2010

MEMORIA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
DE EUSKADI

MEMORIA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI 2010

AHOLKU BATZORDE JURIDIKOA
COMISIÓN JURÍDICA ASESORA
EUSKADI

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

Vitoria-Gasteiz, 2011

Edición: 1.ª julio 2011

Tirada: 650 ejemplares

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

Internet: www.comisionjuridica.euskadi.net

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: Composiciones RALI, S.A.
Costa, 12-14, 7.ª - 48010 BILBAO

Impresión: ONA Industria Gráfica, S.A.
Polígono Agustinos, Calle F - 31013 PAMPLONA

ISSN: 1887-021X

Depósito Legal: BI 2630-2006

ÍNDICE

Presentación 9

Abreviaturas 11

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2010 15

CAPÍTULO I
COMPOSICIÓN 17

CAPÍTULO II
DIFUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN. 19

CAPÍTULO III
ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO 21

CAPÍTULO IV
DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA 23
1. Introducción 23
2. Datos sobre las consultas recibidas 24
3. Datos sobre los dictámenes emitidos 26
4. Relación de dictámenes y acuerdos 32

SEGUNDA PARTE:
EXTRACTO DE LA DOCTRINA. 55

CAPÍTULO I
FUNCIÓN CONSULTIVA 57
1. Ámbito objetivo 57

2. Parámetros 58
A) Actos administrativos 58
• Responsabilidad patrimonial 58
• Contratación 60

CAPÍTULO II
FUENTES DEL DERECHO 63
1. Ley 63
A) Reserva de ley 63
• Derechos y libertades 63
2. Legislación básica 64
3. Reglamentos 65
A) Ejercicio de la potestad reglamentaria 65

CAPÍTULO III
TÉCNICA NORMATIVA 75
1. Estilo de regulación 75
2. Lenguaje 76
3. Normas modificativas 76
4. Referencias orgánicas 77
5. Remisiones 78
6. Plazo 78

CAPÍTULO IV
DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 79
1. Asistencia Social (art. 10.12 EAPV) 79
2. Mutualidades no integradas en la Seguridad Social (art. 10.23 EAPV) . . 87
3. Policía (art. 17 EAPV) 88
4. Protección Civil 90
5. Publicidad Institucional (art. 10.27 EAPV) 93
6. Sanidad interior (art. 18 EAPV) 110
7. Turismo y deporte. Ocio y esparcimiento (Art. 10.36 EAPV) 115

CAPÍTULO V
ÁREAS 127
1. Administración Pública 127
A) Altos cargos 127
B) Entidades vinculadas o dependientes 131
C) Función inspectora 132
D) Órganos colegiados 136
E) Silencio Administrativo 138
2. Alta Inspección 143
3. Deportes 145
4. Educación 146
5. Personal de las administraciones públicas 152
A) Acceso 152

6. Protección de datos personales 154
7. Protección Civil 157

CAPÍTULO VI
PROCEDIMIENTO 163
1. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general . . . 163
A) Ámbito y finalidad 163
B) Audiencia 163
C) Informes 165
D) Memorias 166
E) Negociación o consulta con los representantes del personal 167
F) Orden de aprobación previa 167
2. Procedimiento Administrativo Común de los actos administrativos 168
A) Iniciación 168
B) Ordenación 169
C) Instrucción 169
• Actos de trámite 169
• Audiencia de los interesados 170
• La prueba 171
• Práctica de la notificación 173
• Propuesta de resolución 175
3. Especialidades en el procedimiento administrativo 175
A) Procedimiento de revisión de oficio 175
• Iniciación 175
• Instrucción 175
• Finalización del procedimiento 176
B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial 177
• Iniciación 177
• Instrucción 183
• Finalización del procedimiento 185

CAPÍTULO VII
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 187
1. Generalidades 187
2. Daño 191
A) Conducta de la víctima 192
B) Estándares de funcionamiento 195
C) Título de imputación 201
3. Antijuridicidad 210
A) Deber de soportar la carga 210
B) Fuerza mayor 216
4. Indemnización 221
A) Por daños materiales 225
B) Por lesiones 226
C) Por daño moral 228

D) Lucro cesante. 230
E) Otros gastos. 231
F) Pago 232
5. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 233
6. Responsabilidad patrimonial por sectores 234
A) Actuaciones policiales 234
B) Control del ruido. 238
C) Función pública 240
D) Mantenimiento de vías públicas. 245
E) Protección de datos. 259
F) Servicio educativo 265
G) Servicios sanitarios 266
H) Urbanismo 276

CAPÍTULO VIII
REVISIÓN DE OFICIO 283
1. Ámbito de la potestad revisora 283
2. Límites a la revisión de oficio. 284
3. Análisis de las causas de nulidad 286
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 286
B) 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 . . . 288
C) 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 302
4. Instrumentos urbanísticos 309

CAPÍTULO IX
CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 313
1. Criterios generales 313
2. Extinción del contrato 316
A) Ejecución del contrato 316
B) Efectos de la resolución. 318

PRESENTACIÓN

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

En cumplimiento de dicho mandato, el Pleno de la Comisión, en su sesión celebrada el día 11 de mayo de 2011 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2010. 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 2010, 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.comisionjuridica.euskadi.net

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. Juan Carlos Soto Pérez, 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
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
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
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
LDPV	Ley 14/1998, de 11 de junio, del deporte del País Vasco
LE	Ley 4/1986, de 28 de abril, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Euskadi

LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEP	Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco
LEPV	Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca
LFDP	Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos
LFPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca
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
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
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOFCS	Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPSC	Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General
LOSE	Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi
LOT	Ley 6/1994, de 16 de marzo, de Ordenación del Turismo
LPAID	Ley 18/1998, de 25 de junio, sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias
LPC	Ley estatal 2/1985 de 21 de enero, sobre Protección Civil

LPEDG	Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
LPOHGPV	Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco cuyo texto refundido fue aprobado por el Decreto Legislativo 1/1997 de 11 de noviembre
LPPV	Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LSS	Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco
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
NFHLA	Norma Foral 41/1989, de 19 de julio, de Haciendas Locales de Álava
pár.	Párrafo
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
TRDRL	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
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre

PRIMERA PARTE

ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2010

CAPÍTULO I

COMPOSICIÓN

Durante el año 2010 no se ha registrado ninguna incidencia en la composición de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi que, a 31 de diciembre de 2010, era la siguiente:

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

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

Vocales:
Dña. Mª Teresa Astigarraga Goenaga.
D. Luis Mª 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 Mª Alonso Quilchano.

CAPÍTULO II

DIFUSIÓN DE LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN

Durante el año 2010 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 2009, 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. En el año 2010 se ha elaborado por el vocal Sr. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo un artículo para incluir en el nº 14 (julio/diciembre) de la Revista, titulado «La interpretación de la causa de nulidad del artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de los límites a la revisión de oficio del artículo 106 de dicha ley».

Por otra parte, el vocal de la Comisión, Sr. Gorka Zorrozua Aierbe, participó en la Mesa redonda sobre «Urbanismo y función consultiva» en el marco del I Encuentro Gallego del Consejos Consultivos del Camino de Santiago celebrado en Lugo y Santiago de Compostela, los días 5, 6 y 7 de mayo de 2010. El vocal en su disertación analizó la forma en que son aplicados determinados aspectos de la normativa reguladora de las viviendas de protección pública (VPP) por la jurisdicción civil, y las respuestas que se han ido arbitrando desde la normativa sectorial.

CAPÍTULO III

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Durante el año 2010 se ha puesto en funcionamiento la primera fase de la nueva aplicación informática desarrollada para dar soporte a la gestión diaria de todos los documentos que se generan en la Comisión, así como para cada uno de los expedientes que gestionamos. La implantación de esta solución persigue, fundamentalmente, los siguientes objetivos: (i) mejorar y optimizar el proceso de gestión de asuntos de la Comisión Jurídica Asesora, con una solución que dé respuesta tanto a las necesidades actuales como a futuras funcionalidades; (ii) integrar bajo un único escenario los orígenes heterogéneos de información del proceso y proporcionar a los usuarios una plataforma única donde trabajar y donde reside toda la información del proceso; y (iii) dotar de un área de colaboración para las personas que integran el proceso donde compartir la información.

Con ella, por un lado, se controla, en un entorno de seguridad, la gestión de los expedientes, junto con su documentación, de las solicitudes de consultas desde su entrada en el registro hasta su resolución por la Comisión, así como todas las incidencias que puedan surgir en su tramitación (ampliación de información, acreditación de trámites, devoluciones, retiradas, etc). Y, por otro, sirve a los miembros de la Comisión para el control y desarrollo de su agenda de trabajo (ponencias asignadas, reuniones del Pleno, etc) y consulta de la documentación digital asociada a las consultas, tanto en trámite como resueltas. Asimismo, la aplicación gestiona todo el proceso inherente a la celebración de las sesiones del Pleno (convocatoria, recogida de resultados, numeración, certificación y notificación de los dictámenes y acuerdos, etc).

La nueva aplicación está desarrollada en «.Net», y su principal característica es que utiliza un SharePoint en el back-office, haciendo uso para ello de varios «subsitios» que se enganchan a través de web-services. Asimismo, la aplicación está conectada al Libro de Registro del Gobierno Vasco, por lo que la asignación del número de entrada y salida a los distintos documentos es automática.

CAPÍTULO IV

DATOS RELATIVOS A LA FUNCIÓN CONSULTIVA

1. INTRODUCCIÓN

Tras la ralentización experimentada en 2009 como consecuencia del año electoral vivido, en el ejercicio 2010 la cantidad de solicitudes de consultas recibidas ha aumentado más de 20 puntos porcentuales, habiendo crecido también el número de dictámenes emitidos en un 22%.

De este modo, la función consultiva vuelve a situarse en los máximos niveles alcanzados en el ejercicio 2008, con la diferencia de que en el año 2010 el porcentaje de dictámenes sobre disposiciones generales ha aumentado cuatro puntos porcentuales, llegando al 30% del total de dictámenes emitidos.

Atendiendo a la tipología de los asuntos dictaminados, este año se han dictaminado 44 normas más que el año anterior, y 13 más que el año 2008, destacando entre ellas las disposiciones de carácter reglamentario (95%) sobre los anteproyectos de Ley (5%), producción legislativa del Ejecutivo que ha aumentado cuantitativamente de forma leve (de dos a cuatro anteproyectos).

