estado de conocimientos de la ciencia y de la técnica médica al tiempo de producirse la lesión, con los antecedentes clínicos de la paciente, no hubiera podido adoptarse alguna otra medida terapéutica más adecuada a su situación sanitaria que permitiera controlar y excluir o, al menos, atenuar las probabilidades de materialización del daño, por lo que hemos de concluir que concurren los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial**, pues, conforme a lo antes señalado, **la actuación de la Administración sanitaria no debe limitarse a la aplicación estricta de la ciencia, sino que las medidas terapéuticas a adoptar deben ser las precisas a la vista de la patología que presenta el paciente en su conjunto y, por lo tanto, aquéllas deben integrar ésta al seleccionar el tratamiento a seguir.**

DCJA 87/2009 pár. 33 a 36

El diagnóstico de selección adecuada del parto vaginal (nalgas puras o completas, actitud de la cabeza, peso fetal, diámetro biparietal y pelvis adecuada) resulta de esta forma confirmatorio del informe elaborado por la sección de partos, que re-

cuerda la falta de indicaciones de cesárea o contraindicaciones de parto vaginal por parte de ninguno de los facultativos que trataron a la reclamante durante del periodo de la gestación del feto y al finalizar el mismo; agregando dicho informe de la sección, que el curso del periodo de dilatación y expulsivo del parto se desarrolló con normalidad.

Cabe señalar, por otra parte, que los indicadores de parámetros de parto vaginal y de condiciones de parto por cesárea de otros protocolos del entorno sanitario resultan muy similares al vigente en el centro hospitalario de referencia: Documento de consenso de la Dirección de Asistencia Sanitaria de Osakidetza de febrero de 2003, y de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) —se transcriben en el citado informe de la inspección médica—.

Con las variaciones que cabe apreciar entre los **protocolos**, todos ellos **permiten reconocer la adecuación de la técnica vaginal aplicada, teniendo en cuenta los datos clínicos que se recogían en el caso de las atendidas, madre e hija.**

Por lo mismo, la Comisión estima que **no resulta determinante en este sentido, tal y como pretende hacerlo la reclamación, extraer de manera aislada un solo factor de los que se señalan en el citado informe como posible causa del recurso a la cesárea** —edad gestacional mayor de 38 semanas—, **a fin de evaluar la idoneidad o no de la técnica escogida**, ya que el resultado de este único dato debería imponerse sobre el crédito que proporciona la adecuación de la vía elegida a cualquiera de los protocolos vistos, tanto del que regía en el centro hospitalario de atención, como de los aplicables en los restantes del entorno sanitario.

Por lo demás, las alegaciones sobre la coveniencia de acudir a la técnica de la cesárea como posibilidad de consenso alcanzable con la paciente no pueden superar, en estas circunstancias, el nivel de la mera recomendación, que no exigencia, en cuanto a su aplicación concreta en el caso; dado que en el mismo informe de la inspección médica se advierte que la generalización en el entorno de la cesárea en partos de presentación podálica no ha podido evidenciar todavía los beneficios que puede proporcionar con relación a los riesgos de un posible incremento de la morbilidad e infertilidad secundaria maternal; amén de resaltar, tambien, el informe los mayores costes que su uso implicaría y las dificultades en el desarrollo del vínculo maternofilial y transtorno emocional de la madre que puede comportar.

DCJA 92/2009 pár. 31 a 35

Más complejidad reviste la alegada infracción del **derecho al consentimiento informado**.

El requisito de presentación del consentimiento por escrito en caso de intervención quirúrgicas, se encuentra actualmente regulado en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002,

de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, y tiene como objetivo ayudar al paciente a tomar decisiones, dentro de las opciones posible, de acuerdo con su propia y libre voluntad.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de esta Ley, el facultativo debe proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información referida a: i) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; ii) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; iii) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y; iv) las contraindicaciones.

En principio, debe aceptarse como un criterio consolidado en la Jurisprudencia el que **la falta de dicha información constituye *per se* una mala praxis que pone de manifiesto un funcionamiento anormal del servicio sanitario, y da lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial siempre, claro está, que se haya producido algún daño**.

Dos son también las líneas que sigue el reclamante para fundamentar su pretensión: de un lado, la falta de constancia por escrito de su consentimiento; de otro lado, alega que recibió una información incompleta sobre los detalles de la biopsia, sin que fuera instruido de los riesgos o complicaciones intraoperatorios o postquirúrgicos propios del acto, como tampoco sobre las alternativas a la intervención.

En primer lugar, hay que decir que **la jurisprudencia no excluye de modo radical la validez del consentimiento prestado en la información no realizada por escrito ni la ausencia de forma escrita impide que pueda darse por acreditado el consentimiento, mediante otros medios probatorios**, porque la constancia escrita tiene mero valor *ad probationem*. No obstante, **su falta es suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba** (en la tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretenda exigirla de la Administración), **debiendo ser la Administración la que pruebe la existencia de dicha información y el consentimiento del afectado**.

En este caso, del examen de la documentación incorporada al expediente se concluye, a juicio de la Comisión, que el reclamante fue informado de los riesgos de la intervención quirúrgica y que los aceptó.

Para alcanzar tal conclusión resulta capital el documento de consentimiento informado —elemento probatorio aportado por el propio interesado junto a la reclamación—, obrante en su historia clínica, cuya veracidad no ha sido rebatida ni ha sido cuestionado el hecho, acto o estado de cosas que documenta.

Es cierto que no consta la firma del reclamante en la casilla concebida para plasmar su consentimiento, pero no es menos cierto que en dicho documento, elaborado por el Servicio de Otorrinolaringología, figura en su encabezamiento el nombre del reclamante, está suscrito por el médico que le atendió mediante una forma estampillada, donde «declara haber informado convenientemente al paciente y haber respondido a cuantas preguntas se me han realizado, manifestando mi disposición a ampliar la información si así se me solicita», y tiene una serie de correcciones sobre el formulario hechas a mano —del puño y letra del médico responsable—, tanto en lo relativo a la intervención concreta, como a las posibles complicaciones intraoperativas propias del acto quirúrgico y a las alternativas a la intervención quirúrgica que se califica como «única posibilidad de diagnóstico».

Siendo la intervención programada, la afirmación del médico doctor S.G.M., de que el citado documento le fue entregado al paciente en la consulta, permitiéndosele llevarlo a su domicilio, resulta verosímil, ya que de lo contrario no se entiende que fuera confeccionado, además, con el contenido que hemos dejado expresado.

No estamos ante una mera alegación del médico que practicó la intervención, de que le informó del por qué de la intervención y del riesgo de una lesión del nervio espinal, porque tal documento viene a juicio de la Comisión a corroborar su versión y, en todo caso, de la argumentación del reclamante cabe inferir que tuvo conocimiento de la biopsia y de sus características.

Al pormenorizar la información relevante de la que fue privado, no incluye entre la misma —de forma reveladora— el que no fuera advertido acerca de la posible afectación del nervio espinal como posible consecuencia de la intervención, sino que se centra en una información de índole completamente distinta, carencia que impidió que tuviera la opción de decidir la aceptación o rechazo de la intervención con toda la información sobre las consecuencias y riesgos que la misma suponía: «de hecho no me especificaron cuál de las adenopatías sería objeto de examen, de manera que creí que tomarían muestras de aquella que reflejaba dolores por la que acudí a los servicios sanitarios, ubicada en posición más arriba del cuello y de origen más reciente y resultó que me extirparon una que se ubicaba más debajo de la zona mandibular».

Las circunstancias del caso permiten trazar el siguiente curso de los acontecimientos. En la consulta del servicio de Otorrinolaringología de fecha 19 de julio de 2005 el reclamante fue informado de la necesidad de practicar una adenopatía cervical para obtener un diagnóstico certero de su dolencia. **Redactado el correspondiente documento de consentimiento informado le fue entregado para que lo estudiara y lo trajera firmado el día de la intervención. Aunque no plasmó su firma en el documento, acudió el día 21 de septiembre de 2005 a la intervención programada, asumiendo de forma tácita pero inequívoca las consecuencias de la intervención.**

Otra cosa distinta es la de si el deber de informar se extendía hasta el punto alegado por el reclamante, si debía abarcar también el dato singularizado de cual era la adenopatía a extirpar.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto la importancia de la utilización de formularios específicos, puesto que «sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad».

Ahora bien, a la hora de confeccionar estos formularios, también ha advertido sobre la necesidad de «interpretar con flexibilidad un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica», así como sobre el problema que supondría la inclusión de información excesiva, puesto que con ello «la atención médica puede convertirse en desmesurada, y en un padecimiento innecesario para el enfermo» (por todas SSTS de 4 de abril de 2000 y de 25 de abril de 2005).

En este contexto, **pese a que el formulario no señalaba expresamente que fuera a extirparse la adenopatía** —ante un caso de adenopatías múltiples cervicales— **más accesible —entre las posibles—**, **tampoco de ahí puede derivarse que la información recibida por el paciente haya sido deficiente, ni que esa carencia haya impedido a éste decidir libre y conscientemente sobre la ejecución de la intervención.**

Además, la complicación sufrida no se habría evitado porque el riesgo ante la extirpación de otra adenopatía hubiera sido de una gravedad y frecuencia similar. Tal y como se describe en el informe de resonancia magnética de Osatek, S.A. (folio 54) se confirma la existencia de múltiples adenopatías laterocervicales bilaterales, «las mayores situadas en el espacio carotídeo derecho en íntimo contacto con la yugular interna adyacentes al trayecto teórico del nervio espinal el cual no se visualiza con claridad por este estudio».

De ahí que tampoco podamos compartir la existencia de una mala praxis derivada de la falta de consentimiento informado, pues entendemos que la información facilitada fue correcta, leal y veraz, de manera que el reclamante dispuso de datos suficientes como para conformar su consentimiento a la intervención.

DCJA 98/2009 pár. 59 a 77

Sentado lo anterior, aunque el defecto del consentimiento informado se considera como incumplimiento de la lex artis y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, la imputabilidad a la Administración requiere, sin embargo, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se haya ocasionado un resultado lesivo vinculado

causalmente a las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado (entre otras, STS de 13 de julio de 2007 —RJ 2007\6862— que recuerda la de 26 de marzo de 2002 —RJ 2002\3956—, que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina, o la de 26 de febrero de 2004 —RJ 2004, 3889—).

En el presente caso, en cambio, según hemos expuesto, la parte reclamante no ha acreditado que el fallecimiento de don P.O.U. tuviera como causa la actuación sanitaria, que se ha revelado, según lo instruido, ajustada a la lex artis, por lo que, según el criterio jurisprudencial expresado, dadas las circunstancias del caso, no puede hacerse a la Administración responsable del resultado lesivo por un eventual defecto de consentimiento informado, que, no obstante, a continuación examinamos.

En efecto, sin perjuicio de lo anterior, en el caso que se nos plantea, pese a que no se documenta en el expediente que se haya facilitado la información, ni prestado el consentimiento informado con el contenido y alcance dispuestos en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), vigente en el momento en que recibió la asistencia médica don P.O.U. (afectada posteriormente por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica), y sin olvidar que corresponde a la Administración demostrar que los mismos se han producido en alguna de las formas admitidas (verbal o escrita, tácita, implícita o presunta, con las precisiones jurisprudenciales que las caracterizan), no puede hacerse abstracción de las circunstancias que se nos presentan en cuanto al padecimiento de don P.O.U. y la naturaleza urgente de la asistencia que precisó.

En la consulta que abordamos, la intervención médica realizada a don P.O.U. tiene su origen en una patología que se había manifestado en Marbella, donde había sido ingresado en un hospital en el que se le había propuesto realizar una CPRE, y una EE, decidiendo aquél que se le atendiera en el Hospital de ... En este hospital, las primeras intervenciones médicas en forma de pruebas de diagnóstico que le efectuaron fueron las prescritas en Marbella. Por ello, esta Comisión entiende que dichas pruebas no le eran desconocidas al paciente, que procedía de otro hospital donde le habían propuesto efectuarlas, dirigiendo su voluntad finalmente —es de suponer que con la información de que disponía— a que fuera atendido en su hospital de referencia.

De ahí en adelante, las actuaciones médicas efectuadas a don P.O.U. fueron demandadas por la situación de urgencia que se fue desarrollando progresivamente en el proceso de su enfermedad, con deterioro de funciones vitales (no fueron operaciones programadas o que ofrecieran un margen de tiempo amplio antes de su realización). En el relato de hechos hemos expuesto que consta en los informes médicos que: (i) el 27 de mayo, ante hallazgos significativos obtenidos en la exploración de abdomen, y en un estado de insuficiencia renal, ha de practicársele una cirugía ur-

gente; (ii) posteriormente se le efectúan tres arteriografías con el fin de detener una hemorragia; (iii) el día 1 de junio, con las funciones renales y respiratorias afectadas, se le tiene que operar de urgencia; (iv) el 10 de junio, hallándose en la UCI del Hospital …, al revelar una ecografía la existencia de líquidos abdominales, han de extraérselos mediante una paracentesis; y (v) el 14 de junio, continuando en la UCI, se procedió a nueva intervención para limpieza de la cavidad abdominal de un líquido que había dado positivo bacteriológicamente.

Es evidente que nos hallamos, por tanto, ante **intervenciones urgentes** que no podían demorarse, contempladas en la Ley General de Sanidad como exceptuadas de obtener el consentimiento informado por escrito: los supuestos de urgencia que no permitieran demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (artículo 10.6). Se trata de casos en que no es posible obtener el consentimiento del paciente, sin duda porque, frente a su autonomía y autodeterminación —que se hallan en el sustrato del derecho a la información y a prestar el consentimiento informado—, se estima preponderante su derecho a la vida e integridad física, e inaplazable la asistencia médica.

Hemos de considerar, por tanto, que, en las circunstancias en que se hallaba el paciente, en un proceso que requería intervenciones y actuaciones sucesivas urgentes para ir solucionando las complicaciones que se presentaban en una patología de una gravedad que avanzaba rápida y progresivamente, no puede apreciarse mala praxis en la actuación médica, concretada en este caso en la resolución de situaciones de riesgo vital en que la información deviene secundaria y accidental si la contrastamos con el preferente derecho a preservar la vida.

No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, en el presente caso, nos hallamos ante lo que jurisprudencialmente se conoce como **«signos inequívocos», que permiten admitir que el paciente disponía de la información precisa para consentir la realización de las pruebas iniciales, ya que procedía de otro hospital donde le iban a ser practicadas y decidió que fuera su hospital de referencia el que le tratara,** y que, cuando por la situación de urgencia no fue posible recabar el consentimiento informado, existió la comunicación requerida en una situación semejante. Tal y como refleja el informe de la Inspección médica: «tras el estudio de toda la historia, no puede establecerse que haya existido ausencia de información ya que, desde que ingresó procedente de Marbella con el alta voluntaria se ha visto sometido a varias intervenciones quirúrgicas, se han dado situaciones de mejoría y empeoramiento de su situación clínica y ha estado ingresado en dos instituciones hospitalarias, incluso en la Unidad de Cuidados Intensivos de una de ellas debido a la gravedad del proceso que padecía, lo que a mi criterio supone la existencia de un flujo de información entre paciente, familia y personal sanitario».