Por otra parte, en el total de dictámenes emitidos sigue destacando por su número los emitidos sobre actos administrativos, que se mantienen en número parecido a los registrados en el año anterior, sobresaliendo como es habitual las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que representan un 62% del total de asuntos dictaminados.

Por último y atendiendo al origen de las solicitudes de consultas recibidas, aunque cuantitativamente se han dictaminado 25 consultas más provenientes de la Administración de la Comunidad Autónoma, la distribución porcentual entre los tres tipos

de administraciones incluidas en nuestro ámbito de actuación se mantiene casi sin cambios apreciables (un 2% como máximo), conservando la supremacía los entes locales ya que acaparan el 53% de las consultas dictaminadas.

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.

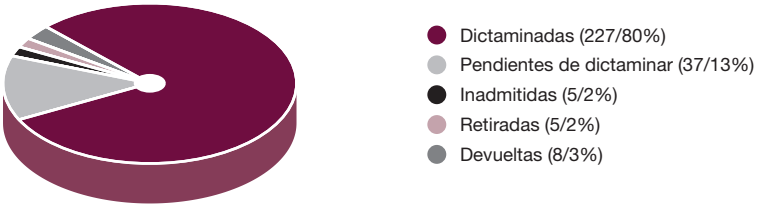
2. DATOS SOBRE LAS CONSULTAS RECIBIDAS

Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2010 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 290 solicitudes de consultas. De ellas, 277 se han admitido a trámite como consultas del año 2010 y ocho como consultas del 2011, y cinco no fueron admitidas a trámite por defectos formales en la solicitud o por no ser competencia de la Comisión.

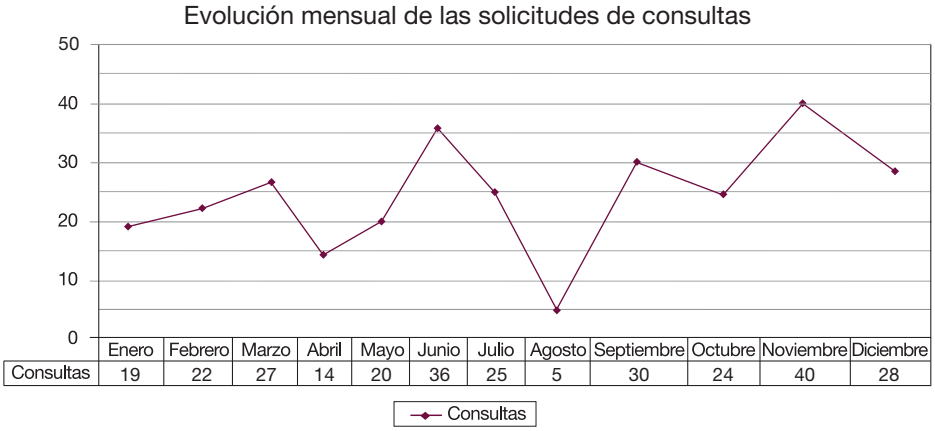
De las 277 solicitudes admitidas a trámite en el año 2010:

- Cinco fueron retiradas por los órganos consultantes al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.
- Dos fueron devueltas por la Presidenta al no quedar acreditado en el expediente la cumplimentación de diversos trámites preceptivos.
- Tres consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno, al advertir una insuficiente instrucción que le impedía dictaminar sobre el asunto sometido a su conocimiento
- Tres consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno por no ser competencia de la Comisión.

Finalmente, con respecto a las 264 consultas del año 2010 que continuaban en trámite, se ha emitido dictamen sobre 227 de ellas, continuando pendientes de resolver al finalizar el año 37 consultas.

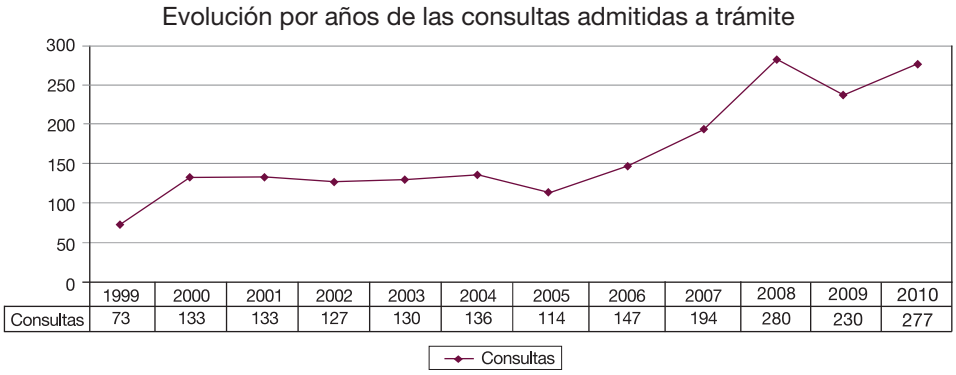


La evolución de las solicitudes de consultas por meses es la que se representa a continuación:



	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
Consultas	19	22	27	14	20	36	25	5	30	24	40	28

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:



	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Consultas	73	133	133	127	130	136	114	147	194	280	230	277

En cuanto a la tramitación de las consultas admitidas a trámite, debemos destacar que ocho 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, la Presidenta, a petición fundada de los ponentes, ha solicitado en tres consultas del año 2010 ampliación de información o acreditación de trámites. 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 Comisión ha recibido:

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

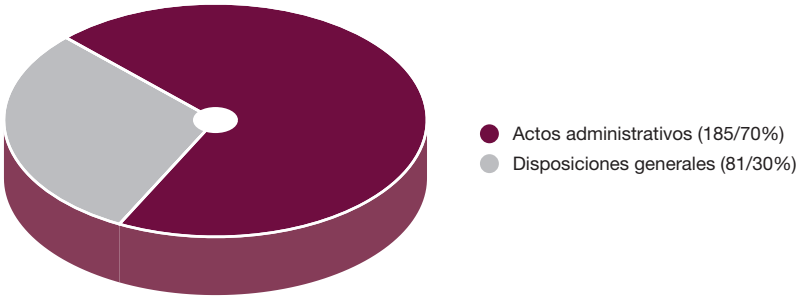
— 66 escritos de los órganos consultantes notificando la resolución o disposición finalmente adoptada en asuntos dictaminados por la Comisión.

— Dos escritos de terceros interesados en los procedimientos administrativos de actos sometidos a consulta de la Comisión.

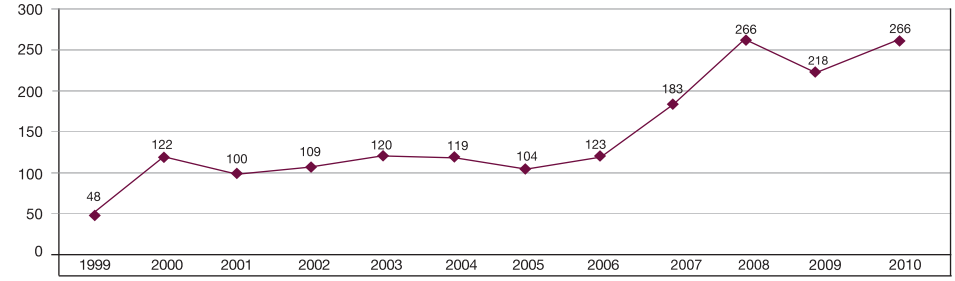
Finalmente hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 44 sesiones ordinarias y no ha celebrado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

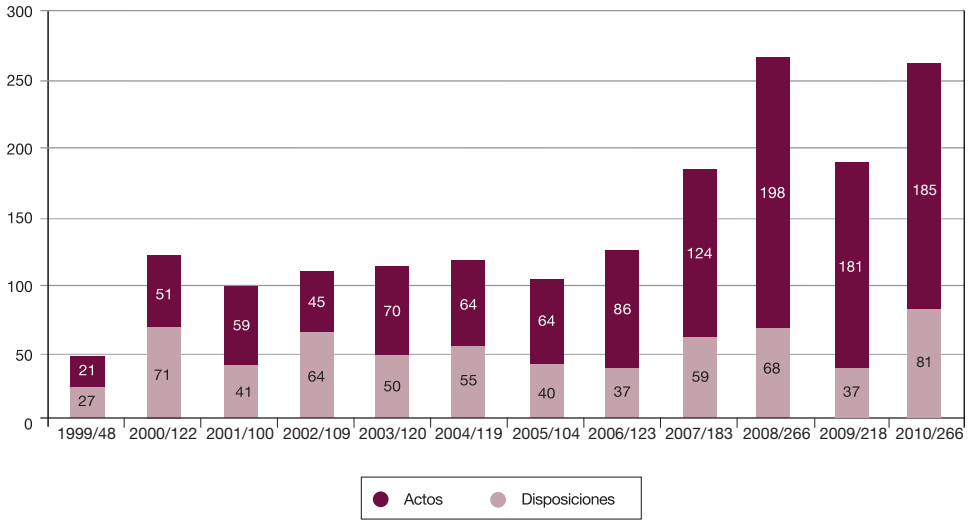
3. DATOS SOBRE LOS DICTÁMENES EMITIDOS

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 266 dictámenes (*téngase en cuenta que 39 de esos dictámenes corresponden a expedientes remitidos a esta Comisión en el año 2009*), 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):

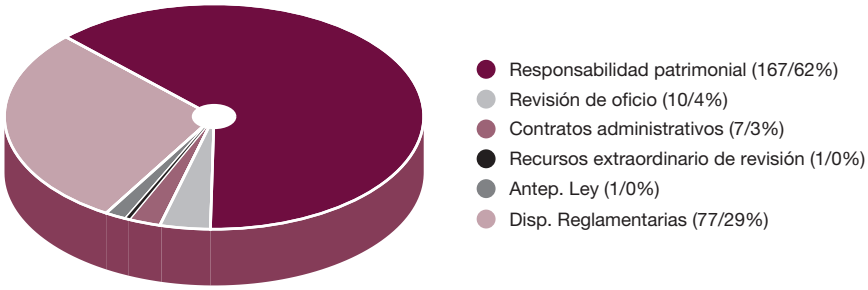




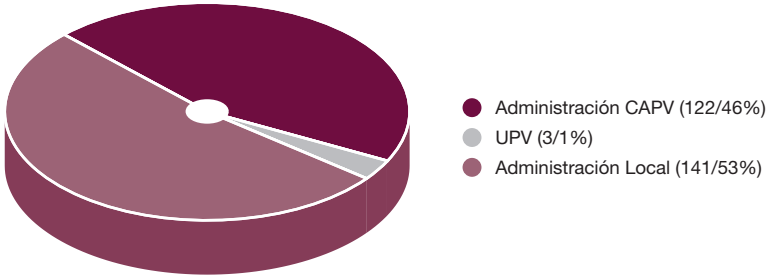
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

Anteproyectos de Ley	4
Proyectos de decretos legislativos	0
Proyectos de disposiciones reglamentarias	77
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	10
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	1
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	7
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 6.000 euros	167
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	**266**

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:* 122 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

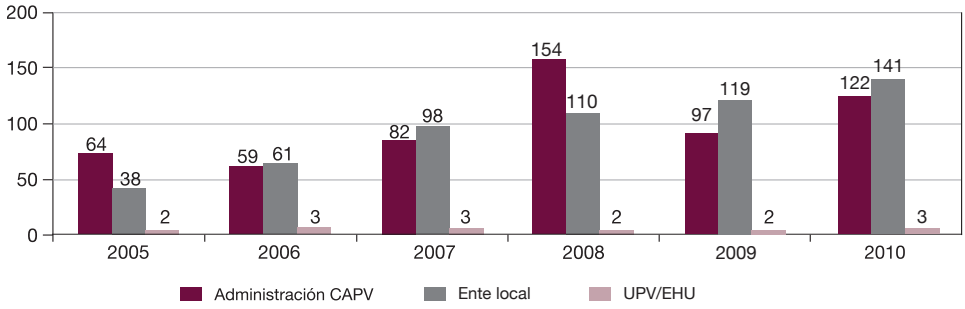
CONSULTANTE	Nº DICTÁMENES
Lehendakari	1
Consejero de Interior	14
Consejera de Educación, Universidades e Investigación	41
Consejero de Economía y Hacienda	4
Consejera de Justicia y Administración Pública	3
Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes	4
Consejero de Industria, Innovación, Comercio y Turismo	2
Consejera de Empleo y Asuntos Sociales	10
Consejero de Sanidad y Consumo	4
Consejera de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca	10
Consejera de Cultura	4
Director General de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud	24
Director de la Academia de Policía del País Vasco	1
TOTAL	**122**

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

c) *Administración Local:* 141 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

CONSULTANTE	Nº DICTÁMENES
Ayuntamiento de Abanto Ciérvana-Abanto Zierbena	6
Ayuntamiento de Andoain	1
Ayuntamiento de Arrasate/Mondragón	1
Ayuntamiento de Arrigorriaga	2
Ayuntamiento de Astigarraga	1
Ayuntamiento de Azkoitia	2
Ayuntamiento de Barrundia (Álava)	1
Ayuntamiento de Basauri	4
Ayuntamiento de Bilbao	12
Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián	58
Ayuntamiento de Durango	2
Ayuntamiento de Erandio	2
Ayuntamiento de Getxo	4
Ayuntamiento de Gorliz	2
Ayuntamiento de Ibarrangelu	1
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Iurreta	1
Ayuntamiento de la Villa de Ermua	1
Ayuntamiento de Labastida	1
Ayuntamiento de Lanciego	1
Ayuntamiento de Laudio/Llodio	1
Ayuntamiento de Lekeitio	1
Ayuntamiento de Mallabia	1
Ayuntamiento de Santurtzi	10
Ayuntamiento de Sestao	1
Ayuntamiento de Soraluze-Placencia de las Armas	2
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	16
Ayuntamiento de Zestoa	1
Ayuntamiento del Valle de Arana	1
Ayuntamiento del Valle de Trápaga-Trapagaran	1
Junta Administrativa de Legarda	1
Junta Administrativa de San Vicente de Arana	1
Junta Administrativa de Ullibarri Gamboa	1
TOTAL	**141**

El gráfico comparativo con el año anterior es el siguiente:



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

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR
003/2010	Consulta 199/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.B. como consecuencia de las sanciones impuestas por infracción de la normativa de horarios de cierre de establecimientos	Sr. Beitia Ruiz de Arbulo
030/2010	Consulta 227/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.G., como consecuencia de una caída en la vía pública	Sr. Zorrozua Aierbe
235/2010	Consulta 208/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SSI y doña CZG-MN, debido al fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, don SZN, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios	Sra. Saiz Ruiz de Loizaga

4. RELACIÓN DE DICTÁMENES Y ACUERDOS

Anteproyectos de Ley (4)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
061/2010	Consulta 39/2010 del anteproyecto de Ley del Plan Vasco de Estadística 2010-2012
069/2010	Consulta 62/2010 del anteproyecto de Ley de Publicidad y Comunicación Institucional del País Vasco
139/2010	Anteproyecto de Ley de tercera modificación de la Ley sobre prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias
230/2010	Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social

Proyectos de disposiciones reglamentarias (77)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
005/2010	Consulta 207/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico superior en laboratorio de análisis y de control de calidad
006/2010	Consulta 208/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico en carrocería
007/2010	Consulta 209/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico superior en programación de la producción en fabricación mecánica
008/2010	Consulta 213/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Sistemas Microinformáticos y Redes
009/2010	Consulta 214/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico en instalaciones eléctricas automáticas
010/2010	Consulta 215/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico Superior en Eficiencia Energética y Energía Solar Térmica
011/2010	Consulta 216/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico Superior en Patronaje y Moda
012/2010	Consulta 217/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Panadería, Repostería y Confitería

Nº DICTAMEN	TÍTULO
016/2010	Consulta 210/2009 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Planta Química
017/2010	Consulta 211/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico superior en audiología protésica
018/2010	Consulta 212/2009, de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnico superior en química industrial
019/2010	Consulta 218/2009 de proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Emergencias Sanitarias
025/2010	Consulta 206/2009, del proyecto de Decreto sobre la aplicación de la condicionalidad en la Comunidad Atónoma del País Vasco
038/2010	Consulta 6/2010 sobre el proyecto de Orden por la que se aprueba la adaptación del plan de contabilidad de las entidades aseguradoras a las especificidades de las Entidades de Previsión Social Voluntaria del País Vasco
043/2010	Consulta 18/2010 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Gestión de Alojamientos Turísticos
044/2010	Consulta 8/2010 sobre el proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se aprueban los estatutos del Instituto Vasco de Finanzas
045/2010	Consulta 1/2010 sobre el proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo
048/2010	Consulta 23/2010 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se establece el Currículo de la Educación Básica y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco
053/2010	Consulta 44/2010 del proyecto de Decreto de estructura de la Academia de Policía del País Vasco
054/2010	Consulta 28/2010 del proyecto de Decreto por el que se regula el Órgano Interinstitucional de Servicios Sociales
060/2010	Consulta 22/2010 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se establece el currículo de la Educación Infantil y se implantan estas enseñanzas en la Comunidad Autónoma del País Vasco
063/2010	Consulta 24/2010 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se establece el currículo de bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco
068/2010	Consulta 65/2010 del proyecto de Decreto de tercera modificación del Decreto por el que se aprueba el reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco

Nº DICTAMEN	TÍTULO
072/2010	Consulta 47/2010 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos
073/2010	Consulta 222/2009 del proyecto de Decreto por el que se implantan las enseñanzas y se establecen para la Comunidad Autónoma de Euskadi, los currículos y se regulan las pruebas y requisitos de acceso correspondientes a los títulos de Técnica o Técnico Deportivo y de Técnica o Técnico Deportivo Superior en balonmano
080/2010	Consulta 219/2009 de proyecto de Decreto por el cual se implantan las enseñanzas y establecen para la Comunidad Autónoma de Euskadi, los currículos, y se regulan las pruebas y requisitos de acceso correspondientes a los títulos de técnica o técnico deportivo y de técnica o técnico deportivo superior en deportes de invierno
081/2010	Consulta 220/2009 de proyecto de Decreto por el cual se implantan las enseñanzas y establecen para la Comunidad Autónoma de Euskadi, los currículos, y se regulan las pruebas y requisitos de acceso correspondientes a los títulos de técnica o técnico deportivo y de técnica o técnico deportivo superior en baloncesto
082/2010	Consulta 221/2009 del proyecto de Decreto por el que se establecen para la Comunidad Autónoma de Euskadi, los currículos y se regulan las pruebas y requisitos de acceso correspondientes a los títulos de Técnica y Técnico Deportivo y Técnica y Técnico Deportivo Superior en Atletismo
083/2010	Consulta 45/2010 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Confección y Moda
090/2010	Consulta 223/2009 del proyecto de Decreto por el que se implantan las enseñanzas y establecen para la Comunidad Autónoma de Euskadi, los currículos y se regulan las pruebas y requisitos de acceso correspondientes a los títulos de Técnica y Técnico Deportivo y Técnica y Técnico Deportivo Superior en las especialidades de los deportes de montaña y escalada
091/2010	Consulta 61/2010 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Automoción
092/2010	Consulta 48/2010 del proyecto de Decreto por el que se regula la Renta de Garantía de Ingresos
093/2010	Consulta 50/2010 del proyecto de Decreto por el que se regula la composición y el régimen de funcionamiento del Foro de Innovación Agraria y Alimentaria
099/2010	Consulta 49/2010 del proyecto de Decreto de clubes deportivos y agrupaciones deportivas
100/2010	Consulta 60/2010 del proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al Título de Técnico en Gestión Administrativa
104/2010	Consulta 79/2010 del proyecto de Decreto de modificación del Decreto de la Asamblea de Usuarios de la Agencia Vasca del Agua