DCJA 137/2009 pár. 49 a 56

No concurre, por tanto, la alegada mala praxis por la falta o incorrecta prestación del consentimiento informado y, en consecuencia, como es doctrina consolidada, falta uno de los elementos configuradores del instituto de la responsabilidad patrimonial, cual es la antijuridicidad del daño, ya que el alegado por la reclamante no resulta consecuencia de una mala praxis en la ejecución de la operación, ni tampoco como materialización de un riesgo que, cuando consintió aquélla, desconocía.

La precedente conclusión se alcanza tanto si se considera que la intervención a la que se sometió la reclamante se incardina en la denominada medicina curativa (tesis que sostiene el informe de la inspección médica y comparte esta Comisión, pues se trataba de una cirugía plástica reparadora de «una hipertofia mamaria importante»), como si, a los sólos efectos de dar cumplida respuesta al planteamiento de la reclamante, se pretende aquélla incardinar entre las propias de la denominada medicina satisfactiva.

Es constante la jurisprudencia (entre otras muchas, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, 21 de diciembre de 2002 y 16 de mayo de 2005) que remarca que la prestación del servicio de asistencia sanitaria es de medios y no de resultados; se trata de prestar la debida asistencia médica, no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. No hay, por ello, obligación de asegurar la salud de los enfermos, sino la de procurar por todos los medios su restablecimiento, pues la salud humana no es algo de que se pueda disponer y otorgar. No se trata, en suma, de un deber de resultado, sino de una obligación de medios. Por ello, cuando del servicio sanitario se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir sobre la existencia o no de responsabilidad ya que, aun cuando las secuelas padecidas tengan su causa en una intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante un daño que no constituye lesión por no ser aquél antijurídico, conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la LRJPAC.

Esta doctrina admite, es cierto, una matización en función de la apuntada distinción entre medicina curativa y medicina satisfactiva, que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, consiste «a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención». Esta distinción, en el campo de la cirugía, ha permitido diferenciar entre una «cirugía asistencial» que identificaría la prestación del profesional con lo que, en el ámbito del Derecho privado, se asocia con la «locatio operarum» y una «cirugía satisfactiva» (a la que pertenecerían las operaciones de cirugía estética)

que la identificaría, en el mismo terreno de las relaciones entre particulares, con la «locatio operis» esto es, con el reconocimiento del plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso (vg. STS de 11 de febrero de 1997).

Ahora bien, **la distinción entre medicina curativa y satisfactiva no hace desaparecer la aplicación a ésta del artículo 141.1 LRJPAC** —cuyo sentido y alcance han quedado expuestos— y, en lo que al supuesto analizado se refiere, resulta de plena aplicación a una intervención de reducción mamaria que, como sucede con **todas las técnicas médicas empleadas, carece de una eficacia absoluta, presentando siempre, al margen de su correcta aplicación, un determinado índice de fracasos o complicaciones, pues el estado actual de la ciencia médica no está en condiciones de evitar** (tal y como advera la identificación previa de las complicaciones posibles) **la materialización de determinados riesgos.**

Lamentablemente, eso es lo que sucedió en el caso analizado, en el que la operación proyectada se realizó de acuerdo con la lex artis ad hoc, previa explicación a la paciente de los pormenores y riesgos de aquélla, entre los que se encontraba el que finalmente se materializó, sin que dicho resultado negativo se produjera —incluso atendiendo a las exigencias de la medicina satisfactiva que fundamenta su reclamación— por incumplimento del contrato «locatio operis» en lo atinente a la ejecución de la operación, ni en la insuficiente información previa de los riesgos que aquélla comportaba.

En cuanto al alegato referido a la concurrencia de un **daño desproporcionado,** en virtud de lo hasta aquí razonado no otorga válido fundamento a la pretensión, pues, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que viene aplicando dicho criterio (entre otras, SSTS 8 de septiembre de 1998, 22 de mayo de 1998 o 9 de diciembre de 1998, en la que se acude a la regla res ipsa loquitur «la cosa habla por sí sola»), **carece de aquél carácter el daño producido** —como aquí sucede— **sin infracción de la lex artis ad hoc y que se subsume en uno de los riesgos específicos y usuales de la concreta operación realizada.**

DCJA 169/2009 pár. 27 a 33

En el caso que se nos plantea no consta en el expediente formulario específico o documento que acredite que se haya prestado el **consentimiento informado** con el contenido y alcance dispuestos en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), vigente en el momento en que recibió la asistencia médica N.Q.P. (afectada posteriormente por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Recae, por ello, en la Administración la carga probatoria para demostrar que la información y el consentimiento

han tenido lugar en alguna de las formas admitidas: verbal o escrita, tácita, implícita o presunta, con las precisiones jurisprudenciales que las caracterizan. Hay que insistir, a ese respecto, en que no está excluida la información verbal (como recuerda la STSJPV de 14 de octubre de 2005 —JUR 2006\59521—).

El cirujano cardiovascular que intervino a N.Q.P. informó en julio de 1995 que había comentado ampliamente a los padres el posible sufrimiento cerebral que se podía llegar a producir con el tratamiento quirúrgico, con carácter previo a la primera intervención, durante la entrevista informativa que mantuvo con ellos durante casi media hora, lo que hace presumir que eran conocedores del riesgo y lo asumían al consentir que la intervención se llevara a cabo. Sin embargo, los padres de la paciente sostienen que no existió información previa alguna sobre el tratamiento médico y quirúrgico a aplicar a la niña, en relación con las intervenciones.

Para valorar el consentimiento informado en el supuesto sometido a consulta hay que tener en cuenta las circunstancias concurrentes que ponen de manifiesto lo que jurisprudencialmente se conoce como **«signos inequívocos»**, compatibles con la aceptación de que los padres disponían de la información precisa para consentir la realización de la intervención: (i) la menor padecía desde su nacimiento —once meses antes a que las intervenciones quirúrgicas le fueran practicadas— una dolencia crónica, a la que se le asocian riesgos graves; (ii) por esa dolencia había sido controlada y asistida en otro hospital de Pamplona, de donde se le había derivado al Hospital de … con el fin último de obtener un tratamiento reparador; (iii) según lo documentado en el expediente no hay alternativa a la intervención quirúrgica para la corrección de la Tetralogía de Fallot, cuadro que no permite otra opción curativa, siendo ineludible la cirugía practicada, considerando, además, la frecuencia de las crisis hipóxicas que sufrió la menor en los días anteriores a la cirugía.

Por ello, esta Comisión **entiende que la dolencia y su tratamiento no le eran desconocidos a los reclamantes**, ya que habían acudido voluntariamente a ese hospital para que se le dispensara la asistencia requerida. **Resulta difícil admitir que en una situación semejante, dado el carácter crónico de la dolencia, con elección voluntaria por los padres, y a su costa, del centro sanitario en el que su hija había de ser tratada** —al que acuden nuevamente en el año 2007 para recibir tratamiento quirúrgico cardiaco ante una nueva dolencia de N.Q.P.—, **no se produzca la comunicación requerida con el equipo médico que la atiende y con el cirujano que va a intervenirla, y el flujo de información precisa para prestar el consentimiento a las actuaciones médicas correspondientes.** Tales signos concurrentes hacen verosímil a esta Comisión la versión ofrecida en su informe por el cirujano, en cuanto al traslado a los padres de las circunstancias y riesgos concernientes a la intervención.

Pero, además, a mayor abundamiento, y desde otra perspectiva del análisis jurídico de la cuestión suscitada, no puede obviarse que, aunque el defecto del consenti-

miento informado se considera como incumplimiento de la lex artis y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, la imputabilidad a la Administración requiere, sin embargo, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que se haya ocasionado un resultado lesivo vinculado causalmente a las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado, es decir, que se produzca una materialización de un riesgo previsible anudado a la actuación médica, de cuyo conocimiento y opción de aceptación se ha privado al paciente (entre otras, STS de 10 de febrero de 2009 —RJ 2009\970—, que recuerda la de 11 de junio de 2008 —RJ 2008\1349—, la de 1 de febrero de 2008 —RJ 2008\1349—, que recuerda la de 23 de octubre de 2007 —JUR 2007\334280—, la de 13 de julio de 2007 —RJ 2007\6862— que recuerda la de 26 de marzo de 2002 —RJ 2002\3956—, que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina, o la de 26 de febrero de 2004 —RJ 2004, 3889—). En palabras del Tribunal Supremo: «Obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado».

En el caso examinado, en cambio, según hemos expuesto, la parte reclamante no ha acreditado que las lesiones cerebrales de N.Q.P. tuvieran como causa la actuación sanitaria, que se ha revelado, según lo instruido, ajustada a la lex artis; siendo así que el resultado lesivo neurológico manifestado, si bien es uno de los riesgos asociados a la intervención quirúrgica de que fue objeto aquélla, también se presenta como uno de los más habituales de las crisis hipóxicas padecidas por aquélla y vinculadas a la patología que le afectaba, que se manifestaron con frecuencia en los días de ingreso hospitalario determinando el carácter preferente de la operación.

DCJA 170/2009 pár. 42 a 47

Frente a la pretensión de la reclamante, la propuesta de resolución señala que el paciente había prestado su consentimiento para la intervención y consta documentalmente que fue informado sobre las complicaciones de la misma, entre ellas, expresamente, la infección del implante que obliga a la extracción de los componentes si el tratamiento antibiótico fracasa. Informándole al mismo tiempo que toda intervención quirúrgica, tanto por la técnica operatoria, como por la situación vital de cada paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad...) lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, tanto médicos como quirúrgicos, así como un mínimo de porcentaje de mortalidad.

Considera, en definitiva, que la firma del consentimiento informado implica el deber jurídico de soportar el daño. Apreciación que no puede aceptarse con carácter general, pues, de lo contrario, el consentimiento informado podría utilizarse como instrumento para hurtar el juego del instituto de la responsabili-

dad patrimonial. La falta de consentimiento informado o sus deficiencias, en tanto que supuestos de mala praxis, guardan conexión con la relación de causalidad, pero no con la antijuricidad.

DCJA 212/2009 pár. 39 a 40

Ahora bien, según el informe de la Inspección Médica, todas las complicaciones sufridas por la reclamante estaban incorporadas como posibles en el consentimiento informado que la paciente firmó antes de la intervención, lo cual es rechazado por la reclamante en sus alegaciones.

Y lo cierto es que entre las probables o posibles complicaciones incluidas en el documento de consentimiento informado, firmado tanto por el facultativo como por el paciente el día 10 de abril de 2007, no encontramos ninguna referencia específica al prolapso de trompa (sólo a los prolapsos de cúpula vaginal), ni a las fimbrias tubáricas, de manera que hemos de coincidir con la reclamante en que la información sobre esa posible complicación no fue recogida en la hoja de consentimiento informado.

[...]

En este contexto, debe recordarse que **la reclamante fue informada de forma clara y concisa sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, a través de un formulario específicamente realizado para histerectomías y, pese a que no señalaba expresamente entre las posibles complicaciones el prolapso de trompa, tampoco de ahí puede derivarse que la información recibida por la paciente haya sido deficiente, ni que esa carencia haya impedido a ésta decidir libre y conscientemente sobre la ejecución de la intervención, ya que la complicación sufrida presenta una gravedad y frecuencia similar, o incluso inferior, a que aquellas otras que sí están expresamente recogidas en el formulario.**

Igualmente, debemos apreciar que el formulario informativo utilizado fue el propuesto por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, e incluye las complicaciones más comunes y conocidas conforme al estado actual de la ciencia, lo cual, desgraciadamente, no garantiza la exclusión de cualquier riesgo sobre otras posibles pero infrecuentes complicaciones menos estudiadas o conocidas.

De ahí que tampoco podamos compartir la existencia de una mala praxis derivada de la falta de consentimiento informado, pues entendemos que la información facilitada fue correcta, leal y veraz, de manera que la reclamante dispuso de datos suficientes como para conformar su consentimiento a la intervención.

DCJA 34/2009 pár. 48 a 58

La reclamante vincula, sin más, su padecimiento actual con la intervención quirúrgica, y establece el razonamiento de que, puesto que el problema que la intervención había de atajar subsiste, incluso en forma más dolorosa, la Administración sanitaria ha de responder de los daños y perjuicios irrogados.

Tal postura obvia que la obligación de los profesionales sanitarios es la de prestar la debida asistencia y no la de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo (la actividad médica es de medios, y no de resultados). La cuestión no se centra en la realidad del daño ni si éste deriva de la operación, sino en el más concreto dato de si resulta de una mala praxis durante dicha intervención. Como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de octubre de 2002, «el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico».

Lo que se ha producido en el presente caso es un mal resultado de una intervención quirúrgica practicada correctamente conforme a la técnica explicada y asumida por la reclamante —así se documenta en el expediente—, pero que ha concretado finalmente un riesgo derivado de la misma, tal y como se informaba en el documento de consentimiento que aquélla suscribió el 12 de diciembre de 2006 —no el mismo día de la intervención como opone la paciente—, con tiempo suficiente, hasta el día de la práctica de la operación quirúrgica, para asimilar y considerar, en su caso, los datos que le habían sido facilitados.

Ha de recordarse que con el consentimiento informado se trata de informar de modo comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, de modo que se traslade al paciente la decisión sobre la elección o rechazo de una determinada terapia en atención a sus riesgos y beneficios.

La jurisprudencia ha matizado (STS de 4 de abril de 2000) que una información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el paciente, por lo que es preciso interpretar en términos razonables un precepto legal (artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad) que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica —no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión—.

En el presente caso, **el consentimiento se ha producido dentro de los márgenes acotados legal y jurisprudencialmente**, y se ha materializado en la suscripción de la hoja de consentimiento informado por la reclamante más de un mes antes de que se llevara a efecto la operación quirúrgica. En esa hoja se explica en qué consiste la intervención, y se detallan sus posibles complicaciones de una manera exhaustiva,

entre las que se incluyen las que finalmente se concretaron, especialmente, la recidiva de la deformidad, vinculada a otras manifestadas. **Los riesgos de la intervención fueron, por tanto, asumidos por la reclamante,** que era conocedora de las posibles complicaciones, expuestas en la hoja citada.

DCJA 66/2009 pár. 45 a 50

E) Urbanismo

Por su parte, la Sentencia de 29 de diciembre de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Donostia-San Sebastián n.º …, tras examinar los argumentos municipales —básicamente, los esgrimidos en los dos informes municipales citados— señala que «… el Ayuntamiento parte de una premisa que, a este Juzgador, se le antoja equivocada: considera que la actividad de Tanatorio ha de ser considerara como «actividad industrial», y se apoya para dicha afirmación en una reiterada jurisprudencia de la Sala tercera del tribunal Supremo. Pero olvida, que la jurisprudencia que cita, califica como «actividad industrial», la actividad de «Tanatorio con crematorio», y esto se entiende así, porque prima en tal calificación la naturaleza evidentemente industrial de la existencia de un crematorio. Pero no existe jurisprudencia, al menos este Juzgador no la conoce, ni las partes han aportado ningún dato sobre ello, que califique la actividad de «Tanatorio sin crematorio», como una actividad industrial»; razonamiento que apoya en la relación de actividades exentas del Decreto 165/1999, de 9 de marzo, entre las que figura la de tanatorio sin crematorio, así como en el contenido de la propia página Web del Ayuntamiento. La citada argumentación se cierra advirtiendo que, incluso de admitir a efectos dialécticos que pudiera existir una infracción de la normativa urbanística, es evidente que no puede ser calificada de «manifiestamente grave» ya que no contraviene de forma patente y notoria la normativa de aplicación, recordando que la apreciación de tales infracciones impide acudir a la analogía o a intrincados y prolijos razonamientos jurídicos, debiendo bastar el simple enfrentamiento del acto con el literal de las normas que se presumen incumplidas.

La Sentencia de 1 de junio de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV, sin necesidad de añadir nuevos razonamientos jurídicos, confirma la indebida utilización de la vía reservada para las infracciones urbanísticas manifiestamente graves, por no ser el supuesto planteado reconducible a dicha categoría y considera correcto el criterio de la sentencia de instancia: la actividad de tanatorio sin crematorio no es una actividad industrial (recordando que así lo había sostenido la propia Sala, en sentencia de 21 de junio de 2006).

A los efectos de nuestro examen, cabe precisar que la anulación judicial de la actuación municipal se declara por considerar que, en el caso planteado, objetivamente no había problemas aplicativos derivados de una deficiente predetermina-

ción de la normativa aplicable que abriese para la Administración un margen de apreciación para adoptar la solución del caso. Ambas sentencias, por el contrario, resultan concluyentes al negar tanto la procedencia del cauce suspensivo activado, como la incertidumbre sobre el régimen aplicable a la actividad de tanatorio sin crematorio.

El Ayuntamiento, tras dicha sentencia del TSJPV, no inicia ningún otro procedimiento para depurar, en su caso, otras posibles infracciones (no manifiestamente graves) de las licencias, de tal suerte que, tras el último de los pronunciamientos, la empresa reclamante resulta titular de una licencia para instalar la actividad de tanatorio sin crematorio y reiniciar las obras, con el mismo proyecto y en el mismo emplazamiento que el inicialmente autorizado.

En el examen de la situación jurídica de la empresa reclamante, conforme a la doctrina descrita, del expediente se extrae que aquélla, tras formular una consulta urbanística —que el Ayuntamiento contestó favorablemente—, presenta la documentación necesaria y obtiene —tras la tramitación de los procedimientos que la Administración estimó adecuados— las licencias de actividad (por ser la de tanatorio sin crematorio una actividad exenta) y de obras menores (para acondicionar el local a fin de implantar dicha actividad).

Titular legítima de dichas licencias, la empresa incorpora a su patrimonio jurídico el derecho a implantar la actividad y realizar las obras, de acuerdo con lo autorizado; derecho sobre el que se proyecta tanto la inicial suspensión cautelar —adoptada el 24 de enero—, como la definitiva suspensión municipal —acordada el 3 de marzo— utilizando el cauce especial del artículo 186 de la Ley del Suelo de 1976.

Paralizadas las obras, la empresa mantiene la defensa de la legalidad de las licencias concedidas; primero, en vía administrativa (contestando lo alegado por los vecinos) y, posteriormente, en los procesos contencioso-administrativos. Mientras éstos se sustancian, presenta una nueva solicitud de licencia de actividad, acomodándola a la objeción de la superficie suscitada por el informe municipal de 21 de febrero de 2006; solicitud que ve finalmente denegada en base al informe municipal de 3 de julio de 2006 que aprecia incompatibilidad entre el uso autorizado y las normas aplicables.

El examen ponderado del procedimiento de concesión de las licencias, los informes técnicos municipales que motivaron la suspensión de sus efectos, el fundamento de las dos sentencias que revisaron dicha actuación cuyo fallo anulatorio fue asumido por el Ayuntamiento, así como la posición jurídica de la empresa reclamante, permite a la Comisión concluir que, en este caso, **dicha empresa no tenía la obligación jurídica de soportar los daños y perjuicios causados por la suspensión de los efectos de las licencias inicialmente concedidas, ya que no cabe estimar que la Administración municipal ejercitara, en el caso, de manera razonable y razonada las facultades que el ordenamiento jurídico le atribuye para**

el dictado de los actos administrativos que concretan sus facultades de intervención en la actividad de los particulares por mor de la normas urbanísticas, pues ni el supuesto era reconducible a la categoría de las infracciones urbanísticas manifiestamente graves, ni concurría incertidumbre jurídica sobre el régimen aplicable para autorizar una actividad de tanatorio sin crematorio, en el municipio de Donostia-San Sebastián y en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

DCJA 106/2009 pár. 51 a 58

CAPÍTULO IX

REVISIÓN DE OFICIO

1. ÁMBITO DE LA POTESTAD REVISORA

El interesado solicita la revisión de la liquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IVTNU) n.º …, correspondiente a la transmisión al Ayuntamiento, mediante expropiación forzosa, de unos terrenos propiedad de la mercantil P.I.U., S.L., en el Sector … del polígono de … del Plan General de Ordenación Urbana.

Alega, en resumen, que mientras el devengo del impuesto se produjo, según el propio Ayuntamiento, el 1 de octubre de 2002, los valores catastrales utilizados para su cuantificación fueron determinados y notificados con posterioridad a esa fecha, pues éstos fueron el resultado de la ponencia de valores aprobada por Acuerdo de Consejo de Diputados 793/2004, de 7 de octubre, publicado en el *BOTHA* de 25 de octubre de 2004.

En principio, es criterio reiterado por esta Comisión que **los errores de derecho que pueden afectar a la actuación de la Administración han de hacerse valer a través de los pertinentes recursos administrativos.** Junto a ellos, se encuentran los procedimientos de revisión de oficio, a los que también pueden acceder e incluso ser instados, en ciertos casos, por el interesado. La diferencia entre ambas vías viene dada por el carácter extraordinario y especial de esta segunda vía, cuyas normas deben ser interpretadas con carácter restrictivo por estar en juego el principio de seguridad jurídica al implicar un nuevo debate sobre actos administrativos, pero fuera de los plazos preclusivo normales cuyo transcurso los convierte en firmes.

En el ámbito tributario, esta doctrina tiene aun mayor virtualidad si cabe, así como un desarrollo propio en el ámbito de la devolución de ingresos indebidos,

de **manera que cuando el contribuyente ha consentido formalmente una liquidación tributaria, por no haber utilizado en su momento el derecho a impugnar que se le ha indicado conforme a la ley, resulta improcedente**, frente a la indudable firmeza del acto tributario, **pretender después la devolución de lo abonado como pago de tal exacción con fundamento en que se trata de un ingreso indebido**. Ahora bien, también en este ámbito, cuando ese premisorio error de derecho sea calificable de nulidad de pleno derecho, la acción impugnatoria y declarativa de la consecuente invalidez del acto causante del mismo es ejercitable siempre (por todas, STS de 16 de mayo de 2001, RJ 2001,5371).

DCJA 140/2009 pár. 25 a 28

La Ley quiere que se trate de actos definitivos en vía administrativa bien porque ponen fin a la susodicha vía (artículo 109 LRJPAC y artículo 52.2 LBRL) bien porque, siendo susceptibles de recurso administrativo (artículo 107 LRJPAC), no han sido impugnados. La idea es que el acto no pueda ser sometido a revisión por el cauce ordinario, que no es otro que el recurso administrativo.

Existía una línea interpretativa que defendía que cuando el acto estuviera sometido a enjuiciamiento por los Tribunales no podía sustanciarse un procedimiento de revisión contra ese mismo acto. **La Comisión consideró (DDCJA 63/2000 y 52/2005), que, en general, no es causa obstativa que el acto sea objeto de enjuiciamiento por los Tribunales, habiendo descartado que pueda existir algún tipo de litispendencia; otra cosa sería que estemos ante una cosa juzgada. Aunque no ha excluido que la pendencia judicial pueda ser tomada en consideración para justificar, desde una perspectiva de oportunidad y atendidas las circunstancias del caso concreto, la no iniciación o el abandono de la vía administrativa de revisión.**

Esta interpretación también ha sido acogida por otros órganos consultivos (vgr. Dictamen del Consejo de Estado de 7 de abril de 2005, n.º 350/2005), y el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de julio de 2003 (RJ 2003\6048), ha avanzado, al examinar un supuesto de simultaneidad de procedimientos y de litispendencia, en relación con los efectos que se derivan para el procedimiento revisorio en vía administrativa de una hipotética situación de cosa juzgada, que:

> Ese límite derivado de la institución de la cosa juzgada operaría cuando ya se hubiera accionado en la vía administrativa o judicial, frente a esos actos administrativos iniciales potencialmente incursos en causa de nulidad de pleno derecho y, en relación a esa impugnación (por razón de nulidad de pleno derecho), se hubiera dictado, decidiéndola, una resolución administrativa o judicial que hubiera adquirido firmeza (FJ 6).

En este caso, no vemos que exista un obstáculo para la revisión del acto, sin que lo sea, como alegan los interesados, el hecho de que el acto sea objeto de recurso

contencioso-administrativo, seguido mediante el procedimiento ordinario n.º …, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º …/08 de Bilbao, interpuesto por los copropietarios para que la Administración lo ejecute.

Es importante precisar que el mismo se sigue al amparo del artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), siendo el objeto de recurso la inactividad de la Administración, y su finalidad que la Administración sea condenada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, cuando estuviere obligada en «virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo».

En ese marco de enjuiciamiento, el órgano jurisdiccional se ha de limitar a constatar que existe un acto que reconoce un derecho y una obligación incumplida, sin que pueda entrar a analizar la legalidad del acto para, en su caso, declararlo no conforme a derecho, ya que de lo contrario incurriría en incongruencia, pues ha de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición —artículo 33.1 LJCA—.

En este tipo de procesos, ni siquiera se puede hablar como hipótesis de una litispendencia con un procedimiento de revisión por nulidad de pleno derecho, ya que **la litispendencia, como ya hemos dicho, en sentido técnico, aparece como una situación procesal vinculada a la noción de cosa juzgada, que requiere la existencia de un proceso abierto con identidad de pretensiones por las partes, de fundamentos jurídicos y de objeto. Sin identidad de pretensiones como sucede —allí que se ejecute el acto, aquí que se declare su nulidad de pleno derecho—, no hay litispendencia.**

Además, el ejercicio de la potestad administrativa revisoria no hace perder a los Tribunales su posición de garante de los derechos de los ciudadanos, ya que la decisión administrativa, sea del tenor que sea, no excluye la jurisdicción del Tribunal en el proceso concreto que se sigue respecto del acto objeto del procedimiento administrativo revisorio.

Trasladando los expresados criterios al caso presente la Comisión entiende que no existen razones ni fundamentos jurídicos suficientes para impedir el ejercicio de la potestad administrativa de revisión de oficio.

DCJA 150/2009 pár. 23 a 31

2. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO

A este respecto, deben ser rechazadas la razones que aducen los sucesores de la compañía S contrarias a la **equidad de la revisión**, como el transcurso de 6 años

desde la firma del convenio, cuando los créditos y obligaciones de la Hacienda pública prescriben a los cuatro años, el mismo período que establece la ley para la ejecución del planeamiento parcial, a falta de otros plazos en el planeamiento; el cumplimiento de la obligación de desistir del procedimiento judicial instado para la anulación de la clasificación como urbanizable del suelo ocupado por la empresa, así como del adelanto del 50% del valor de las cargas imputables a la misma, y la inexistencia de los cálculos tenidos en cuenta para la cuantificación de las obligaciones recogidas en el convenio.

El **transcurso de seis años entre la firma del convenio que se analiza y el acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión del mismo** ha sido explicado por la Corporación municipal, en la propuesta de resolución, por la circunstancia de que es ahora cuando se han iniciado las obras de urbanización, encontrándose con un supuesto de nulidad radical. Parece, pues, que es ahora cuando se ha tenido conocimiento de la magnitud de las repercusiones económicas reales del convenio para el Ayuntamiento.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que los actos nulos de pleno derecho no prescriben nunca (STS 16-12-97, RJ/1998/25) y que, **siendo el plazo para la declaración de lesividad de los actos meramente anulables el de cuatro años, según el artículo 103.2 LRJPAC, el transcurso de seis años para la revisión de un acto nulo no puede considerarse excesivo, dado el superior interés de eliminar del ámbito jurídico los actos radicalmente nulos.**

DCJA 39/2009 pár. 32 a 34

Por lo que a la seguridad jurídica se refiere, el **transcurso de más de diez años desde el momento en que se otorgó la licencia de construcción** resulta una circunstancia de gran relevancia para valorar la equidad de la medida, debiendo merecer también consideración el silencio que guarda el Acuerdo de inicio del expediente de revisión acerca de la razón por la que el Ayuntamiento haya dejado pasar tan largo tiempo para restaurar la legalidad.

Resulta también de capital importancia para decidir la cuestión planteada analizar la existencia o no de intención o ánimo fraudulento en la actuación, tanto del personal de la Administración como de los particulares interesados en la autorización de la licencia de construcción. Esto es, la fe con que procedieron unos y otros.

A este respecto, sorprende en sentido negativo el informe favorable a la concesión de la licencia del Arquitecto Técnico asesor del Ayuntamiento, cuando escasos meses antes se había recibido en el Ayuntamiento informe del Departamento de Urbanismo de la Diputación Foral en el que se advertía de la prohibición establecida en las DOT para la construcción en suelo no urbanizable de viviendas no vinculadas a explotaciones agrarias o ganaderas.

No existe, por otra parte, documentación relativa al Acuerdo adoptado, en su caso, por el Ayuntamiento en relación con la licencia solicitada por don M.B.I., que fue informado por la Diputación Foral advirtiendo que en suelo no urbanizable la nueva normativa no permitía la construcción de viviendas no vinculadas a explotaciones agroganaderas.

De la sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento celebrada el día 16 de julio de 1998 para, entre otros asuntos, ratificar las licencias concedidas por la Alcaldía, entre las que figuraba la que concierne al presente dictamen, no se deduce, sin embargo, que la Corporación se planteara cuestión alguna sobre la necesidad de la vinculación de la vivienda a explotación agraria o ganadera.

Así, parece que la única opinión discordante con la concesión de las licencias se debió a dos concejales de HB que se abstuvieron en relación con la aprobación de las licencias de obras para la construcción de viviendas, manifestando que su postura al respecto quedaba plasmada en el documento que procedieron a leer.

De la intervención transcrita en el apartado de antecedentes se deduce que la abstención en la votación —no voto negativo— de aprobación o ratificación del otorgamiento de licencias de construcción de viviendas se refería a la totalidad de licencias concedidas por la Alcaldía en un determinado período de tiempo, no específicamente a la que es objeto de dictamen, sin que, por otra parte, el motivo del sentido del voto tuviera que ver con la vinculación o no de las viviendas autorizadas a explotaciones agrarias o ganaderas, sino con una particular concepción sobre la regulación que debían recoger las NNSS revisadas sobre construcción de viviendas en terrenos cercanos a caseríos.

En relación con el proceder del solicitante de la licencia, no consta en el expediente que conociera el informe de la Diputación Foral.