Nº DICTAMEN	TÍTULO
105/2010	Proyecto de Decreto por el que se determinan los grados de experimentalidad de las enseñanzas universitarias conducentes a la obtención de titulaciones de carácter oficial, impartidas por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
112/2010	Consulta 85/2010 del proyecto de Decreto del deporte de alto nivel
115/2010	Consulta 82/2010 del proyecto de Orden por la que se establecen las convalidaciones entre determinadas materias de ESO y de Bachillerato y diversas asignaturas de las Enseñanzas Profesionales de Música y de Danza, así como los efectos que sobre la materia de Educación Física deben tener la condición de deportista de alto nivel o alto rendimiento y para los estudiantes de las Enseñanzas Profesionales de Danza
120/2010	Proyecto de Decreto por el que se regula el proceso de normalización lingüística de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma de Euskadi
121/2010	Proyecto de Decreto por el que se establecen medidas económicas vinculadas al reforzamiento de las condiciones de seguridad en la prestación del servicio por los funcionarios de la Ertzaintza
122/2010	Proyecto de decreto por el que se regulan las ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral
123/2010	Consulta 88/2010 del proyecto de Decreto de segunda modificación del Catálogo de Juego de Euskadi
127/2010	Consulta 69/2010 del proyecto de Decreto por el que se deroga el Decreto 93/2009, de 21 de abril, por el que se regula la coexistencia de los cultivos modificados genéticamente con los convencionales y ecológicos
128/2010	Consulta 95/2010 sobre el proyecto de Decreto por el que se regulan las obligaciones de autoprotección exigibles a determinadas actividades, centros o establecimientos para hacer frente a situaciones de emergencia
129/2010	Proyecto de Decreto de ayudas a la Investigación, Desarrollo e Innovación del sector agrario, alimentario y pesquero
134/2010	Consulta 86/2010 del proyecto de Decreto por el que se regula la Alta Inspección en materia de Servicios Sociales
135/2010	Proyecto de Decreto de modificación del Decreto 123/2008, de 1 de julio, sobre los derechos lingüísticos de las personas consumidoras y usuarias
136/2010	Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se determinan los porcentajes mínimos que representan la participación de los padres y madres y de los alumnos y alumnas en los órganos máximos de representación de los centros docentes públicos no universitarios de la CAPV y se regula la participación de organizaciones sindicales, empresariales y de otras entidades relacionadas con los centros que impartan formación profesional, bachilleratos técnicos o artes plásticas y diseño

Nº DICTAMEN	TÍTULO
137/2010	Proyecto de Decreto por el que se crea y regula la mesa de sanidad forestal
138/2010	Proyecto de Orden por la que se regulariza la denominación genérica de los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Euskadi
140/2010	Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen de ayudas a la transformación y comercialización de productos derivados de la pesca y la acuicultura
141/2010	Proyecto de Decreto de modificación del Decreto 135/2008 por el que se regulan los costes de los servicios que las empresas distribuidoras de gas por canalización prestan a los usuarios
148/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Instalaciones de Telecomunicaciones
149/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Diseño en Fabricación Mecánica
150/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Administración de Sistemas Informáticos en Red
155/2010	Proyecto de Orden por la que se desarrollan las condiciones que regulan el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado en la CAPV
156/2010	Proyecto de Decreto por el que se determinan los servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del Pais Vasco y sus organismos autónomos
176/2010	Proyecto de Decreto de agencias de viajes
195/2010	Proyecto de Decreto de desarrollo del Sistema de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo
200/2010	Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos Decretos en materia sanitaria para su adaptación a la normativa de transposición de la Directiva de servicios
201/2010	Proyecto de Decreto de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimientos de euskera, y equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas
202/2010	Proyecto de Decreto de creación y regulación del Observatorio Vasco de las Familias
203/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Guía, Información y Asistencias Turísticas
204/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Producción Agroecológica
207/2010	Proyecto de Decreto de ayudas a la inversión en infraestructuras ligadas a energías renovables en el sector agrario y silvícola

Nº DICTAMEN	TÍTULO
208/2010	Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto de ayudas a las actividades de promoción y participación en programas de calidad de los alimentos (Programa Bikain)
211/2010	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Agencias de Viaje y Gestión de Eventos
218/2010	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de Lanbide-Servicio Vasco de Empleo
219/2010	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto por el que se regula el procedimiento para obtener la evaluación y acreditación Uniqual, Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del sistema Universitario Vasco, por parte del personal docente e investigador contratado de la UPV/EHU, del profesorado de las Universidades privadas en posesión del Título de Doctor, y para obtener el informe previo de la contratación de Profesorado Colaborador y Asociado de la UPV/EHU
222/2010	Proyecto de Orden del Consejero de Interior por la que se regula la uniformidad general y distintivos de la Ertzaintza
223/2010	Proyecto de Decreto por el que se crea el Registro de Universidades, Centros y Enseñanzas Universitarias en la Comunidad Autónoma del País Vasco
224/2010	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto por el que se aprueban los estatutos de Uniqual Euskal Unibertsitate Sistemaren Kalitatea Ebaluatu eta Egiaztatzeko Agentzia-Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco
225/2010	Proyecto de Decreto de primera modificación del Decreto 7/2008, de 15 de enero, del Consejo Asesor de Política Territorial del Gobierno Vasco
238/2010	Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula la homologación de entidades consultoras para la presentación de asistencia técnica en materia de igualdad de mujeres y hombres a empresas y entidades
251/2010	Decreto de modificación del Decreto por el que se crea el Consejo Vasco de Investigación
260/2010	Proyecto de Decreto por el que se regulan las Ayudas de Emergencia Social

Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (167)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
001/2010	Consulta 194/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.A.U., como consecuencia de una caída en el tramo de escaleras mecánicas del metro en la Plaza …
003/2010	Consulta 199/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.B. como consecuencia de las sanciones impuestas por infracción de la normativa de horarios de cierre de establecimientos
004/2010	Consulta 186/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don L.A.R.B. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
013/2010	Consulta 198/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.P.O. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
014/2010	Consulta 197/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.M.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
015/2010	Consulta 200/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.P.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
020/2010	Consulta 196/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.I.G. como consecuencia de las obras de construcción del aparcamiento del Campus de Leioa de la Universidad del País Vasco
021/2010	Consulta 202/2009 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
022/2010	Consulta 203/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de don I.L.S. a consecuencia de un desprendimiento de rocas sobre el camino de acceso a '…'
023/2010	Consulta 204/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.G.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
024/2010	Consulta 205/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.M.V. como consecuencia de una caída en la vía pública
026/2010	Consulta 225/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.B.S.V. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública
027/2010	Consulta 224/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don S.G.d.C. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública

Nº DICTAMEN	TÍTULO
028/2010	Consulta 226/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados a don J.U.G. y hermanos, con motivo de la muerte de un familiar por una caída en la vía pública
029/2010	Consulta 201/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.C.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
030/2010	Consulta 227/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.G., como consecuencia de una caída en la vía pública
032/2010	Consulta 9/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña P.B.I., como consecuencia de una caída en la vía pública
033/2010	Consulta 230/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.M.I., como consecuencia de una caída en la vía pública
034/2010	Consulta 229/2009 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.R.M., como consecuencia de una caída en la vía pública
035/2010	Consulta 228/2009, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.A.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
036/2010	Consulta 3/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en la vivienda de doña C.R.V. como consecuencia de las obras realizadas en el barrio de …
037/2010	Consulta 2/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil …, como consecuencia del Acuerdo municipal de 20 de julio de 2007, desistiendo del procedimiento de modificación puntual de las Normas Subsidiarias
039/2010	Consulta 17/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.R.E.L. como consecuencia de la anulación judicial de una resolución de autorización previa al traslado de una oficina de farmacia
040/2010	Consulta 11/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Compañía de Seguros …, como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por inundación
041/2010	Consulta 15/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.O.I. como consecuencia de una caída en la vía pública
042/2010	Consulta 10/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.A.G., como consecuencia de una caída en la vía pública

Nº DICTAMEN	TÍTULO
046/2010	Consulta 19/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.C.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
047/2010	Consulta 4/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños padecidos por don F.J.E.L. como consecuencia de un accidente sufrido con su motocicleta en un camino municipal
051/2010	Consulta 13/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.C.P. como consecuencia de una caída en la vía pública
052/2010	Consulta 16/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.J.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
055/2010	Consulta 14/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña P.D.M.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
057/2010	Consulta 21/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … como consecuencia de un desprendimiento de tierras en su parcela
058/2010	Consulta 27/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña F.A.E. como consecuencia de una caída en la vía pública
059/2010	Consulta 20/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.P.A.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
062/2010	Consulta 32/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.A.Z. como consecuencia de una caída en la vía pública
064/2010	Consulta 33/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.A.B. como consecuencia del hundimiento de su embarcación en el puerto de …
065/2010	Consulta 31/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.J.R. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública
066/2010	Consulta 41/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.L.T. como consecuencia de una caída en la vía pública
067/2010	Consulta 30/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la comunidad de usuarios del aparcamiento … como consecuencia de defectos constructivos
070/2010	Consulta 34/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don G.R.L.I. como consecuencia de una declaración de situación de excedencia voluntaria que le ha impedido la adquisición de grado personal

Nº DICTAMEN	TÍTULO
071/2010	Consulta 42/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.D.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
074/2010	Consulta 29/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor I.U.M. como consecuencia de un accidente en el centro educativo … de Bilbao
075/2010	Consulta 38/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña P.T.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
076/2010	Consulta 36/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.M.S., doña M.C.G.G. y don V.E.C. como consecuencia del fallecimiento de un familiar tras la caída de un árbol en la vía pública
077/2010	Consulta 53/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.B.A. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
078/2010	Consulta 37/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.L.M. como consecuencia de un accidente sufrido con su vehículo en la vía pública
079/2010	Consulta 46/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.A.B. y otros 8 propietarios de caravanas como consecuencia de un incendio en el camping municipal de …
084/2010	Consulta 35/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.I.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
085/2010	Consulta 43/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.E.U.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
087/2010	Consulta 55/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.P.C. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza
088/2010	Consulta 58/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en la vivienda de don J.I.Q.G.V. como consecuencia de las obras realizadas en la plaza … de San Vicente de Arana
089/2010	Consulta 59/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños ocasionados en la vivienda de don J.I.Q.G.V. como consecuencia de las obras realizadas en la plaza … de San Vicente de Arana
094/2010	Consulta 67/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.I.A.B. en relación con su participación en el procedimiento de provisión de una plaza de Catedrático de Universidad en el área de …