Entiende, por tanto, la Comisión que el largo período trascurrido desde la concesión de la licencia de obras, sin que se ofrezca, además, explicación alguna por la tardanza en proceder al restablecimiento de la legalidad, unido a que no puede apreciarse intención defraudatoria de la normativa aplicable en la actuación de los órganos municipales, ni del particular interesado, haría contraria a la equidad la revisión de la citada licencia.

DCJA 88/2009 pár. 33 a 41

Puede, pues, afirmarse la concurrencia del supuesto de nulidad absoluta previsto en el artículo 62.1.g) LRJPAC, en relación con el artículo 19.2 de la Norma Foral 10/2003 y artículo 62.c) LCAP.

Resta analizar las consideraciones que formulan los interesados que, en principio, no cuestionan la existencia de tales infracciones de nulidad de pleno derecho.

En primer lugar, invocan lo dispuesto en el **artículo 110.3 LRJPAC** —«**los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado**»—, para sostener que los vicios que justifican la revisión son debidos al propio Ayuntamiento, por lo que no puede valerse de ellos.

Sin embargo, **tal limitación** se encuentra establecida en un precepto dedicado a los recursos administrativos, por lo que su destinatario no es la Administración cuando revisa de oficio sus propios actos. De otro lado, **se refiere específicamente a los defectos que hagan anulable al acto, defectos que pueden subsanarse con el mero paso del tiempo, no como los que hacen nulo de pleno derecho al acto que son imprescriptibles**.

Pero en cualquier caso, **la aplicabilidad del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* choca frontalmente con el régimen de la revisión de oficio, pues supondría desactivar todos el sistema de los artículos 102 y 103 LRJPAC.**

En suma, cuando el principio figura en el derecho positivo queda recogido en el ámbito de los recursos administrativos que pueden interponer los interesados; cuando el legislador habla de anulable, lo hace con pleno conocimiento de causa, restringiéndolo a los vicios invalindantes que no sean calificables como vicios de pleno derecho, y; por último, no se ha previsto que juegue en la revisión de oficio, porque de lo contrario resultaría inoperante el entero régimen jurídico-administrativo de la nulidad de pleno derecho, de la revisión de oficio y del recurso de lesividad.

DCJA 150/2009 pár. 63 a 68

Dicho esto, **y sin negar la buena fe de los propietarios de tales elementos, entendemos que ésta no resulta obstativa hasta el punto de que impida la revisión del acto por las causas señaladas, ya que son preponderantes los intereses generales de los vecinos que defiende el municipio, no sólo porque no ha participado el Pleno en una decisión económica de gran envergadura para el municipio, sino porque resulta gravemente lesiva para las arcas municipales, ya que obliga a hacer un importante esfuerzo económico, sin que el Ayuntamiento tenga los recursos necesarios para hacer frente al compromiso asumido.**

En el amplio contexto en el que debe ser juzgado el acto, no hay que olvidar que la Sentencia estima el recurso de lesividad interpuesto por el Ayuntamiento de Ibarrangelu contra «actos favorables» para los interesados, que de esa forma se han visto privados de los derechos edificatorios concedidos por las licencias anuladas, al patrimonializarlos de forma indebida en contra de la legislación urbanística aplicable.

De materializarse la compraventa, los particulares obtendrían un rendimiento económico —a costa de un empobrecimiento del Ayuntamiento— de elementos que, en realidad, carecen de valor alguno al tener que ser destruidos.

Resta añadir que la Sentencia de 30 de septiembre de 2003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no estimó aplicables los límites del artículo 106 LRJPAC, para anular por vía de lesividad las licencias de obras concedidas, pese a que los copropietarios del conjunto residencial invocaron la buena fe y equidad.

Aunque los acuerdos fueron adoptados treinta años antes, las potestades revisorias que actuaba el Ayuntamiento lo eran en ejecución de una Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1979 a la que, tras reconocerse la existencia de una infracción urbanística, se daba así debido cumplimiento.

Queremos con ello señalar que **la situación de los propietarios durante todos esos años no era pacífica ni, por tanto, podían legítimamente invocar el amparo de una confianza legítima a que no fueran inquietados en el disfrute de sus derechos.**

Si eso era así respecto a los actos de concesión de las licencias, con menor motivo aún podrían entender y defender con éxito que el Decreto de Alcaldía de 12 de mayo de 2006 ha podido generar, en tan corto periodo de tiempo, la legítima creencia de que había producido una situación plenamente consolidada.

DCJA 150/2009 pár. 69 a 84

3. ANÁLISIS DE LAS CAUSAS DE NULIDAD

A) Art. 62.1.b) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio

Por tanto, procede analizar ahora si el acto de adjudicación incurre en las causas de nulidad de pleno derecho esgrimidas por la Corporación consultante, que estima que lo es, de un lado, al amparo de la letra b) del artículo 62.1 de la LRJPAC, al haber sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, y, también, conforme a lo dispuesto en la letra g) del artículo 62.1 de la LRJPAC, esto es, cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

Para dilucidar la primera cuestión, debemos acudir al régimen de atribuciones dispuesto por el artículo 21 y 22 de la LBRL, al que se remite también el artículo 113.1 TRRL, de suerte que el Alcalde es el competente para las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, los seis millones de euros incluidas las de carácter plurianual, cuando su duración no sea superior a cuatro

años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada —artículo 21.1.ñ)—, mientras que **al Pleno le corresponden las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto** y, en cualquier caso, los seis millones de euros, así como los contratos y concesiones plurianuales cuando su duración sea superior a cuatro años y los plurianuales de menor duración cuando el importe acumulado de todas sus anualidades supere el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio y, en todo caso, cuando sea superior a la cuantía señalada en esta letra —artículo 22.2.n)—

Una vez constatado que el importe del contrato adjudicado es de 150.253 euros y que los recursos ordinarios del presupuesto municipal alcanzan la suma de 1.247.950 euros (certificaciones emitidas por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento), **es obvio que debía ser el Pleno municipal el que lo adjudicara, al ser superior a los 127.759 euros que marcan el límite de las atribuciones del Alcalde de Ibarrangelu.**

No obstante la línea restrictiva que debe presidir la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho, pues es la anulabilidad la regla general en materia de actos administrativos, siendo la nulidad radical la excepción, el supuesto se subsume en los contemplados en la referida causa de nulidad.

En efecto, el vicio de nulidad radical de la letra b) del artículo 62.1. LRJPAC comprende la incompetencia material o territorial y no jerárquica. Esta exclusión, como es sabido, se circunscribe a las incompetencias por razón de la jerarquía o grado que, de acuerdo con el artículo 67.3 LRJPAC, pueden ser convalidadas por el órgano competente que sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

El caso suscitado es reconducible a la incompetencia material que, de acuerdo con la norma legal, exige un plus, ya que no basta la eventual incompetencia por razón de la materia sino que para que concurra la nulidad radical ha de tratarse de una «manifiesta incompetencia», expresión que la doctrina jurisprudencial, dentro de la casuística que la interpretación del concepto jurídico indeterminado «manifiesta» ha generado, ha identificado con la vulneración de determinaciones competenciales expresas, claras y específicas.

Por tanto, el Decreto del Alcalde de 9 de junio de 1999, emana de un órgano que carecía de la competencia material necesaria para su dictado.

Y resulta trasladable una jurisprudencia reiterada (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1996-Ar. 4305, 9 de diciembre de 1999-Ar. 9536, o las mas recientes de 24 de junio de 2004-Ar. 4985 y 16 de diciembre de 2004-Ar. 594/2005) que, atendidas las diferencias entre la Alcaldía y el Pleno, órganos plenamente diferenciados por las le-

yes y reglamentos de régimen local, con competencias —por razón de la materia— propias, peculiares y distintas, concluye que los actos dictados por el Alcalde en ejercicio de competencias atribuidas al Pleno merecen la calificación de nulidad de pleno derecho.

Ciertamente, esta doctrina señala la posible ratificación por el Pleno de la actuación del Alcalde, pero destacando que no se trata de una convalidación, sino de la asunción como propio del acto del Alcalde, de modo que la autoría del Pleno queda así realizada.

Tal posibilidad sólo es aplicable cuando el Pleno tiene la voluntad de asumir como propio lo actuado por el Alcalde, mientras que no cabe en el caso contrario, cuando —como aquí sucede— el Pleno no quiere ratificar el acto del Alcalde, sino precisamente revisarlo de oficio.

La relevancia de la incompetencia, su gravedad, se aprecia también si se tiene en cuenta que mediante esa salvaguarda se pretende preservar a las competencias del Pleno, aquellos contratos que por su elevado montante, el legislador ha considerado deben ser adoptados por el órgano integrado por todos los concejales, en el que están representados el conjunto de los ciudadanos del municipio.

En razón de lo expuesto, es obvio que **un órgano unipersonal, el Alcalde, no puede disponer de las facultades de un órgano pluripersonal, el Pleno, porque eso implica que en la adjudicación del contrato no han intervenido ni han participado en la formación de la voluntad colectiva todos los corporativos del municipio que son miembros del mismo**.

DCJA 150/2009 pár. 41 a 52

B) Art. 62.1.d) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta

Ante todo, debe precisarse que la declaración de apto en las pruebas de acreditación del perfil lingüístico y su correspondiente acto de inscripción son un caso paradigmático para la aplicación del concepto clásico de actos declarativos de derechos, pues por su efecto el interesado vio incrementado su patrimonio jurídico.

Cuando los actos administrativos revisten dicha característica, su revisión de oficio a fin de anularlos o declararlos nulos de pleno derecho queda supeditada al cumplimiento de un doble orden de requisitos: los de tipo procedimental antes reseñados, entre los que el dictamen de este órgano consultivo desempeña un papel primordial,

y los de tipo material, referidos a la concurrencia de un vicio de nulidad o de anulabilidad cualificada, cuya relevancia o entidad legitima a la Administración para el ejercicio de la potestad revisora.

La pretendida revisión de oficio se basa en que el acto objeto de la misma adolece del vicio de nulidad de pleno derecho previsto en el artículo 62.1.d) de la LRJPAC, conforme al que son nulos los actos «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta», aportándose al expediente la **Sentencia** n.º …/09, de 21 de enero de 2009, de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, **por la que se condena a don C.L.D. como autor de un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular y como autor de un delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionario público.**

Los hechos, determinados como **probados en la sentencia, indicaban que la persona que, bajo la identidad de don C.L.D., había acreditado la competencia requerida para la obtención del perfil lingüístico 2** en las pruebas de examen para la provisión de unas plazas de agente municipal en el Ayuntamiento de Bergara, y que realizó el 5 y el 18 de julio de 2005, **no era en realidad don C.L.D**. Por lo tanto, los hechos referidos determinan que, en el registro de acreditaciones de perfiles lingüísticos del IVAP, se constata la acreditación del perfil lingüístico 2 a favor de un candidato que no realizó el examen cuya calificación dio lugar a su inscripción.

En el presente supuesto, **el acto de declaración de apto en las pruebas de acreditación de perfil lingüístico y su correspondiente inscripción**, realizada a favor de don C.L.D., no es constitutivo de delito en sí mismo, pero **en su elaboración ha sido decisivamente determinante la concurrencia de un delito de falsedad en documento oficial.** Así, ha resultado concluyentemente acreditado en el expediente que don C.L.D. incurrió en una conducta penalmente reprochable —fue sancionado por ello por la jurisdicción penal— con el objetivo de obtener un pronunciamiento de la Administración basado en una falsedad, lo que en definitiva supone violentar la voluntad administrativa.

Con la citada conducta consiguió el fin perseguido —la acreditación del perfil lingüístico 2— mediante la declaración de apto y su correspondiente anotación de oficio por parte del IVAP en el registro de acreditaciones de perfiles lingüísticos, que han de considerarse viciadas de nulidad absoluta y que, desde luego, no se hubieran obtenido sin el falseamiento efectuado.

Por lo tanto, como quiera que el acto administrativo que se pretende declarar nulo, aunque no es en sí mismo constitutivo de delito, es un acto que trae causa directa e inmediatamente de un hecho delictivo, queda incluido en el supuesto contemplado en el artículo 62.1.d) LRJPAC.

DCJA 158/2009 pár. 26 a 32

C) Art. 62.1.e) 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 voluntad de los órganos colegiados

En el presente caso la revisión se fundamenta en el vicio de nulidad previsto en el apartado e) del artículo 62.1 LRJPAC, cuya formulación en el ámbito material y territorial que nos ocupa se encuentra en el apartado e) del artículo 224.1 de la NFTA, según el cual son nulos de pleno derecho los actos «que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello [...]».

En torno a este concreto supuesto de nulidad, esta Comisión viene asimismo señalando que dicha causa de nulidad requiere bien un acto cuyo dictado se ha producido con total desconocimiento del procedimiento previsto —en el sentido de que conlleva una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de trámite—, bien una omisión o irregularidad grave que recaiga sobre alguno o algunos de los trámites esenciales en el procedimiento aplicable en el caso (DCJA 104/2006).

Lo alegado por el propio interesado nos permite descartar de plano la primera de esas dos posibilidades, debiendo centrar nuestro análisis en la **posible existencia de una irregularidad grave o sobre un trámite o elemento esencial, como es la utilización, a la hora de fijar la base imponible del impuesto, de valores catastrales determinados y notificados con posterioridad a su devengo**.

Se invoca para ello extracto de Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de diciembre de 2002, RJ 2003/489, en la que se mencionan otras sentencias), de la cual se obtiene una doctrina según la cual las liquidaciones del IVTNU [Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana] que se fundan en valores catastrales que no han sido previamente notificados incurren en vicio de nulidad absoluta o radical.

Pues bien, para ubicar adecuadamente el tema, debe advertirse sobre el hecho de que la Jurisprudencia aludida, así como la doctrina que incorpora, fue desarrollada en el marco de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales (en adelante, LHHLL), y más concretamente de la redacción original de su artículo 108.3, según el cual, en las transmisiones de terrenos, el valor de los mismos en el momento del devengo será el que tenga fijado en dicho momento a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Esta regulación dio lugar, como decimos, a la aludida doctrina jurisprudencial de que eran improcedentes las liquidaciones giradas con base en los valores fijados a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (en adelante IBI) para un ejercicio posterior al devengo, debiendo prevalecer el valor fijado con anterioridad y vigente en la fecha de devengo (SSTS de 19 de enero de 2001, RJ 2001/242; de 13 de junio de

2001 RJ 2001/6722; de 9 de enero de 2003 RJ 2003/2770 y de 15 de julio de 2003 RJ 2003/6190).

La argumentación utilizada se resume así: conforme al artículo 108.3 LHHLL, el valor de los bienes para la fijación de la base imponible del IVTNU es el que tenía fijado en ese momento a efectos del IBI, cuya determinación había de realizarse por los trámites integrantes del procedimiento de determinación de valores catastrales regulada en el artículo 70 de la LHHLL. De la observancia de estos trámites la Jurisprudencia referida solamente excluía a los valores catastrales vigentes para la Contribución Territorial Urbana al 1 de enero de 1990 —aplicables mientras no se determinaban los nuevos valores del IBI—, con las actualizaciones por coeficientes que fueran haciendo las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado. Entre los trámites que habían de observarse para la determinación de los valores catastrales a efectos del IBI estaba —y como regla general lo sigue estando— su notificación individual a los interesados, que, por tener el carácter de garantía tributaria, resultaba insubsanable y, si era omitida, la liquidación radicalmente nula.