Nº DICTAMEN	TÍTULO
095/2010	Consulta 66/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.G.I. como consecuencia de una caída en la vía pública
096/2010	Consulta 64/2010 sobre la reclamación responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.L.S.M. y tres más como consecuencia del hundimiento de su embarcación
097/2010	Consulta 51/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.G.G. como consecuencia de la modificación de la relación definitiva de aspirantes en el proceso selectivo de la categoría de … (OPE 2002)
098/2010	Consulta 81/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.E.R.N., como consecuencia de una caída en la vía pública
101/2010	Consulta 54/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.G.V. como consecuencia de la modificación de la relación definitiva de aspirantes en el proceso selectivo de la categoría de … (OPE 2002)
102/2010	Consulta 68/2010 sobre la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don M.L.E. como consecuencia del hundimiento de su embarcación en el puerto de …
103/2010	Consulta 76/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.A.O. como consecuencia de una caída en la vía pública
107/2010	Consulta 70/2010 sobre responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.M.B. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
108/2010	Consulta 71/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.V.C. como consecuencia de una caída en el ambulatorio de … en Algorta
109/2010	Consulta 74/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.M.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
110/2010	Consulta 75/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.A.A.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
114/2010	Consulta 91/2010 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.M.L. y don G.R.M. como consecuencia de la inundación producida en una vivienda de su propiedad
116/2010	Consulta 73/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.R.A. como consecuencia de una caída en la calzada

Nº DICTAMEN	TÍTULO
117/2010	Consulta 77/2010 sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la menor F.A.S., en el centro de enseñanza …
118/2010	Consulta 80/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don G.A.M. como consecuencia de la inundación producida en su local de negocio
119/2010	Consulta 87/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.P.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
124/2010	Consulta 84/2010 reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por las aseguradoras G. y A., así como por don A.F.C., como consecuencia de las inundaciones sufridas en dos locales de negocios
125/2010	Consulta 90/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.M.M.U. y don F.J.U.B. como consecuencia de la Resolución de 6 de octubre de 2005, por la que se encuadra al Bar … en el grupo 2
126/2010	Consulta 94/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña Á.D.O. como consecuencia de una caída en la vía pública
130/2010	Consulta 89/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.B.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
131/2010	Consulta 92/2010 sobre la reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por las aseguradoras A. y B. tras haber hecho efectiva la correspondiente indemnización en favor de sus respectivos asegurados
132/2010	Consulta 103/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.V.B.G.F., como consecuencia de una caída en la vía pública
133/2010	Consulta 104/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don E.A.B. como consecuencia de la Resolución de 26 de julio de 2005, por la que se encuadra al bar … en el grupo 2
142/2010	Consulta 96/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña N.G.L. como consecuencia de su exclusión en el proceso selectivo para ingresar en la Escala Básica de la Ertzaintza
143/2010	Consulta 101/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.Z., como consecuencia de haber recibido el impacto de mobiliario urbano en un día de fuerte viento
144/2010	Consulta 108/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.Z.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
145/2010	Consulta 112/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.O.O.A. como consecuencia de una caída en una instalación municipal

Nº DICTAMEN	TÍTULO
146/2010	Consulta 113/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.V.R. como consecuencia de los desperfectos ocasionados en su vivienda tras una actuación policial
147/2010	Consulta 120/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la compañía … como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por inundación
151/2010	Consulta 106/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.L.D. como consecuencia de un accidente en la vía pública
152/2010	Consulta 118/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.C.B. como consecuencia de un accidente de tráfico en el que se vio implicado un vehículo de la Ertzaintza
153/2010	Consulta 119/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña E.A.I. como consecuencia de una caída en la vía pública
158/2010	Consulta 128/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.M.G.C. como consecuencia de una caída en la pista de tartán del Velódromo de Anoeta
159/2010	Consulta 130/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.S.T. como consecuencia de una caída en la vía pública
160/2010	Consulta 132/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de los garajes sitos en la calle … nº …, del término municipal de Arrigorriaga, como consecuencia de las obras de construcción de viviendas sociales llevadas a cabo en un solar contiguo
161/2010	Consulta 136/2010 sobre la reclamación de Responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J.S.M.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
162/2010	Consulta 140/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … S.A. como consecuencia del pago a un asegurado por la caída de una rama de un árbol en su vehículo
163/2010	Consulta 126/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don J.A.M.G. y doña O.M.I. como consecuencia del ruido provocado por los motores que accionan unos pivotes
164/2010	Consulta 131/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.B.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
165/2010	Consulta 135/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.M.M. como consecuencia de una caída en la vía pública

Nº DICTAMEN	TÍTULO
166/2010	Consulta 138/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.T.A.U. como consecuencia de una caída en la vía pública
167/2010	Consulta 139/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el niño D.C.F. como consecuencia de una caída en la vía pública
168/2010	Consulta 134/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.J.N.Z. como consecuencia de una caída en la vía pública
169/2010	Consulta 137/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña T.B.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
171/2010	Consulta 143/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la aseguradora … S.A. tras haber indemnizado a su asegurado por los daños sufridos en su vivienda tras la caída sobre la misma de una torre grúa de construcción
172/2010	Consulta 147/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Compañía … como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por inundación
173/2010	Consulta 145/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don P.A.M. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
174/2010	Consulta 146/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.L.S. como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
175/2010	Consulta 152/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.M.M. como consecuencia de una caída en la vía pública
177/2010	Consulta 141/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.S.B.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
178/2010	Consulta 151/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don F.J.L.L. como consecuencia de una inundación en su local
179/2010	Consulta 153/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.A.A.L. como consecuencia de una caída en la vía pública
180/2010	Consulta 154/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña L.M.M. en su local de negocio como consecuencia de unas obras

Nº DICTAMEN	TÍTULO
181/2010	Consulta 157/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patimonial por los daños sufridos por doña B.A.A. como consecuencia de una caída en la vía pública
183/2010	Consulta 150/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña I.L.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
184/2010	Consulta 155/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don Á.G.A. y otros como consecuencia del incremento de precio de 24 viviendas unifamiliares de precio tasado, en la parcela …, del Sector …, del municipio de Vitoria-Gasteiz
185/2010	Consulta 159/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor A.S.A. como consecuencia de un accidente en el campo de futbol de Mendizorrotza
186/2010	Consulta 160/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña O.D.E. como consecuencia de un accidente de motocicleta
188/2010	Consulta 163/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
189/2010	Consulta 166/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.B.F.B. como consecuencia de una caída en la vía pública
190/2010	Consulta 164/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña R.M.A.V. como consecuencia de una caída en la vía pública durante una intervención policial
191/2010	Consulta 168/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.I. y las mercantiles … S.L. y … S.A., como consecuencia de un deslizamiento de terrenos propiedad del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián
192/2010	Consulta 170/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por M.I.G.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
193/2010	Consulta 174/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña C.G.R. como consecuencia de una caída en la vía pública
194/2010	Consulta 177/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.C.B.A. como consecuencia de la modificación del destino asignado en concurso de traslados convocado por Osakidetza-Servicio vasco de salud
197/2010	Consulta 169/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B.A.B. como consecuencia de una caída en la vía pública

Nº DICTAMEN	TÍTULO
198/2010	Consulta 173/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … S.L. como consecuencia de la inundación producida en sus instalaciones al desbordarse el río Errekaleor
199/2010	Consulta 179/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M.L.G.G. como consecuencia de una caída en la vía pública
205/2010	Consulta 156/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don M.Á.B.M. y la aseguradora … como consecuencia de las filtraciones sufridas en un local de negocio
206/2010	Consulta 176/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don R.M.P. como consecuencia de la asistencia médica prestada por el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza
209/2010	Consulta 171/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don D.J.I.L. como consecuencia de un accidente sufrido con su bicicleta en la vía pública
210/2010	Consulta 186/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don A.M.G. y don J.Á.Z.M. como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad en relación con la protección de datos de carácter personal
212/2010	Consulta 105/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Compañía … Seguros como consecuencia del pago de una indemnización a un asegurado por inundación
213/2010	Consulta 175/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don HDS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
214/2010	Consulta 178/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIFSMC como consecuencia de una caída en la calzada de un recinto hospitalario
215/2010	Consulta 181/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JIFT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
216/2010	Consulta 185/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JFRP y doña TJFM como consecuencia del fallecimiento de su hija debido a la asistencia médica sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
217/2010	Consulta 190/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la menor NAP tras subirse a una valla en una zona pública de juegos infantiles

Nº DICTAMEN	TÍTULO
220/2010	Consulta 191/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RDP con motivo del fallecimiento de su madre como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
221/2010	Consulta 189/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLFPPP como consecuencia de un accidente en el Hospital de …
227/2010	Consulta 194/2010, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSR como consecuencia de una caída en la vía pública
228/2010	Consulta 195/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEA como consecuencia de una caída en la vía pública
229/2010	Consulta 198/2010, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ARB como consecuencia de la construcción de un aparcamiento subterráneo junto al establecimiento que regenta
231/2010	Consulta 192/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don TLM como consecuencia de una actuación errónea en el proceso de selección para el ingreso en la Escala Básica de la Ertzaintza
232/2010	Consulta 200/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJRR como consecuencia de una caída en la vía pública
233/2010	Consulta 201/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FAI como consecuencia de una caída en la vía pública
234/2010	Consulta 202/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de propietarios … como consecuencia de la inundación de sus garajes
235/2010	Consulta 208/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SSI y doña CZG-MN, debido al fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, don SZN, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
236/2010	Consulta 209/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RAM como consecuencia de haber sido desplazado, tras la asignación en Concurso de traslados, del destino que venía ocupando en adscripción provisional
237/2010	Consulta 212/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IVS, don JJVM y … Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. como consecuencia de un accidente sufrido con motocicleta en la vía pública
239/2010	Consulta 199/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ASS como consecuencia de una caída en la vía pública
240/2010	Consulta 205/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSCO como consecuencia de una caída, en la vía pública