La rigurosa aplicación de esta doctrina suscitó no pocos problemas a las entidades locales y podía llevar a resultados absurdos, puesto que las alteraciones de la calificación urbanística de los terrenos no tenían, ni tienen actualmente, un efecto automático en el catastro, de manera que cualquier transmisión de terrenos realizada inmediatamente después de su recalificación como urbanizable —urbano por tanto a efectos del IVTNU— podía encontrarse con el problema que aquí se plantea.

Ahora bien, al margen de la cuestionabilidad de esta doctrina y de los efectos perniciosos que podían derivar de su interpretación rigurosa y generalizada, tras la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, el contexto normativo del régimen común en que se desarrolló la misma fue modificado, introduciéndose dos nuevos párrafos al citado artículo 108.3, párrafos que han mantenido esa nueva redacción, tanto tras la modificación introducida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la LHHLL, como tras la aprobación del Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el nuevo texto refundido de la LHHLL, en su artículo 107.2.

La redacción de la LHHLL vigente en el momento temporal al que se refiere la consulta era la introducida en el artículo 108.3 por la Ley 50/1998, que incluía como decimos dos nuevos párrafos en los siguientes términos: «No obstante, cuando dicho valor sea consecuencia de una Ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con anterioridad, se podrá liquidar provisionalmente este impuesto con arreglo al mismo. En estos casos, en la liquidación definitiva se aplicará el valor de los terrenos obtenido conforme a lo señalado en los apartados 2 y 3 del artículo 71 de esta Ley, referido al momento del devengo. Cuando el terreno, aun siendo de naturaleza urbana en el momento del devengo del impuesto, no tenga fijado valor catastral en dicho momento, el Ayuntamiento podrá practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea fijado.»

Esta modificación resulta determinante a estos efectos, pues con ello, unido a la modificación introducida simultáneamente en los artículos 71 y 75.3 de la Ley 39/1988, referidos al IBI, el legislador rechazó explícitamente la doctrina impuesta hasta ese momento por la Jurisprudencia, y se hizo frente, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de marzo de 2005 (JT2005\692), «a una de las más notorias insuficiencia de la regulación anterior del impuesto, con la voluntad de terminar con los graves perjuicios para la Hacienda Local de las disfunciones temporales en el Catastro.»

Lo fundamental a nuestros efectos es que el régimen resultante admitió la eficacia retroactiva de los valores catastrales en los hechos imponibles producidos a partir del 1 de enero de 1999, así como la consiguiente posibilidad de exaccionar retroactivamente los correspondientes atrasos no prescritos, posibilidad que con anterioridad suscitaba serios problemas. En esta misma línea, también el art. 75.3 LHHLL se modificó, como decimos, para establecer con toda claridad, a efectos del IBI, que la eficacia de las alteraciones de orden físico, económico o jurídico no quedarían supeditadas a la notificación de los actos administrativos correspondientes. El nuevo esquema se completó con la modificación del artículo 77.3 LHHLL en el que se excluyó explícitamente la aplicación en estos supuestos de lo previsto en el artículo 70.4 LHHLL, esto es, la efectividad en el año siguiente al de notificación.

En ese nuevo contexto normativo, el argumento principal y único que sustenta la solicitud de revisión no se mantiene y decae, pues del expediente se deduce que las referencias catastrales que el propio interesado señala que aparecían en la fecha del devengo del impuesto eran referencias que se correspondían con su anterior condición de fincas rústicas, cuando, del propio objeto de la expropiación que dio lugar a la transmisión, se desprende que los citados terrenos tenían a esa fecha la condición de urbanos a efectos catastrales, por estar afectados por un Plan Parcial destinado a ordenar la ampliación un sector industrial en ...

Se produjo así una alteración jurídica de los terrenos, pasando a tener consideración de urbanizables —urbanos a los efectos del IVTNU—, por lo que nos encontraríamos en el supuesto del párrafo tercero del artículo 108.3 de la LHHLL tras su modificación practicada en el año 1998 por la Ley 50/1998, es decir, con un terreno de naturaleza urbana que en el momento del devengo del impuesto no tenía fijado aun el valor catastral correspondiente a su nueva condición, en cuyo caso, el Ayuntamiento puede practicar la liquidación cuando el referido valor catastral sea fijado y, por supuesto, notificado con posterioridad al devengo del impuesto.

Solución que el artículo 108.3 también impone cuando el valor catastral en el momento del devengo esté fijado por referencia a una Ponencia de valores que no refleje modificaciones de planeamiento aprobadas con anterioridad, en cuyo caso prevé que el valor aplicable en la liquidación definitiva del impuesto sea el valor de

los terrenos obtenido —posteriormente se entiende— conforme a lo señalado en los apartados 2 y 3 del artículo 71 de la Ley. O, como se refleja en la redacción actualmente vigente, «el valor de los terrenos una vez se haya obtenido conforme a los procedimientos de valoración colectiva que se instruyan, referido a la fecha del devengo».

Y si bien el anterior análisis esté centrado en el marco jurídico correspondiente al régimen común, tampoco debe variar de resultado por encontrarnos en un municipio de régimen foral pues, aunque la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, reguladora del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, no haya incorporado miméticamente los citados párrafos del artículo 108.3 LHHLL, basta con examinar la evolución sufrida por la Norma 42/1989, de 19 de julio, reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles del Territorio Histórico de Álava —íntimamente conectada a estos efectos con el IVTNU—, para constatar que también su artículo 16.3 fue modificado con esa misma finalidad por el artículo 6.4 de la Norma Foral 14/2001, por la que se modifica la legislación de varios tributos, precisamente para evitar que la eficacia de las variaciones de orden físico, económico o jurídico que se producían en los bienes gravados quedasen supeditada a la notificación de los actos administrativos correspondientes.

Por tanto, al margen de que igualmente pueda defenderse —dada la naturaleza esencialmente valorativa de las normas contempladas en los artículos 71, 75 y 108.3 de la LHHLL, en su redacción dada por la Ley 50/1998— que la corrección practicada por la LHHLL sobre la Jurisprudencia que fundamenta la solicitud de revisión afectó no sólo a la posición de los municipios de Territorio Común sino incluso a los que, como en este caso, se encuentran en Territorio Foral, también en este ámbito la normativa foral ha incorporado esa corrección eliminando la necesidad de notificación previa para la eficacia de las variaciones de orden jurídico o económico a los efectos del IBI y, por efecto de la remisión a este impuesto que realiza el artículo 4.2.a) de la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, sobre el IVTNU, también a los efectos del impuesto que nos ocupa.

En definitiva, **teniendo en cuenta el contexto normativo del momento en que se produjo el devengo del impuesto, la falta de notificación del valor catastral aplicado a la liquidación del IVTNU de manera previa al momento en que se devengó el impuesto no puede ser considerada como un vicio del acto de liquidación cuando los terrenos afectados por la transmisión han sufrido variaciones de orden jurídico o económico que no han sido recogidos por el catastro en ese momento, y siempre que la liquidación se practique de acuerdo con los valores correspondientes a la situación real de los terrenos, una vez adecuado el catastro a la realidad y antes de su prescripción**, y menos aún, dado el carácter excepcional con que debe ser considerado el máximo grado de invalidez de los actos de la Administración, como un supuesto de nulidad de pleno derecho.

DCJA 140/2009 pár. 30 a 47

D) Art. 62.1.f) 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

El acto que se pretende revisar es la adjudicación a doña N.P.-I.A. de una vacante por el turno libre de la categoría Diplomado/a Logopedia del Grupo Profesional de Diplomados Sanitarios de las organizaciones de servicios de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, con destino en el Hospital de …, **así como el nombramiento expedido en su favor como personal estatutario fijo de la categoría de Diplomado Logopedia del Grupo Profesional de Diplomados Sanitarios y la toma de posesión.**

En suma, es requisito para la participación en el proceso selectivo hallarse en posesión de la titulación de Diplomado en Logopedia.

Pues bien, según refiere **el órgano impulsor del procedimiento de revisión, ésta se justifica en que la adquisición del nombramiento o vínculo estatutario de doña N.P.-I.A. nace viciado por la concurrencia de una causa de nulidad, al no ajustarse la titulación presentada por aquella a lo establecido en las bases específicas de la convocatoria.**

Que doña N.P.-I.A. no cumple el requisito de titulación es inobjetable, ya que el único título universitario oficial que ha acreditado que ostenta es el de Licenciado en Filosofía y Ciencias de la Educación (sección Pedagogía), expedido el 18 de julio de 1988, con validez en todo el territorio nacional, que le faculta para disfrutar de los derechos que a éste título otorgan las disposiciones vigentes —aunque también siguió durante los cursos 1988/89 y 1989/90 los estudios ofertados como título propio por la Universidad Complutense de Madrid de Magíster Universitario de Logopedia y le fue expedido el título el 6 de mayo de 1991—.

Ahora bien, procede determinar si estamos ante el supuesto de nulidad de pleno derecho previsto en la letra f) del artículo 62.1 LRJPAC; esto es, ante un acto por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para ello.

Habrá, pues, que examinar si en el presente caso concurre la nulidad invocada, por carecer la aspirante nombrada del titulo de Diplomado en Logopedia. Desde luego, en un primer acercamiento, la convocatoria es muy clara y la falta de titulación es meridiana, lo que abonaría la interpretación que defiende la Administración instructora.

Sin embargo, existen aspectos del caso que exigen reconsiderar esa primera valoración, como se verá a continuación.

Antes que nada se hace preciso advertir que la Comisión no pone en duda la procedencia de la exigibilidad del título, cuestión que no resulta debatida.

De la doctrina constitucional se concluye que el derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido por el artículo 23.2 de la Constitución (CE) no priva al legislador ni a la Administración de un amplio margen de apreciación en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, pero establece límites positivos y negativos a dicha libertad que resultan infranqueables. En positivo, obliga a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, «establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad» (entre otras, SSTC 185/1994, 353/1993 y 363/1993) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribe que la regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas «se haga en términos concretos e individualizados», que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (entre otras, SSTC 185/1994 y 269/1994).

Es obvio que tales límites no han sido sobrepasados, estando plenamente justificada la decisión de exigir el título de Diplomado en Logopeda para el acceso a plazas que llevan aparejada la realización de funciones que corresponden a sus titulados. Al revés, sintoniza perfectamente con la ordenación de las profesiones sanitarias, artículo 2.2.b) y 4.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de profesiones sanitarias (LPS), y con la clasificación del personal estatutario sanitario que prevé el artículo 6 LEMPE.

Como señala la Sentencia de 7 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Jur 2001\236958), «es del todo punto evidente que la base de la convocatoria impugnada no se atisba ninguna infracción legal, pues nada parece más lógico que para la provisión de un plaza de logopeda se exija el título de Diplomado en Logopedia o «cualesquiera otro título de especialidad homologado oficialmente con dicha Diplomatura.»

Ahora bien, **que el título sea exigible no significa necesariamente que el nombramiento expedido a la interesada sea nulo de pleno derecho por carecer ésta de un requisito subjetivo esencial para acceder a la plaza.**

La exigencia de titulación, en este caso, tiene a nuestro juicio un doble significado: de un lado, implica el reconocimiento en el ámbito de la Administración de la posesión de una titulación que habilita para el ejercicio profesional y viene a preservar también esta titulación; y en segundo lugar, acredita la capacidad de la persona a la que se va a asignar la plaza, ya que prueba que reúne los conocimientos y habilidades precisas para desempeñarla.

Para centrar convenientemente la cuestión, es necesario referir cuál ha sido **el devenir de la profesión de Logopeda.**

El tratamiento de los problemas de comunicación no es reciente. Sí lo ha sido, sin embargo, la creación de un título universitario de Diplomado en Logopedia para llevar a cabo satisfactoriamente actividades de prevención, evaluación e intervención en los trastornos del lenguaje, tanto de la población infantil como adulta, lo que no sucedió hasta su creación mediante Real Decreto 1419/1991, de 30 de agosto. La impartición de las enseñanzas, no se inicia, empero, hasta el curso 1992-1993 y solamente en las Universidades Complutense de Madrid y de Valladolid (posteriormente fue extendiéndose paulatinamente y en el curso 2001-2002 eran once las Universidades en las que tales estudios podían cursarse). Obviamente, una vez superados los tres años de la Diplomatura pudieron los primeros alumnos obtener sus títulos oficiales.

De todas formas, ha sido con la aprobación de la LPS —artículos 2.2.b) y 4.2— cuando ha adquirido la consideración de profesión sanitaria titulada y regulada, cuyo ejercicio profesional requiere la posesión del correspondiente título oficial, y está organizada en un colegio profesional oficialmente reconocido.

Ciertamente, ese hecho ha tenido una profunda repercusión sobre la actividad que venían ejerciendo en ese campo otros profesionales que carecían de la Diplomatura de Logopedia. Para mitigar tales efectos (al igual que los producidos en otras profesiones), el legislador introdujo sendas previsiones: una genérica, la contenida en la disposición adicional 7.ª LPS que venía a mantener el carácter de profesionales sanitarios a quienes, sin poseer el título académico, se encuentren habilitados «por norma legal o reglamentaria» para ejercerlas; otra específica, para los profesionales al servicio de la Administración Pública, y así la disposición adicional 7.ª LEMPE, señala que el requisito de titulación no afectará a «los derechos de quienes, sin ostentar el correspondiente título académico, se encuentren legal o reglamentariamente autorizados o habilitados para el ejercicio de una determinada profesión que podrán acceder a los nombramientos correspondientes y se integrarán en el grupo de clasificación que a tal nombramiento corresponda».

Ello se ha traducido en diferentes previsiones que han permitido la incorporación a los colegios profesionales de otros titulados que ejercían la profesión, sin poseer el título de Diplomado universitario en Logopedia —o equivalente, reconocida u homologada—. Con esa finalidad, las leyes de creación de los Colegios Profesionales han adoptado distintas formulaciones, pero lo que nos interesa destacar aquí es que la Ley del Parlamento Vasco 4/2006, de 10 de noviembre, de creación del Colegio de Logopedas, contiene una disposición transitoria 4.ª relativa a la habilitación de profesionales con el siguiente contenido:

> 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 de la presente Ley, excepcionalmente podrán integrarse en el Colegio de Logopedas del País Vasco los profesionales con, al menos, tres años de experiencia profesional, que hayan trabajado o trabajen en el ám-

bito de los trastornos de la audición, la fonación y del lenguaje y estén en posesión de algunas de las titulaciones siguientes:

a) Título de profesor especializado en perturbaciones del lenguaje y de la audición expedido por el Ministerio competente en materia de Educación.
b) Diploma de la especialidad de perturbaciones del lenguaje y de la audición homologado por el Ministerio competente en materia de Educación.
c) Título universitario, licenciatura o diplomatura en ciencias de la salud o de la educación.

2. La Comisión Gestora, en funciones de Comisión de Habilitación, comprobará el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Disposición Transitoria Cuarta respecto de estos profesionales que soliciten su integración en el Colegio.

Tal previsión ha sido completada por la disposición transitoria 1.ª de los Estatutos del Colegio de Logopedas del País Vasco, aprobados por Orden de 3 de marzo de 2009 del Consejero de Justicia, Empleo y Seguridad Social, que reza así:

En aplicación de la disposición transitoria 4.ª de la Ley 4/2006, de Creación del Colegio de Logopedas del País Vasco, corregida en el *BOPV* de 20 de diciembre de 2006, podrán integrarse en el Colegio de Logopedas si así lo solicitan durante los dos siguientes años a la entrada en vigor de los presentes Estatutos, los profesionales que cuenten con un mínimo de tres años de experiencia profesional en el ámbito de los trastornos de la audición la fonación y el lenguaje o cuenten con una formación de al menos 500 horas en cursos de extensión universitaria, másteres o especialización en el ámbito de la logopedia, o trastornos en la audición, la fonación y el lenguaje, y en ambos supuestos estén en posesión de algunas de las siguientes titulaciones:

a) Título de profesor especializado en perturbaciones del lenguaje y de la audición expedido por el Ministerio competente en materia de Educación.
b) Diploma de la especialidad de perturbaciones del lenguaje y de la audición homologado por el Ministerio competente en materia de Educación.
c) Título universitario, licenciatura o diplomatura en ciencias de la salud o de la educación.

La acreditación de los tres años de experiencia profesional deberá realizarse:

— En el caso de profesionales por cuenta ajena, mediante certificado de Vida Laboral emitido por la seguridad social.
— En el caso de profesionales por cuenta propia mediante el alta de autónomos.

Por tanto, **desde la perspectiva de la profesión, existe una situación transitoria que no concluirá hasta que se cierre el plazo concedido para la integración, lo que no sucederá hasta el 1 de abril de 2011**.

Por su parte, en el ámbito del personal al servicio del sistema de salud, la normativa también ha conjugado, a la hora de configurar los puestos funcionales, de un lado, las exigencias que se derivan de las titulaciones profesionales, estableciendo la titulación correspondiente para las tareas cuyo ejercicio aquella habilite, de otro

lado, los derechos de quienes vinieran desarrollando tales tareas, sin reunir las titulaciones.

De suerte que la creación del puesto funcional de Diplomado/a Logopedia, que requiere la titulación de Diplomado en Logopedia, no ha impedido que se hayan integrado en el mismo dos categorías previas, como son la de Profesor de Logofonía y Logopedia del personal estatutario de Instituciones cerradas y del personal laboral de Instituciones sanitarias (Anexo II, del Decreto 186/2005, de 19 de julio).

Es pacífico, asimismo, que dicho puesto funcional acoge a los logopedas con nombramiento estatutario fijo que han accedido a dicha categoría anteriormente, en concreto, los que lo hicieron en las pruebas selectivas previas, convocadas por Resolución 299/2002, de 7 de mayo, del Director General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, que, en cuanto a la titulación exigida para optar a los destinos convocados, disponía «poseer titulación de Diplomado en Logopedia, Licenciado en Pedagogía, Licenciado en Psicología, o Maestro-Especialidad de Audición y Lenguaje, expedida por el Ministerio de Educación y Ciencia, o haber satisfecho los derechos para su expedición. Los méritos académicos de titulación enumerados, obtenidos en los Estados miembros de la Unión Europea deberán estar acompañados de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de reconocimiento del título expedido en dichos Estados» [base 3.2.c)].

No es necesario insistir en la relativización del título que se extrae de ese panorama normativo. **Aunque ahora se trata de una tarea profesional para cuyo ejercicio habilita un título, esa habilitación no está cerrada y transitoriamente se extiende a profesionales que reúnen determinadas condiciones.**

Desde la perspectiva de la preparación de la interesada para la realización de las tareas del puesto, el acto no deja de cumplir la finalidad para la que ha sido concebido: la selección de un aspirante que se encuentra capacitado para desarrollarlas.

En ese sentido, en la Certificación de servicios previos expedida por la Directora de Personal de … —que la interesada ha aportado junto a sus alegaciones— se consigna que ha venido ocupando un puesto funcional/especialidad de «Diplomado en Logofonía y Logopedia» desde el 10 de abril de 2000; primero como personal estatutario temporal hasta el 15 de diciembre de 2005 —con alguna mínima interrupción del 10 de abril de 2003 al 11 de mayo de 2003—, luego como interina hasta el 9 de julio de 2008, y nuevamente como temporal hasta el 31 de julio de 2008.

Cabe sostener, a la vista de esa circunstancia que, no sólo posee una dilatada experiencia como logopeda al servicio del Ente Público, sino que, además, ni la entrada en vigor de la LPS, ni del Decreto 186/2005, de 19 de julio, hicieron que decayera el correspondiente nombramiento, pese a carecer del título de Diplomado en Logopedia.

Es más, no sólo ha superado el proceso selectivo —convocado por Resolución 1084/2006, de 4 de octubre, de la Directora General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud— que motiva el nombramiento que se pretende revisar, también superó las pruebas selectivas del proceso anterior —convocado por Resolución 299/2002, de 7 de mayo, del Director general de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud— sin que obtuviera destino, por ser dos las plazas convocadas y ocupar el puesto número ocho en la relación definitiva —Resolución 72/2004, de 22 de marzo, de la Directora de Recursos Humanos de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud—.

De forma recapitulativa podríamos decir: (i) que estamos ante una profesión titulada a los efectos del artículo 36 CE que, como dijo la STC 122/1989, admite, como parece obvio, que no todas las actividades laborales, los oficios o las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas; (ii) que lo es porque, como declaró la STC 83/1984, el legislador ha condicionado su ejercicio a la posesión de concretos títulos académicos, son profesiones tituladas aquellas «para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia»; y (iii) que esa transformación se ha producido porque el legislador, «atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social», en palabras de la STC 42/1986, ha decidido que pase a ser una profesión titulada, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30 CE, es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva.

Todo ello no se niega, pero debe ser matizado en el sentido de que **el propio legislador, y atendiendo también a tales datos de la vida social, moduló la exigencia, primero en la LPS y después en la LEMPE, permitiendo que pudieran también seguir desarrollándola aquellos que reunían determinadas cualificaciones y tenían reconocido su ejercicio hasta entonces.**

En cuanto al título exigido en la convocatoria, partiendo de que las bases de la convocatoria, en expresión constantemente reiterada por la jurisprudencia, «son la ley que rige la misma», **no cabría admitir a las pruebas a quien no lo reúne**. **Sin embargo, en este caso, ello por sí sólo no permite el ejercicio de la potestad excepcional de revisión de oficio**, ya que tal infracción debe alcanzar la cualidad de vicio cualificado **y,** más precisamente, **para que sea de aplicación la letra f) del artículo 62.1 LRJPAC requiere que se haya adquirido el derecho sin reunir los requisitos esenciales para que pueda la interesada ser nombrada personal estatutario fijo de la categoría de Diplomado Logopedia del Grupo Profesional de Diplomados Sanitarios, lo que estima la Comisión no concurre, al tener una titulación universitaria superior (Licenciada en Pedagogía con una formación complementaria y especializada en la materia con un Máster universitario en Logopedia) y una experiencia (superior a los tres años) que en la actualidad le habilitan para el ejercicio profesional de logopeda, unido a la circunstancia de que ha desempeñado tal puesto de trabajo con eficacia e, incluso, ha seguido**

perfeccionando sus conocimientos con diversos cursos y obtenido diversos diplomas de reconocimiento.

El presupuesto de la titulación exigida en la convocatoria como requisito esencial cuya carencia habilita el procedimiento de revisión de oficio es puesto de manifiesto en diversos dictámenes del Consejo de Estado (entre otros, dictámenes n.º 3170/2001 y 2408/2002), pero no en todos (entre otros, dictámenes 351/1996 y 1393/1998), debiendo ser las circunstancias del caso las que sirvan para dilucidar si procede acordarla.

En éste, a la vista de las consideraciones mencionadas, entendemos que no se encuentra afectado ningún elemento esencial del acto, más precisamente, que la interesada adolezca de un presupuesto esencial para la adquisición del derecho, por lo que consideramos que no procede su revisión al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJPAC.

Ello no prejuzga la posibilidad de acudir a la vía del artículo 103 LRJPAC, que todavía se encuentra abierta, para lo cual los actos deberán declararse lesivos para el interés general a fin de proceder a su posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, bastando para su anulación que se encuentren aquejados de una simple ilegalidad.

DCJA 183/2009 pár. 18 a 57

E) Art. 62.1.g) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal

Respecto a la segunda infracción denunciada por la Corporación local, también por éste motivo hemos de considerar que el acto se encuentra aquejado de nulidad de pleno derecho, siendo procedente su revisión de oficio.

En concreto, se pone en **conexión el artículo 62.2.g) LRJPAC con lo previsto en el artículo 19.2 de la Norma Foral 10/2003, de 2 de diciembre, de Presupuestos de las Entidades Locales** del Territorio Histórico de Bizkaia, a cuyo tenor «**Los acuerdos, disposiciones, resoluciones y actos emanados de la Administración Local, en virtud de los cuales se pretendan adquirir compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos, de carácter limitativo, autorizados en el estado de gastos, adolecerán de nulidad de pleno derecho,** sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar».

Tal redacción es sustancialmente coincidente con la del artículo 173.5 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLHL), aprobado por Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, según el cual «no podrán

adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos. Siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar».

Considera la Comisión que **las Normas Forales, en el ámbito de competencia de los Territorios Históricos, aunque estrictamente no sean leyes ni tengan rango de ley, cumplen en este caso la función encomendada a la Ley, como la cumplen en la exigencia de la reserva de ley y de legalidad en materia tributaria y, por tanto, pueden llegar a definir casos de nulidad de pleno derecho, siempre que lo hagan en consonancia con el régimen local común vigente en todos los municipios**.

De cualquier forma, la subsunción seguiría siendo factible por mor del artículo 62.c) LCAP que, como hemos visto, conceptúa el motivo de nulidad de forma autónoma —la carencia o insuficiencia de crédito— remitiéndose a lo establecido al artículo 60 de la Ley General Presupuestaria «y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley», sin que exija en todo caso que esté dispuesta en ley, remisión que lo sería a la Norma Foral precitada.

Pues bien, poco cabe añadir a lo certificado por el Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Ibarrangelu: «ni en el presupuesto prorrogado de 2005 ni en el presupuesto correspondiente al ejercicio económico de 2006 contemplaban consignación presupuestaria para proceder al pago del contrato de compraventa».

La infracción advertida está íntimamente conectada con otra que pudiera implicar igual grado de contravención, pues no consta que se haya seguido el procedimiento legalmente establecido que, a nuestro juicio, requería, cuando menos, la tramitación de un expediente —en el que se tendría que haber expresado de forma justificada el procedimiento de adjudicación que se pretendía seguir—, su previa fiscalización, en los términos del artículo 66 y ss de la Norma Foral 10/2003, y 213 y ss TRLHL, y el previo informe pericial al que alude el artículo 11.1 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

De haber sido activado el control interventor, qué duda cabe, se habría formulado el correspondiente reparo —los taxativos términos del certificado emitido por el Secretario-Interventor así lo adveran— y, de fundamentarse en la insuficiencia de crédito, si no fuera aceptado por el órgano municipal, la discrepancia debía solventarla el Pleno de la Corporación —artículo 70.5.a) de la Norma Foral—.

Dicho de otra forma, según se infiere de lo documentado en el expediente, la falta de un control interventor previo del Decreto del Alcalde ha conllevado la asunción de un compromiso de gasto sin crédito para satisfacerlo.

Hay que recordar que **la legislación es severa en estas materias, a fin de preservar principios de legalidad presupuestaria tan señalados como los de uni-**

versalidad, unidad, anualidad y equilibrio presupuestario —que derivan del artículo 134.2 CE—, **como los principios de economía y eficacia en el gasto público** —que contempla el artículo 31.2 CE— **que no permiten aprobar acuerdos, disposiciones, resoluciones y actos sin tener constancia suficiente de los medios económicos precisos para que puedan llevarse a cabo.**

Puede, pues, afirmarse la concurrencia del supuesto de nulidad absoluta previsto en el artículo 62.1.g) LRJPAC, en relación con el artículo 19.2 de la Norma Foral 10/2003 y artículo 62.c) LCAP.

DCJA 150/2009 pár. 53 a 63

CAPÍTULO X

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CUESTIONES GENERALES

Antes que nada, sin embargo, habrá de determinarse la naturaleza del acto que pretende revisarse. Pues bien, el Decreto de Alcaldía de 12 de mayo de 2006, al aceptar la propuesta de los copropietarios, formaliza la adjudicación de un contrato de compraventa para la adquisición de los elementos 44Q y 44R de la Urbanización … por un precio de 150.243 euros.

En cuanto a la **naturaleza del** citado **contrato, en las transmisiones y enajenaciones de inmuebles** la frontera de la calificación entre contrato administrativo y contrato privado resulta compleja.

En el caso de la compra de un inmueble por parte de una Administración Pública, el **Tribunal Supremo** ha entendido que «**hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que la relación jurídica ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia** para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares» (STS de 30 de octubre de 1990. RJ 1990/8400).

En este sentido, **cabría encajar el supuesto que nos ocupa en el artículo 5.b) 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 (LCAP), dado que se encuentra vinculado al ejercicio de las competencias urbanísti-**

cas propias de los municipios (artículo 25.2.d) LBRL), pues lo que persigue es dar cumplimiento a la ejecución de la Sentencia que estima la demanda de lesividad del Ayuntamiento y anula las licencias de obras para la construcción de un conjunto residencial junto a la playa de … concedidas con fecha 9 de mayo de 1970 y 5 de mayo de 1972, acordándose la demolición parcial de lo construido en exceso.

En cualquier caso, en la medida en que **el objeto de revisión es el acto de adjudicación** realizado, sin que tan siquiera se haya llegado a la formalización del contrato, **tal distinción entre contratos administrativos y privados carece a estos efectos de trascendencia, puesto que en cuanto a la preparación y adjudicación son de aplicación en ambos casos normas administrativas** (artículos 7.1 y 9.1 LCAP).

DCJA 150/2009, pár. 33 a 37

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

A) Causas de resolución

Declaración de concurso o insolvencia

Entre las circunstancias que han concurrido en el supuesto que se dictamina cabe hacer alguna consideración, así mismo, de la suspensión de pagos, supuesto que se regula también entre las causas de resolución legal del contrato [artículo 112.b) LCAP y 111.b) del Texto Refundido].

En general se ha solido concatenar a dicha causa legal resolutoria (SSTS de 12 de mayo y de 20 de marzo de 1992) **un efecto patrimonial relativo a partir de su declaración judicial,** si bien no liberador de las obligaciones contractuales del suspenso, por lo que faculta a la Administración a declarar la resolución del contrato, que no es posible atribuir a fuerza mayor, que para liberarlo es preciso que se declare como fortuito, y que se presume culpable a no ser que se demuestre lo contrario (JUR 2004\154786).

También es de señalar que **la concurrencia de dicha causa no conlleva efectos de automaticidad, siendo posible con** arreglo al artículo 113.7 LCAP (112.7 Texto Refundido) **permitir la continuación del contrato de prestarse por la contratista garantías suficientes para su ejecución**.