Nº DICTAMEN	TÍTULO
241/2010	Consulta 211/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAIA como consecuencia de una caída en la vía pública
242/2010	Consulta 213/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IFP como consecuencia de una caída en un frontón municipal
243/2010	Consulta 217/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JHM como consecuencia de una actuación de la Ertzaintza en un inmueble de su propiedad
244/2010	Consulta 227/2010, sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Compañía Aseguradora … como consecuencia de los desperfectos ocasionados en el vehículo de un asegurado de dicha Compañía
245/2010	Consulta 207/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CTDE como consecuencia de una caída en la vía pública
246/2010	Consulta 210/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RMEA-IF como consecuencia de una caída en la vía pública
247/2010	Consulta 214/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJSI como consecuencia de una caída en la vía pública
248/2010	Consulta 216/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CMN y doña EEB como consecuencia de los daños sufridos por los reclamantes y su hija debido a la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
249/2010	Consulta 219/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EAH como consecuencia de un accidente en una butaca reclinable del Hospital de …
250/2010	Consulta 223/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSMG y doña MAMG con motivo del fallecimiento de su madre como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios
252/2010	Consulta 206/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CAGG como consecuencia de un accidente de tráfico motivado por la presencia de una mancha de gasoil en la calzada
253/2010	Consulta 215/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PMR como consecuencia de una caída en la vía pública
255/2010	Consulta 222/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de la ejecución de unas obras

Nº DICTAMEN	TÍTULO
256/2010	Consulta 229/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don EOZP como consecuencia de una caída en la vía pública
257/2010	Consulta 233/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor MGR, como consecuencia del accidente derivado de la caída de una portería de fútbol en un polideportivo de titularidad municipal
258/2010	Consulta 235/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EBI como consecuencia de una caída en la vía pública
259/2010	Consulta 240/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don BMM como consecuencia de un accidente de circulación en el término municipal de Donostia-San Sebastián
261/2010	Consulta 224/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCEC como consecuencia de la asistencia médica prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud
262/2010	Consulta 228/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IFN como consecuencia de una caída en la vía pública
263/2010	Consulta 231/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCRG como consecuencia de una caída en la vía pública
264/2010	Consulta 232/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RLAH y don SLAH con motivo del fallecimiento de su padre, don CHR, como consecuencia de una caída en la vía pública
266/2010	Consulta 241/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Compañía aseguradora …, como consecuencia de la indemnización abonada a un asegurado que había sufrido diversos perjuicios derivados de la rotura de una tubería de la red municipal de abastecimiento de agua

Revisión de oficio (10)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
002/2010	Consulta 195/2009 sobre procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones de la tasa por depósito de residuos en el vertedero de Gardelegui giradas durante los años 2001 y 2002 a la empresa …
050/2010	Consulta 5/2010 sobre el expediente de revisión de oficio de la Resolución de 9 de junio de 2006, del Director territorial del Bizkaia, por la que se concede autorización sanitaria de funcionamiento a …

Nº DICTAMEN	TÍTULO
056/2010	Consulta 12/2010 sobre el expediente de revisión de oficio de la Resolución de Alcaldía de 28 de julio de 2009, por la que se concede licencia a la Junta Administrativa de … para la ejecución de las obras de un paseo peatonal y jardín en la margen derecha del río …
086/2010	Consulta 57/2010 sobre el expediente de revisión de oficio de la inscripción padronal de 11 de agosto de 2008 de doña C.G.M. en el municipio de Arrigorriaga
154/2010	Consulta 125/2010 sobre la revisión de oficio del punto 5º del Acuerdo del Concejo de Legarda, de 19 de marzo de 2006, por el que se acuerda la devolución de las cantidades depositadas como garantía de la obligación de cierre del vallado de un monte
170/2010	Consulta 142/2010 sobre la revisión de oficio de los Decretos de Alcaldía 219/2008, de 26 de febrero, 737/2008, de 6 de junio y 997/2009, de 20 de julio por los que se concede a la mercantil … S.A. licencias de obra para construcción de pabellón
187/2010	Consulta 162/2010 sobre la revisión de oficio del Decreto de 26 de noviembre de 2009 por el que se acuerda tener por reincorporado como funcionario de carrera a don O.S.P. y dejar sin efecto el Decreto por el que se le declaró en situación de jubilado por incapacidad en grado total
196/2010	Consulta 165/2010 sobre la revisión de oficio del Plan Especial de Reforma Interior (PERI) de Gandias (Gorliz) y de la correspondiente Unidad de Ejecución UE-1 de Gandias
226/2010	Consulta 193/2010, sobre la revisión de oficio del Acuerdo del Concejo de Ullibarri-Gamboa de 17 de noviembre de 2001 por el que se adjudica el contrato de arrendamiento para camping en subasta pública y del contrato de arrendamiento suscrito el 19 de noviembre de 2001 entre la Junta Administrativa y … S.L.
265/2010	Consulta 234/2010 sobre la revisión de oficio del Decreto de Alcaldía nº 252/2000, de 10 de marzo, del Ayuntamiento de Ermua, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Reparcelación de la Unidad de Ejecución 04 del Sector Industrial Urtia

Recurso extraordinario de revisión (1)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
031/2010	Consulta 231/2009 sobre el recurso extraordinario de revisión interpuesto por …, Sdad. Cooperativa, contra la Resolución de 29 de abril de 2009, del Viceconsejero de Sanidad, por la que se resuelve el expediente sancionador nº ...

Contratos administrativos (7)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
049/2010	Consulta 26/2010 sobre la resolución del contrato de servicios para la edición y distribución de la publicación Ertzaintza Gaur
106/2010	Consulta 63/2010 sobre la resolución del contrato administrativo de servicio para el mantenimiento del vertedero de residuos sólidos de Llodio
111/2010	Consulta 93/2010 sobre la resolución del contrato de cesión de uso de un inmueble propiedad del Ayuntamiento de Lanciego en favor de la mercantil …
113/2010	Consulta 83/2010 sobre la modificación del contrato de ejecución de las obras de reforma y ampliación del antiguo edificio de Áreas Sociales de la UPV/EHU
157/2010	Consulta 127/2010 sobre la resolución del contrato de suministro de un vehículo mixto auto-bomba y brazo articulado o escalera' formalizado entre el Ayuntamiento de Bilbao y …, S.L.
182/2010	Consulta 148/2010 sobre la resolución del contrato de desarrollo del Programa de Intervención Preventivo Educativo con familias y comunidad, suscrito entre el Ayuntamiento de Arrigorriaga y … Asociación
254/2010	Consulta 220/2010 sobre la resolución del contrato de obras del 'Proyecto de construcción de un Centro de Referencia para la Sociedad de la Información Donostia-San Sebastián Digital-Polo de Innovación Audiovisual'. adjudicado a la mercantil … S.A.

Acuerdos de devolución (6)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
001/2010	Consulta 25/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil … como consecuencia de la deuda monetaria de la UTE … y …, adjudicataria del contrato de construcción y explotación del aparcamiento municipal …
002/2010	Consulta 40/2010 sobre la resolución del contrato de explotación del bar Ostatu Zaharra y concesión de vivienda
004/2010	Consulta 52/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña A.M.L.-L. como consecuencia de una caída junto a un centro de salud de Osakidetza
005/2010	Consulta 56/2010 sobre la resolución del contrato de explotación del bar Ostatu Zaharra (segunda adjudicación)

Nº DICTAMEN	TÍTULO
006/2010	Consulta 110/2010 sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle … como consecuencia de la ejecución de unas obras
007/2010	Consulta 97/2010 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. ÁMBITO OBJETIVO

La Comisión informa en virtud de lo establecido en el artículo 3.1.c) de la Ley 9/2004 de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, al entender que **la potestad normativa debe ser entendida en términos amplios, incluyendo en ella la potestad derogatoria,** puesto que refleja la voluntad de quien ostenta la potestad reglamentaria de acordar la pérdida de vigencia de una norma y supone un cambio normativo que incide en la regulación del sector al que afecta.

DCJA 127/2010 pár. 5

De acuerdo con el artículo 3.1.k) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, **el presente dictamen se emite** con carácter preceptivo, **al haber superado una de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial la cantidad de 6.000 euros**. Aunque sean tres acciones diferentes, es evidente que todas se fundamentan en un mismo hecho y causa de pedir, por lo que siendo las consecuencias que se alcancen con respecto a aquella extensivas a las otras dos, las trataremos igualmente, sin perjuicio de que ello no suponga que dicha acumulación haya provocado que su valor venga determinado por el importe de todas ellas.

DCJA 237/2010 pár. 6

La valoración positiva de la tramitación seguida ha de extenderse a la actuación de las administraciones municipales que han intervenido en el expediente que solo cabe calificar de eficaz y diligente, pues, lejos de convertir las dudas sobre la titu-

laridad de la calzada en un obstáculo para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del ciudadano perjudicado, han colaborado y coordinado su actuación, proporcionándose mutuamente la información necesaria para permitir la resolución de la reclamación, acudiendo a una fórmula que salvaguarda el derecho del ciudadano afectado y el interés de los municipios ya que se respeta su competencia para resolver y cada uno hace frente a la responsabilidad en el porcentaje que le corresponde, evitando así el procedimiento más complejo de acometer el pago íntegro por una de las administraciones implicadas y la posterior activación del procedimiento de reintegro.

La tramitación suscita una única cuestión. Entre la documentación del expediente remitido figura la instrucción llevada a cabo con ocasión de la reclamación presentada por el mismo reclamante, los mismos hechos y el mismo daño ante el Ayuntamiento de Pasaia que, según la propuesta de resolución incorporada, acepta su responsabilidad patrimonial en un 50% del daño reconocido (aunque éste no coincide exactamente con el propuesto por el de Donostia-San Sebastián).

El Dictamen, por elementales razones de congruencia, sólo se pronuncia sobre la consulta formulada por el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, sin perjuicio de que la total identidad de las reclamaciones presentadas ante cada ayuntamiento suponga, en este caso, indirectamente el análisis de la actuación del Ayuntamiento de Pasaia que formalmente no ha requerido la intervención de la Comisión.

DCJA 209/2010 pár. 12 a 14

2. PARÁMETROS

A) Actos administrativos

Responsabilidad patrimonial

El procedimiento de responsabilidad patrimonial analizado se inicia por la Comunidad de usuarios reclamante como una reclamación previa a la vía jurisdiccional y el Ayuntamiento, en consecuencia, lo tramitó como una responsabilidad contractual.