A la vista de las circunstancias del caso, **la Comisión no estima apreciable dicha causa, primero porque la declaración de insolvencia aconteció con bastante posterioridad al tiempo de inicio del expediente resolutorio** (resolución del Juzgado de 1.ª Instancia de Getxo de 24-11-1998 y auto de insolvencia definitiva de

25-3-1999), y segundo y fundamental, porque resultó consumada previamente la causa resolutoria por incumplimiento del plazo del contrato, siendo de recordar que la declaración de **suspensión de pagos no cabe apreciarse como causa determinante de resolución contractual cuando la misma se ha producido una vez expirado el plazo de ejecución del contrato y cuando se ha incidido anteriormente en un incumplimiento** (STS de 16 de mayo de 1984, RJ 1984\4595).

DCJA 175/2009 pár. 74 a 77

Demora en el cumplimiento de los plazos

Su desatención o demora se erige en causa legal de resolución contractual (artículo 96 LCAP y 95 Texto Refundido), que legitima a la Administración tanto para exigir el exacto cumplimiento del contrato como para decretar la resolución del mismo (STS de 22-2-1982); siendo apreciado regularmente el mismo efecto en la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen núm. 43.604 de 17-9-1981, y posteriores 2271/1996, 6109/1997, 1265/2000, 3137/2000, 2521/2001).

Se constata así mismo en dicha corriente jurisprudencial y de doctrina legal que, para llegar a apreciarse la causa de incumplimiento que se analiza, **no resulta preciso dejar transcurrir totalmente los plazos de ejecución previstos en el contrato, siendo también posible aplicar la resolución contractual partiendo de una presunción razonable de incumplimiento previsible de los plazos a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso.**

Los efectos resolutorios no se enervan por la comisión de algunas irregularidades por la Administración (STS de 21-2-1986), y las dificultades o contratiempos de diverso orden que puedan surgir no sirven de excusa para exonerar del retraso al contratista (STS 25-6-1998, 30-6-1990).

Con arreglo a la paralización inferida de los informes citados —que se prolonga desde la última semana de noviembre hasta las fechas de emisión de los últimos informes, en 9-2-98— cabe presumirse una inejecución de la obra y constatar, por tanto, la concurrencia de la citada causa resolutoria por incumplimiento del plazo global del contrato, y ello aún teniendo en cuenta el plazo de ampliación concedido con la aprobación del proyecto reformado de las obras del aparcamiento.

Y más en concreto, con relación a esta causa específica resulta de interés resaltar en las cláusulas del pliego de condiciones administrativas (cláusula 38) el plazo superior a 90 días como el retraso susceptible de producir una resolución del contrato por demora en la ejecución de la obra.

DCJA 175/2009 pár. 66 a 70

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

El presente dictamen versa sobre la aplicación al supuesto descrito de la facultad que ostentan las administraciones públicas de resolver los contratos, contemplada en el apartado 1 del artículo 59 LCAP —norma que aplica la Administración consultante— y que figura, con idéntica dicción, en el artículo 194 LCSP, en los siguientes términos: «Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta».

En la consulta planteada por el Ayuntamiento la resolución del contrato adjudicado a la mercantil E —en ejecución de la Sentencia precitada— se funda en la negativa de ésta a formalizar el contrato dentro del plazo establecido que, de acuerdo con la cláusula undécima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debería otorgarse dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la adjudicación.

Se propone, así, la aplicación al caso del **artículo 54.3 LCAP** (artículo140.3 LCSP): «cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado la Administración podrá acordar la resolución del mismo… En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados»

Esta Comisión considera que, atendiendo a las específicas circunstancias acreditadas y, de modo especial, al objetivo transcurso de un periodo de más de siete años desde la presentación de su oferta por parte de la contratista, no concurre la causa de resolución propuesta.

En efecto, la aplicación en este momento, por parte de la Administración, de dicha causa de resolución, cuyas graves consecuencias legales (incautación de fianza provisional e indemnización por daños y perjuicios ocasionados) lo configuran como un supuesto de incumplimiento culpable, no viene respaldada por la acreditación de una conducta de la contratista que pueda ser subsumida en la voluntad de incumplir el contrato que la aplicación de la causa reclama.

Ha de recordarse que, en el caso sometido a dictamen, **la culpa es fundamental para fijar la procedencia o no de la resolución contractual por la causa que se propone**, **y la conclusión acerca de la concurrencia de aquélla ha de obtenerse contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común, para lo cual son esenciales las circunstancias que concurren en el caso.** Asimismo, en materia de contratos es un principio de Derecho, consagrado por una constante jurisprudencia, que la resolución del contrato por incumplimiento

culpable de las obligaciones convenidas **debe venir soportada en una acción u omisión clara y expresa de querer incumplir aquéllas**.

Sin ánimo de entrar en la valoración sobre la forma —correcta o incorrecta— de ejecutar la sentencia por parte del Ayuntamiento, lo cual, insistimos, es patrimonio exclusivo del Tribunal, **resulta un hecho difícilmente discutible que el transcurso de un periodo de tiempo superior a siete años no afecte de un modo objetivo y determinante a la oferta económica presentada en unas condiciones temporales y de mercado determinadas.**

Que la posición de la contratista que traslada el expediente no incurre en una actitud rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, sino que descansa en hechos que han de ser tomados en consideración a los efectos de calificar su conducta como constitutiva de un incumplimiento culpable, se colige con sólo observar que, de hecho, esas posibles fluctuaciones y sus efectos sobre las ofertas presentadas en cualquier licitación pública han tenido siempre un reconocimiento explícito en la propia normativa sobre contratación pública, manteniéndose hasta la actualidad, tanto en el artículo 89.2 del LCAP como en el artículo 145.4 de la actualmente vigente LCSP. En ambos casos, transcurrido el plazo allí previsto (tres meses en el LCAP y aún menor en la LCSP), cualquier licitador tiene derecho a **retirar su proposición sin que la Administración pueda exigirle el cumplimiento de su oferta.**

Es cierto que dicha facultad no puede ser ejercida de cualquier manera y en cualquier momento durante toda la vida del contrato, sino que, si la oferta no ha sido retirada antes de la celebración del contrato y en el momento de su formalización el licitador tampoco presenta inconveniente alguno, debe entenderse que se da pleno consentimiento al contrato formalizado en las condiciones de la oferta, a las cuales habrá de hacer frente en sus propios términos.

Esta doctrina, acogida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 de julio de 2004 (RJ 2004\5226) y de 10 de octubre de 2006 (RJ 2006\7649), reconoce, en efecto, que lo único que la normas prevén para el incumplimiento del plazo para la adjudicación por parte de la Administración es que los licitadores puedan retirar sus ofertas, pero si los licitadores voluntariamente y por las razones que estimaron oportunas no retiraron sus ofertas y en el momento de celebrar el contrato no hicieron alegación o petición de actualización —lo que es precisamente lo que la contratista hace en este caso—, es claro que dan su pleno consentimiento al contrato que firman y, por tanto, han de estar a las previsiones y términos concretos del mismo.

De lo anterior se deduce que **la firma del contrato sin objeciones por parte del contratista eliminaría cualquier posibilidad de retirar o revisar con posterioridad la oferta presentada, lo que, aplicado al supuesto que nos ocupa, supondría para el contratista asumir en 2009 un contrato con efectos hacia el futuro,**

pero con una estimación realizada en el año 2001, algo a lo cual, y siempre antes de la formalización del contrato, el contratista debe poder renunciar sin que ello le depare las graves y negativas consecuencias que la Ley anuda al supuesto de resolución que propone el Ayuntamiento (desproporción del resultado que, desde otra perspectiva, vuelve a evidenciar la improcedencia del uso, en este momento y por la reiterada causa, de la facultad exorbitante de la resolución unilateral de los contratos)

El contratista que ha resultado adjudicatario, en los términos que revelan los antecedentes, no puede quedar en peor condición jurídica que si hubiera resultado adjudicatario tras el normal desarrollo de la contratación.

A los efectos de contextualizar adecuadamente la negativa del contratista a firmar el contrato, también interesa señalar que la actuación del Ayuntamiento, una vez puesto en marcha de nuevo el proceso de adjudicación, ha comenzado directamente realizando la adjudicación del contrato, dándolo así por perfeccionado, y sin haber concedido al contratista, dadas las especiales circunstancias del caso, posibilidad alguna de replantear o retirar previamente su oferta, asumiendo con ello incluso riesgos sobre la validez del propio contrato, al no haber constatado previamente, como señala el artículo 79.2.b) LCAP, sino tras la adjudicación, la inexistencia de prohibición para contratar derivada de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social.

Esta última actuación municipal, por otro lado, también contrasta con lo admitido por ambas partes en el Convenio formalizado con el contratista para modificar la fecha de firma del contrato, donde se asume con total naturalidad que «a la vista de la complejidad de la puesta en marcha de las acciones necesarias para el inicio del contrato, estiman necesaria la demora en la firma del mismo, a los efectos de cerrar los acuerdos necesarios para la correcta ejecución del mismo».

En el parecer de esta Comisión, y con arreglo a lo que se desprende del contenido del expediente, **el contratista se ha limitado, tras defender su derecho con éxito en los tribunales, a mostrar su disposición favorable a retomar el contrato, bien que bajo ciertas condiciones que**, al margen de las dificultades que para su admisión puedan resultar como consecuencia del régimen de concurrencia competitiva que rige en el específico y estricto régimen de la contratación administrativa, **no se atisba que puedan considerarse desproporcionadas o faltas de fundamento, dado el tiempo transcurrido desde que tuvo oportunidad de realizar su anterior oferta, y teniendo en cuenta el presumible desequilibrio económico que ha podido introducir dicho factor temporal en su oferta de origen, de siete años antes**.

En esa misma disposición colaboradora y constructiva cabe interpretar también el acto de consignación de la fianza definitiva del contrato, que se ha realizado en los mismos términos que le han sido exigidos por el Ayuntamiento en el acto de adjudicación del contrato.

Por esa misma razón, retomadas las actuaciones del expediente de contratación y tras realizarse de una forma un tanto precipitada la adjudicación del contrato por parte del ente municipal, **no cabe inferir del hecho de presentar un escrito exponiendo las razones de su negativa a atender el requerimiento municipal efectuado a continuación para formalizar el contrato, una actitud lo suficientemente rebelde y obstinada como para hacerle merecedor de una imputación de culpabilidad y de subsunción en el supuesto de resolución previsto en los artículos 54.3 LCAP y hoy en los artículos 140.3 y 206.d) de la LCSP, con los efectos legales inherentes que se siguen de los mismos.**

Entiende la Comisión, por el contrario, que la posición renuente del contratista frente al acto de suscripción del contrato, a los efectos que aquí proceden, permite ser interpretada todo lo más como una actitud prudente o preventiva dirigida a enervar posibles efectos irreversibles contrarios a sus legítimos intereses que se puedan desencadenar de la firma del documento, ante el intento de imponerle ineludiblemente el cumplimiento de una oferta obsoleta y descontextualizada por el considerable periodo de tiempo transcurrido desde su presentación.

En estas circunstancias **no cabe, a juicio de esta Comisión, recurrir a una causa de incumplimiento del contratista para ejercerse por la Administración la facultad de resolución unilateral del contrato, si se tiene además en cuenta que en todo ello ha incidido de un modo trascendente la actuación irregular del propio Ayuntamiento —judicialmente anulada— que ha provocado un retraso en la adjudicación del contrato y un objetivo desfase en la oferta original realizada por el contratista**; pues, como es doctrina reiterada, el mecanismo de la extinción anticipada del contrato por medio de su resolución constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto.

DCJA 148/2009 pár. 36 a 54

El contrato para la redacción del proyecto constructivo fue adjudicado en el año 2005 a los arquitectos don F.P.S. y don J.L.L.d.A. La contratación se realizó, en contra de lo dispuesto en el artículo 55 LCAP, de forma verbal, sin que conste —a salvo del propio proyecto objeto del contrato— documentación alguna referida a la tramitación, adjudicación o formalización de este contrato. En cualquier caso, no existe discusión entre las partes sobre la existencia del mencionado contrato.

El proyecto fue recibido por el Ayuntamiento en fecha indeterminada, siendo aprobado en sesión plenaria de 19 de enero de 2006, en los términos del artículo 122 LCAP.

A falta de documento contractual y de los correspondientes pliegos de cláusulas que rigen el contrato, la LOE define el proyecto en su artículo 4 como el conjunto

de documentos mediante los cuales se define y determinan las exigencias técnicas de las obras, señalando, además, que habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable.

El proyectista, por su parte, es el encargado de redactar el proyecto con sujeción a la normativa vigente y a lo que se haya establecido en el contrato, y entregarlo con los visados que en su caso fueran preceptivos.

De lo anterior se deduce, por un lado, que **el objeto de una obra se define previamente en el proyecto**, y, por otro lado, **que** el proyecto **debe adecuarse a la normativa técnica correspondiente y, por supuesto, resultar viable.**

En el supuesto en que la redacción de ese proyecto sea objeto de un contrato, **es evidente que la redacción por parte del proyectista de un proyecto que no resultara viable deviene un incumplimiento esencial de contrato que podría dar lugar a la resolución del mismo**, tal y como pretende el Ayuntamiento, **siempre**, claro está, **que el contrato no se haya extinguido por alguna de las causas previstas en la Ley**, y al margen de la posibles responsabilidades derivadas de los perjuicios resultantes como consecuencia de los errores o defectos del proyecto.

Las alegaciones realizadas por los proyectistas, además de rechazar los motivos alegados por el Ayuntamiento para resolver el contrato, inciden en que se trata de un contrato concluido, no siendo necesario, por tanto, plantear su resolución.

A la vista de la aprobación sin reservas del proyecto por parte del Ayuntamiento, realizada el 19 de enero de 2006, lo cierto es que, al margen de la responsabilidad que puede corresponder a los arquitectos redactores del proyecto como consecuencia de los errores o defectos del mismo, el contrato que unía a aquellos con el Ayuntamiento debe entenderse extinguido, al haber sido recibido y aprobado, no pudiendo, por tanto, ser objeto de resolución.

El Ayuntamiento alude también a lo dispuesto en el **artículo 213.1 LCAP,** según el cual, el órgano de contratación determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma, quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

Sin embargo, esta alusión resulta forzada para el caso que nos ocupa, ya que de su literalidad se desprende que **lo señalado en este artículo debe enten-**

derse referido siempre a un momento anterior o simultáneo a la recepción y aprobación del proyecto, momento a partir del cual la responsabilidad por los errores del proyecto se encuentra regulada de forma específica en el artículo 219 LCAP.

> 1. Con independencia de lo previsto en los artículos anteriores, el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél.

Por otro lado, el expediente tampoco da noticia de haber concedido al proyectista plazo alguno para la subsanación de los errores, defectos e insuficiencias del proyecto, lo cual tiene además absoluta lógica, si tenemos en cuenta que, una vez comenzada la obra, corresponde al director de la obra elaborar las modificaciones del proyecto exigidas por la marcha de las obras.