Posteriormente, la reclamante afirma que su petición subsume la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración frente al Ayuntamiento o al concesionario del aparcamiento municipal. Esto es, la reclamante ha acumulado dos acciones para sustentar su pretensión.

El Ayuntamiento, tras la acumulación, ha reconducido la tramitación a través de la responsabilidad patrimonial, cumpliendo las exigencias procedimentales sustancia-

les que fija la normativa citada en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

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 tenga una vía procedimental específica establecida en el ordenamiento jurídico.

En el caso que nos ocupa, si bien se ha producido una acumulación de acciones, no podemos obviar el hecho de que ambos tipos son claramente diferenciables, «pues como dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1999, la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento —por parte de las partes contratantes— de un deber estipulado en el contrato» (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000).

Siguiendo dicho criterio, el mismo Tribunal, en Sentencia de 4 de marzo de 2009, clarifica que «la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otras, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo —el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC— y otro subjetivo —la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe— (STS de 31 de octubre de 2007). **Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo** (STS 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de culpa civil».

Volviendo a la reclamación sometida a nuestra consideración, del expediente se constata la existencia de una especial relación contractual entre las partes implicadas, y los daños, que se califican de defectos de construcción u obras que exceden del mantenimiento y conservación, se reclaman en el marco de las obligaciones y

contraprestaciones de la relación contractual, por lo que, en realidad, se basan en un incumplimiento contractual.

Conforme a lo anterior, y a la vista de la documentación obrante en el expediente, esta Comisión entiende que **ha de ser en el marco de la relación contractual contraída entre la partes** (Ayuntamiento de Bilbao, la mercantil … y la Comunidad de cesionarios del aparcamiento …) **en el que han de dirimirse todos los aspectos relacionados con la posible existencia de responsabilidad,** para lo que habrán de tenerse en cuenta los Pliegos de Condiciones, los contratos de cesión de uso, los Estatutos de la Comunidad y la legislación específica al caso.

DCJA 67/2010 pár. 14 a 21

Contratación

En el presente caso, insistimos, el contrato ya fue dado por finalizado por el Ayuntamiento a instancia de la propia adjudicataria, surgiendo discrepancias en el posterior procedimiento dirigido únicamente a liquidar el contrato, y en el cual no se dan las circunstancias legales que requieren la intervención de esta Comisión.

Por un lado, **la participación de esta Comisión en los supuestos de resolución contractual se presenta siempre**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1.i) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, en relación con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 59 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (texto legal aplicable al contrato por haber sido adjudicado durante su vigencia), **como una intervención ex ante**, mientras que en el presente caso nos encontramos ante un contrato ya finalizado cuyo contenido ha sido objeto, incluso, de una nueva licitación.

No debe olvidarse que **la intervención de este órgano consultivo** contribuye, al igual que el resto de órganos de igual naturaleza, a garantizar la legalidad y el acierto de la actuación administrativa, así como la mejor protección de los derechos de los ciudadanos y a la consolidación de su posición jurídica, pero **no tiene por objeto controlar o confirmar la actividad de las Administración, sino contribuir a su perfeccionamiento en la fase previa de elaboración de la decisión, lo que resulta del todo imposible cuando esa decisión ha sido ya tomada mediante una resolución que, a estas alturas, reviste además carácter firme.**

Por otro lado, la Comisión no ha de ser consultada más que en casos determinados de ejercicio de las prerrogativas de interpretación, nulidad y resolución del contrato, y siempre que se haya producido la oposición del contratista, sin que pueda ir más allá, como aquí se pretende, al solicitar su intervención una vez que aquél ya ha sido

resuelto, puesto que la intervención de esta Comisión tiene un carácter tasado, circunscrito a los supuestos previstos en su norma reguladora.

En este sentido, es conveniente reconocer también que, **en determinados supuestos, esta Comisión sí se ha pronunciado sobre cuestiones que afectan a los diferentes conceptos incluidos en la liquidación de un contrato** (como ejemplo, basta con citar nuestro DCJA 49/2010), **pero** debe puntualizarse que esos pronunciamientos **se han producido siempre en el marco de un procedimiento dirigido a la resolución del contrato, y sólo en aquellos supuestos en los que la oposición planteada a la resolución por parte del contratista se ha centrado, precisamente, en los conceptos y las cantidades que afectaban a la liquidación**, mientras que en este caso el dictamen se ha solicitado con posterioridad a la terminación del contrato.

En definitiva, dado que se trata de un contrato ya finalizado, debemos concluir que no procede emitir el dictamen solicitado puesto que no nos encontramos ante un asunto de los comprendidos en el artículo 3.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE) que deba ser informado preceptivamente.

ACJA 2/2010 pár. 12 a 17

CAPÍTULO II

FUENTES DEL DERECHO

1. LEY

A) Reserva de ley

Derechos y libertades

El artículo 7 de la Ley 28/2005 [Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publidacidad de los productos del tabaco] anuncia que el listado de lugares en los que se prohíbe fumar no es cerrado, ya que, a los que relaciona, se añadirán «aquellos lugares o espacios definidos en la normativa autonómica».

El legislador estatal reconoce, de esa forma, la competencia autonómica para completar su regulación y disponer nuevos **lugares o espacios en los que se encuentra proscrito fumar.**

Ahora bien, como **toda intervención limitativa y restrictiva de derechos, requiere ser convenientemente sopesada**. Frente a la libertad individual que se proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico por el artículo 1.1 CE, se sitúan bienes constitucionalmente legítimos, cuya defensa, como es el caso de la salud, justifican la actuación de los poderes públicos, en particular cuando tratan de preservar la salud de los menores y de las personas expuestas a humo de tabaco ajeno, pero como tales medidas deben estar rectamente enderezadas a la consecución de los fines públicos que con ellas se persiguen. Esto es, **las prohibiciones han de ser susceptibles de lograr el fin legítimo previsto —juicio de idoneidad—, ser necesarias, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —juicio de**

necesidad— y, finalmente, han de ser ponderadas y equilibradas, por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores —sin que resulten desmesuradas e intolerables—.

Además, se ha de insistir en que la mayor claridad en sus prescripciones resulta esencial, máxime cuando para garantizar su cumplimiento se dispone un régimen sancionador —se castiga tanto fumar como permitir fumar en estos lugares— que ha de cumplir el principio de legalidad también en su vertiente de la lex certa, a fin de que sus destinatarios sepan a qué atenerse y puedan predecir las consecuencias de sus actos.

DCJA 139/2010 pár. 123 a 126

2. LEGISLACIÓN BÁSICA

La particularidad del anteproyecto estriba en que, no sólo se adapta al régimen impuesto por la Ley 28/2005, sino que además toma en consideración su posible reforma, habiéndose coordinado su redacción con el Ministerio de Sanidad (folio 208 del expediente), **teniendo el órgano promotor la intención de que sean debatidas las dos reformas legales «al mismo tiempo en los correspondientes órganos legislativos** (estatal y autonómico)» (folio 1 del expediente).

Aunque es obvio que la norma proyectada debe ser confrontada con la legislación básica estatal vigente, la Comisión estima que no puede tildarse de irrazonable la idea de tomar como referente para llevar a cabo el desarrollo legislativo autonómico lo dispuesto en una iniciativa cuya toma en consideración ha sido aprobada muy mayoritariamente —del total de votos emitidos (347), a favor lo fueron 341; en contra, dos; abstenciones, cuatro—.

Es cierto que, hasta que no se convierta en ley, todo juicio que se formule asumiendo un común denominador normativo que todavía no ha sido establecido resulta apresurado —la Proposición de Ley será sometida a debate y enmienda, del que podrá resultar una ley con un texto parecido o muy distinto—, pero igualmente cierto resulta que, si se hiciera caso omiso al nuevo común denominador que encierran las bases estatales proyectadas, la legislación autonómica nacería al mundo jurídico con una grave desventaja, pues, estando permanentemente sujeta a una nueva catalogación de lo básico por parte del Estado, podría quedar sobrevenidamente privada de efectos casi inmediatamente después de ser aprobada.

Desde una perspectiva dogmática, si la iniciativa tiene la vocación de asumir el régimen mediante el que el legislador estatal plasmará el nuevo marco normativo unitario en materia de tabaco, lo adecuado y procedente sería demorarla hasta entonces.

Ahora bien, aún con los riesgos que encierra un examen como el que se nos plantea, la Comisión realizara el enjuiciamiento del articulado que contempla la iniciativa a la vista de los mínimos de la Ley 28/2005 y los que se derivan de la citada Proposición de Ley, por las razones siguientes.

(…)

Como es fácil comprender el sentido y las finalidades que se persiguen hacen que la Proposición y el anteproyecto de Ley coincidan en sus líneas maestras sobre la mejor forma para combatir el tabaquismo, concepción que se va extendiendo por todos los países europeos y que, además, se encuentra auspiciada por las instituciones comunitarias.

Existe, en suma, una **plena sintonía en ambas iniciativas**, que se proyectan sobre un elemento esencial de la ordenación —la prohibición total de fumar en lugares cerrados de uso público—, lo que **facilita en este caso asumir los parámetros de la Proposición de ley, sin entrar a dilucidar, en abstracto, si la competencia autonómica de desarrollo y ejecución en materia de sanidad**, que permite introducir límites superiores a los establecidos por el Estado de forma básica —como comprobaremos seguidamente—, **daría cobertura suficiente a la ley autonómica en el caso de que tuviéramos que contrastarla con la actual Ley 28/2005**, lo que exigiría un análisis cuidadoso atendiendo al diferente contenido obligacional que han de cumplir los titulares de los diversos espacios y lugares, sobre todo para los que mantener la distinción o igualarlos a los demás —caso de los negocios en los que a sus titulares privados se les permitía habilitar zonas para fumadores, o pequeños establecimientos de hostelería y restauración en los que está permitido fumar— resulta una cuestión capital.

En tanto que se asume como referente básico la nueva ordenación de la Proposición de Ley, es claro que la futura ley autonómica no podrá aprobarse antes que la ley estatal.

DCJA 139/2010 pár. 82 a 92

3. REGLAMENTOS

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Ya hemos señalado anticipadamente que la Directiva 2006/123/CE [Directiva de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios del mercado interior] y su transposición mediante las leyes 17 y 25/2009 [obligan a realizar un estudio de la legislación sectorial de servicios vigente en la Comunidad Autónoma para proceder, en su caso, a su adaptación.