En definitiva, aun asumiendo que el régimen de responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de edificación puede alcanzar también en este caso a los proyectistas, el contrato con los técnicos redactores no puede ser objeto de resolución por tratarse de un contrato finalizado cuyo objeto ha sido recibido y aprobado sin reservas por la Administración.

DCJA 180/2009 pár. 42 a 53

La propuesta de resolución atribuye igualmente al contratista ejecutor de la obra el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato, dado que las condiciones de ejecución no se corresponden de manera exacta a las condiciones del proyecto.

A la hora de concretar los incumplimientos, se hace referencia, por un lado, a la cohesión del relleno, con una posible sobrecompactación que aumentaría el peso específico y, por lo tanto, el empuje horizontal y a un posible empuje hidrostático. Por otro lado, se hace también referencia a la existencia de problemas específicos durante el encofrado en la zona de la Cata 3, a un talud en el frente septentrional que contraviene las recomendaciones establecidas en el informe geotécnico, a la ausencia de juntas de retracción, a la falta del debido compactado en el sustrato situado delante de las zapatas, al empotramiento en roca de las zapatas y, a la falta de prolongación del tubo poroso de PVC bajo el drenaje, tal y como se recomienda en la NTE-92. Se señalan igualmente otros defectos de construcción que constan en las diferentes actas de obra (en el acta n.º 15 se indica que al hormigonar el muro fase 1-6 hubo un problema con el encofrado que no aguantó la presión del hormigón y que en la armadura del muro fase 1-8, algunos solapes son más cortos).

A todo ello se añade también la presunta responsabilidad dimanante de los errores cometidos, a juicio del Ayuntamiento, por la entidad de control …, contratada por la UTE … (contratación derivada indirectamente de la exigencia del pliego de condiciones de contratar el oportuno seguro de responsabilidad decenal), al no advertir el problema de cálculo de la estructura.

La UTE …, con apoyo en los diferentes informes técnicos incorporados al procedimiento (…, … y …), se opone a la resolución del contrato al entender que el expediente permite establecer con claridad cuáles han sido las causas de los defectos acaecidos y quiénes son los responsables de los mismos, entre los que no se encuentra la señalada UTE.

Pues bien, en este contexto **conviene recordar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución de un contrato, la jurisprudencia viene señalando que lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del mismo y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (STS de 1 octubre 1999, RJ 2000\1393), o dicho de otra manera, el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial** (STS de 18 de diciembre de 1996, RJ 1996, 9738).

Los defectos constructivos que se imputan a la empresa contratista resultan de naturaleza heterogénea y de diferente y dudosa gravedad, siendo imputables algunos de ellos al diseño o dirección de la obra y, a la vista de los diferentes informes técnicos, puede afirmarse incluso que ninguno de ellos se considera factor causante de las deficiencias estructurales del edificio en construcción.

Entrando a examinar con mayor detalle cada una de ellas, se observa que algunas son meras formulaciones hipotéticas que no aparecen confirmadas en el resto de informes técnicos, y cuyos efectos incluso se minimizan en algunos de esos informes. Es el caso de la cohesión del terreno, sobre el cual el informe de la entidad de control … señala únicamente que se desconoce, así como la sobrecompactación y el empuje hidrostático, que se plantean como posibles, y siempre a falta de recibir los cálculos del proyectista. En la misma nota técnica ya se señala que previsiblemente no se hayan tenido en cuenta las deformaciones en el cálculo del muro, aludiendo a un posible defecto del proyecto, y en su siguiente nota técnica, la propia entidad de control ya indica que el muro posterior soportaría exclusivamente 3,4 metros de relleno y no los 9,10 previstos en el proyecto.

En cuanto los defectos constructivos que se reflejan en el informe de … (solicitado por el Ayuntamiento, aunque a través del arquitecto municipal corresponsable del proyecto), el informe emitido posteriormente por …, también a iniciativa del propio Ayuntamiento —prueba pericial a la que esta Comisión otorga un especial valor probatorio por su carácter recopilatorio y por haber sido encargado por el Ayuntamiento sin intervención de ninguno de los agentes participantes en el diseño y construcción

de la obra—, da cumplida y detallada respuesta a los mismos señalando resumidamente lo siguiente:

> En cuanto a las juntas: debe ser el proyecto el que indique dónde y cuándo se deben ejecutar. El proyecto indirectamente recoge que se ejecuten juntas de contracción y de dilatación pero esta prescripción es insuficiente ya que no se define la forma de realización. Por otro lado, en las actas aportadas por el contratista se requirió a la dirección de obra al menos en dos ocasiones para que fijase esta cuestión sin respuesta por su parte.
>
> Pasivo en zapatas: que el terreno situado por delante de la zapata esté poco compactado no es en sí un defecto constructivo que pueda haber incidido en la aparición de las fisuras.
>
> Empotramiento en roca de la zapata: en un caso como este, el deslizamiento de las zapatas es un problema de diseño y no de ejecución.
>
> Defectos de encofrado: no tienen relevancia.
>
> Drenaje: el sistema de drenaje definido por la dirección de obra es habitual, aunque el empuje hidrostático que se pueda generar en esta zona es irrelevante. Sí estamos de acuerdo con … en que la solución adoptada por la dirección de obra debiera haber contemplado la disposición de un geotextil entre el material drenante y el relleno general del trasdós, para garantizar la no contaminación del primero por materiales finos procedentes del segundo.
>
> Escorias: sin incidencias en el problema que se estudia. Es habitual que se utilice este tipo de materiales para generar una plataforma de trabajo provisional adecuada.

Puede constatarse, por tanto, que los calificados defectos constructivos se diferencian a su vez en dos grupos: i) aquellos defectos constructivos que carecen de la relevancia suficiente como para justificar la resolución del contrato (pasivo en zapatas, drenaje o escorias) y; ii) aquellos que, al margen de su relevancia, son directamente imputables al diseño o dirección de la obra, pero no al contratista ejecutor de la obra (juntas, pasivo en zapatas o el drenaje).

En cualquier caso, en todo ello tampoco se aprecia un incumplimiento grave que afecte a la prestación principal del contrato, sino, en el peor de los casos, ligeras imperfecciones que podrían haber sido reparadas si no se hubieran detectado los graves defectos estructurales.

A todo ello debe añadirse que de lo anotado en el Libro de Órdenes y Asistencias no se deduce una ejecución irregular de la obra, sino todo lo contrario, reiterando en varias ocasiones que la ejecución ha sido realizada según disponían los planos o el proyecto.

Resta finalmente por examinar la incidencia que **la actuación de la entidad de control** …, contratada por la UTE …, ha podido tener en las deficiencias surgidas en la

obra, así como sus consecuencias sobre en el contrato de obras celebrado entre el Ayuntamiento y la UTE.

El Ayuntamiento entiende que la contratación de la entidad de control por parte del contratista es una consecuencia derivada de la exigencia en el contrato de un seguro de responsabilidad decenal, y defiende, por tanto, que la actividad de la entidad del control está recogida en el contrato, debiendo responder por la actuación de la misma la UTE constructora.

El contratista, por su parte, alega que en el pliego de cláusulas económico administrativas del contrato no se hacía mención alguna a la obligación de contratar un organismo de control técnico, siendo ésta una relación privada entre la UTE y la entidad de control, derivada de la exigencia de la entidad aseguradora, sin que puedan atribuirse a la entidad de control ni a la propia UTE, ni la dirección, ni la vigilancia de los trabajos, ya que sólo actúan en calidad de controladores técnicos, no jugando así el papel del autor del proyecto, o de parte del mismo, ni de su dirección.

Pues bien, **esta Comisión tampoco puede compartir la propuesta del Ayuntamiento de atribuir a la UTE constructora cualquier consecuencia derivada de los errores del proyecto y la dirección de la obra no advertidos por la entidad de control, ya que, tal y como señala el contratista, su contratación y actuación no es consecuencia directa de una exigencia en tal sentido recogida en el contrato, sino que resulta una obligación adquirida por la UTE en el marco de una relación privada con la entidad aseguradora**, tal y como se desprende del propio contrato, en el que se define la misión de la entidad de control de la siguiente forma:

> Se trata de una misión de control técnico de las unidades de obra definidas en el apartado A.2, con la finalidad de suscribir una póliza de Seguro Decenal de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.
>
> Tiene por objeto proporcionar información a los aseguradores para que éstos puedas apreciar los riegos de la construcción a garantizar en la póliza.
>
> No excediendo de la naturaleza y de la amplitud de las garantías acordadas por las pólizas, … no asume otra obligación que la anteriormente mencionada con respecto a los aseguradores, cualesquiera que sean los contratantes de sus servicios y los encargados de abonar sus honorarios.
>
> Las verificaciones referentes a las disposiciones contractuales y a la conformidad de las obras con los reglamentos y normas de obligado cumplimiento, no son efectuadas por … sino en la medida en que interesan a la misión anteriormente definida.

De lo anterior se desprende que, efectivamente, la actividad de la entidad de control se desarrolla al margen de las obligaciones contractuales de la UTE constructora con el Ayuntamiento, sin que pueda pretenderse que sustituya o «avale» a los res-

tantes agentes participantes en el proceso constructivo, y más concretamente a los encargados de la elaboración del proyecto y de la dirección de la obra.

Por tanto, tampoco en este caso se aprecia un incumplimiento esencial por parte del contratista, por lo que debemos concluir que no se dan las circunstancias señaladas por el Ayuntamiento para resolver, conforme a lo dispuesto en el apartado g) del artículo 111 LCAP, el contrato de obra para la construcción de un centro multifuncional.

Ahora bien, **esta Comisión, a la vista de que las obras se encuentran paralizadas desde julio de 2008 y teniendo en cuenta igualmente las conclusiones del informe técnico elaborado por …, en el que advierte que la mejor solución, tanto técnica como económica, pasa por la demolición de la estructura existente (en lo que se refiere al muro de contención) y la realización de una nueva, entiende que, al margen de que no se aprecie un incumplimiento esencial por parte del contratista, el interés público en juego —dotar al municipio de una estructura multifuncional viable— justificaría también en este caso la resolución del contrato de obras con la UTE …, dada la inviabilidad de su objeto, para lo cual el Ayuntamiento podría considerar la existencia de vías alternativas contempladas en la propia LCAP, como son el mutuo acuerdo previsto en el apartado c) de su artículo 111, o incluso el desistimiento unilateral**, previsto específicamente para el contrato de obras en el apartado c) de su artículo 149.

DCJA 180/2009 pár. 75 a 92

Otras establecidas expresamente en el contrato

En el informe jurídico base del Acuerdo municipal que resultó anulado (de 24-2-1998) se barajaron tres causas de resolución del contrato de posible concurrencia [las previstas en las letras b), e), y h) del artículo 112 LCAP (111 del Texto Refundido)]; decantándose por esta última, poniéndola en conexión con la **cláusula 53 del pliego del contrato que contenía entre las causas específicas de caducidad de la concesión la «generación de gravámenes no previstos en los planes de financiación»**, entendiendo por tal la no afectación o desvío de los anticipos procedentes de los futuros adquirentes de plazas del parking —previstos en la cláusula 41.13 del pliego como una facultad exigible por la contratista— a la propia financiación de la obra, sirviéndose para ello del supuesto desfase que existía en un momento determinado entre dicho ingreso y el valor de la obra ejecutada.

Antes de tratar de esclarecer la finalidad que pretendería prevenir dicha causa de caducidad —que parece estar refiriéndose en cualquier caso, por su ubicación sistemática, más a una situación sobrevenida durante la explotación del párking que del tiempo de ejecución de la obra—, convendrá entrar a analizar el hecho al que se

vinculaba en el Acuerdo anulado, como es la pretendida correspondencia de cuantías entre los anticipos recibidos por la contratista y el valor de su obra ejecutada.

Resulta al propósito revelador, en primer término, que el propio pliego del contrato contemplara otras clases de fuentes o factores de ingreso al margen de los citados anticipos, tales como los créditos puentes, complementarios o capital complementario necesario a aportar (cláusula 11.4.d) —como dato interpretativo se puede hacer referencia también a las diversas fuentes financieras que se contemplaron a nivel legal, con mayor detalle que hasta entonces, en los artículos 253 a 259 del Texto Refundido de la LCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000—.

De igual forma, la contratista reconocía en el estudio económico-financiero presentado en su momento su intención de recurrir a la financiación ajena (referencias a costes financieros y cancelaciones de deudas con entidades financieras); señalando en cuanto al flujo o resultado del binomio costes/ingresos detallado por meses, la obtención esperada de un déficit en la fase de implantación o construcción del parking, que se esperaba amortizar durante la fase posterior de explotación de los estacionamientos, en el año siete desde su construcción (folio 299 del expediente).

Resulta difícil con dichas previsiones sentar una imperiosa correspondencia, como la que suponía el Acuerdo anulado, entre anticipos de los futuros usuarios y valor de la obra ejecutada, por más que se pueda defender que ambos conceptos constituyeran las partidas más importantes, respectivamente, de los ingresos y gastos en la fase constructiva del aparcamiento.

Solo por señalar los imponderables que podían llegar a hacer desajustar los cálculos realizados, cabe intuir factores como la recepción efectiva de tantas solicitudes como las esperadas en cada momento o la ausencia de imprevistos en forma de incrementos o variaciones en los gastos.

Al contrastar la cadencia de los flujos del estudio económico de la contratista con los que realmente se llegaban a producir, un posible desfase entre las subpartidas mencionadas descubierto en algún momento determinado de la obra no tendría por qué incidir necesariamente en su desarrollo normal, ni entenderse que debiera dar lugar por sí mismo a ninguna clase de incidencia especial en la ejecución del contrato, puesto que las posibles diferencias, por ejemplo, en menos, de los anticipos, se podrían llegar a enjugar recurriendo a otra fuente de ingresos —en concreto, al crédito financiero—; y, por su parte, en cuanto al alcance del valor, en más o en menos, de la obra ejecutada, no debiera tener mayor trascendencia si no incidiera negativamente en el programa de trabajo.

La obligación clara asumida por la contratista era en este sentido la financiación total de las obras (cláusulas 5 y 50 del pliego) **y la construcción de un número determinado de plazas susceptibles de ser adquiridas a un precio medio,**

inicialmente, también determinado (documento contractual, folio 1154 del expediente); **quedando reservada a su esfera doméstica la forma mejor de distribuir y aplicar los recursos económicos con los que llegara a contar.**

Se puede concluir, por tanto, que **no siendo exigible por obligación del contrato que debiera existir una correspondencia de cuantías constante entre los anticipos realizados y valor de obra ejecutada en cada momento, un posible desajuste coyuntural entre ambos conceptos o subpartidas no resultaría causa suficiente por sí misma para dar lugar a la tramitación y aplicación de una causa resolutoria o de caducidad del contrato.**

Cosa distinta es que el desfase concreto que se detectó en el caso por los servicios municipales actuantes —del torno a los sesenta millones de las entonces pesetas—, junto a otros datos coincidentes en el tiempo, se revelara a la postre como un signo elocuente o significativo, no de solo un mero desfase económico esporádico de carácter coyuntural entre dichas partidas, sino del estado de insolvencia en que había llegado a encontrarse la contratista en esa fase de construcción de la obra.

DCJA 175/2009 pár. 50 a 59