En el expediente se ha dejado constancia de la futura elaboración de un anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes, entre las que se incluiría la LOT. Pese a que no nos ha sido remitido el texto del citado anteproyecto —solamente las alegaciones que ha realizado el Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo—, de las mismas se desprende que la reforma de la LOT va en consonancia con el proyecto de Decreto que informamos.

Ahora bien, **por la posición que ocupan la ley y el reglamento en el sistema de fuentes autonómico, no es posible proceder a la aprobación de un Decreto de desarrollo de la LOT tomando en consideración sus futuras previsiones, cuando todavía no han sido aprobadas.**

La producción de normas jurídicas autonómicas ha de respetar, simultáneamente, los principios de legalidad y de jerarquía normativa (ley/reglamento) en el marco del ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma y el de competencia en relación con el ordenamiento estatal. Es decir, si bien se ha de respetar el contenido material de las normas básicas que dicte el Estado en ejercicio de sus competencias, ello no puede hacerse con desconocimiento o sacrificio de los otros dos principios declarados por el artículo 9.3 CE.

El Gobierno, de acuerdo con los arts 16 y 18 c) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno (en adelante, LG), es el titular de la potestad reglamentaria, y, por tanto, es preciso delimitar los contornos de la misma, a través de la cual el ejecutivo participa en la conformación del ordenamiento jurídico, desarrollando y complementando las previsiones de la Ley.

Como señalan, entre otras, las SSTS de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005/8762) y 20 de mayo de 2008 (RJ 2008/3491):

> Tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (arts. 97 CE, 51 Ley 30/92 y 23 Ley 50/97), en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, los reglamentos no pueden abordar determinadas materias, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público).
>
> Desde el punto de vista formal el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de sujetarse al procedimiento de elaboración legalmente establecido (arts. 24 y 25 Ley 50/97), con respeto al principio de jerarquía normativa y de inderogabilidad singular de los reglamentos, así como la publicidad necesaria para su efectividad (art. 9.3 CE), según establece el art. 52 de la Ley 30/92.
>
> Las delimitaciones sustantivas y formales de la potestad reglamentaria determinan el ámbito del control judicial de su ejercicio, atribuido por el art. 106 de la Constitución, en relación con el art. 26 de la Ley 50/97 y el art. 1 de la Ley 29/98 a la Jurisdicción Con-

tencioso-Administrativa, lo que se plasma en el juicio de legalidad de la disposición general en atención a las referidas previsiones de la Constitución y el resto del ordenamiento, que incluye los principios generales del Derecho (interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad,...), y que conforman las referidas exigencias sustantivas y formales a las que ha de sujetarse, cumplidas las cuales, queda a salvo y ha de respetarse la determinación del contenido y sentido de la norma, que corresponde al titular de la potestad reglamentaria que se ejercita y que no puede sustituirse por las valoraciones subjetivas de la parte o del propio Tribunal que controla la legalidad de la actuación, como resulta expresamente del artículo 71.2 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, que aun en el supuesto de anulación de un precepto de una disposición general no permite determinar la forma en que ha de quedar redactado el mismo.

Este alcance del control judicial del ejercicio de la potestad reglamentaria se recoge en la Sentencia de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 4989), según la cual: además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992; LRJ y PAC, en adelante); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 de la Ley 50/97. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.

En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones.

Ahora bien, respetadas tales exigencias, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria (art. 97 CE y 23 de la Ley del Gobierno, Ley 50/1997, de 27 de noviembre), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad. O, dicho en otros términos, nuestro control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho, los distintos intereses que subyacen en el conflicto que aquélla trata de ordenar, careciendo este Tribunal de un poder de sustitución con respecto a la ponderación efectuada por el Gobierno. Y ni siquiera procede declarar la invalidez de la norma por razón de la preferencia que de aquellos intereses refleje la disposición reglamentaria, como no suponga una infracción del ordenamiento jurídico, aunque sea entendido en el sentido institucional con que es concebido tradicionalmente en el ámbito de esta jurisdicción (arts. 83 de la Ley de la

Jurisdicción de 1956, y 70 y 71 de la Ley de 1998), y que se corresponde con el sentido del citado artículo 9 de la Constitución (Cfr. SSTS 26 de febrero [RJ 1999, 1823] y 17 de mayo de 1999 [RJ 1999, 3989], 13 de noviembre [RJ 2001, 9785], 29 de mayo [RJ 2001, 6345] y 9 de julio de 2001 [RJ 2001, 6074], entre otras).

DCJA 176/2010 pár. 84 a 89

El contraste del proyecto con los preceptos de la LOE que resultan de aplicación, con el contenido del Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, [por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo] y con el Real Decreto 1395/2007, de 29 de octubre, [por el que se establece el título de Técnico Superior en Laboratorio de análsis y de control de calidad y se fijan sus enseñanzas mínimas], arrojan un resultado positivo, con excepción de la previsión contenida en **la disposición adicional segunda que posibilita la autorización de proyectos por la Viceconsejería de Formación Profesional y Aprendizaje Permanente, con distinta duración a la establecida en el Anexo I del Decreto objeto de consulta**, siempre que no se altere la distribución de los módulos por cursos y se respeten los horarios mínimos atribuidos a cada módulo en el Real Decreto de creación del título.

La ausencia de información en el expediente sobre el objetivo y finalidad de la citada disposición adicional segunda plantea a esta Comisión dos acercamientos diferentes, en función de si lo que se persigue es el dictado por la citada Viceconsejería de un acto administrativo de carácter autorizatorio o **si**, por el contrario, **se pretende que dicho órgano dicte una disposición de carácter general en la que se afecten los ámbitos señalados** (distribución de módulos por cursos, con el límite del respeto a los horarios mínimos).

En el primer caso, esta Comisión no observa ninguna objeción a tal posibilidad, siempre que se otorgue en el ámbito competencial de la Viceconsejería, mientras que en el segundo, y de acuerdo con el artículo 29 EAPV y los artículos 16, 18 y 26 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 citada Ley, 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—. Esto es, **la Viceconsejería de Formación Profesional y Aprendizaje Permanente carece de la citada potestad**.

A su vez, y, de acuerdo con el marco normativo del proyecto, nos encontramos que la competencia para el establecimiento del currículo corresponde a las Administraciones Educativas, artículo 6.4 LOE y, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, es el artículo 49 de la LEPV la disposición que encomienda al Gobierno, mediante Decreto, dictado a propuesta del Departamento de Educación, Universidades e Inves-

tigación, el desarrollo de las previsiones que se contienen en la legislación vigente en lo que se refiere a la definición de los contenidos curriculares que habrán de ser cumplidos por todos los centros.

Ahora bien, **si se considera necesario una desreglamentación puntual, para que el reglamento del Gobierno permita su modificación por una Orden departamental**, cuando existen aspectos de la ordenación cuya flexibilización se considera precisa —las razones se deberían incluir en la memoria justificativa, ya que se trata de una de las opciones singulares que incorpora el proyecto—, ello **exigiría establecer unos parámetros objetivos que delimitaran, con suficiente certeza, el margen de disponibilidad que ostenta el Consejero del ramo,** sin que pueda darse una atribución genérica como la que establece la disposición que analizamos.

DCJA 5/2010 pár. 38 a 42

Véase DCJA 91/2010 pár. 32 a 36

Ciertamente a estos efectos **el plazo señalado para la aprobación del proyecto ha sido ya superado**. No obstante, como ha mantenido en frecuentes ocasiones la Comisión, **el incumplimiento del plazo expresamente fijado por la Ley y dentro del que se ordena al Gobierno hacer uso de la habilitación legal específica de la potestad reglamentaria no priva al Gobierno de dicha potestad**, **ni impide que éste actúe su potestad transcurrido el repetido plazo** (salvo que otra cosa resulte nítidamente de la naturaleza del plazo y de la habilitación conferida al Gobierno). La fijación legal de un plazo testimonia la voluntad del legislador de que la norma de cuya reglamentación se trata sea puesta en ejecución sin dilaciones. Los principios de legalidad y jerarquía normativa, erosionados inicialmente por el incumplimiento del plazo, amparan, sin embargo, la interpretación más acorde con la voluntad legalmente manifestada, y corresponde mejor a esta voluntad la promulgación, aun tardía, de la norma reglamentaria que la cancelación de la posibilidad misma de que tal norma sea promulgada.

DCJA 93/2010 pár. 37

Véanse DDCJA 195/2010 pár. 37 a 38 y 202/2010 pár. 32

Siguiendo con el análisis del proyecto que se nos ha presentado a consulta, es reseñable que, a diferencia de lo que hace el Decreto 118/2007, de 17 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar —que quedará derogado una vez aprobado el Decreto—, no explicita la **cuantía de cada uno de los tipos de ayudas**, a excepción de la del Capítulo IV (para sustitución de personas trabajadoras acogidas a una excedencia o reducción de jornada de trabajo para el cuidado de hijos, hijas, o familiares en situación de dependencia o extrema

gravedad sanitaria), sino que **se remite para su determinación a una posterior Orden** de la persona titular del Departamento competente en materia de Asuntos Sociales (artículos 8, 21 y actual 40.3, para las ayudas de los Capítulos II, III y V).

Esa opción es válida siempre que la disposición habilitante —en este caso, el Decreto— **contenga las reglas y parámetros suficientes para que la norma de inferior rango efectúe una aplicación de los mismos en la tarea de concretar la cuantía a disfrutar en cada caso.** Ese es el sentido en que ha de interpretarse el **artículo 51.1.d) LPOHGPV** cuando recoge como contenido mínimo de las normas reguladoras de la concesión de las ayudas o subvenciones su cuantía individualizada o criterios para su determinación, y, en su caso, el importe global máximo destinado a las mismas.

DCJA 122/2010 pár. 51 a 52

Como hemos avanzado, el Capítulo XIII del proyecto se destina a establecer para el ámbito de la regulación proyectada las **consecuencias que cabe extraer de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (LIMH)** y se concretan en dos ámbitos: el de los programas deportivos y planes de acción positiva que contempla el artículo 73 y el de **«la igualdad en cargos directivos»** del artículo 74. Tales determinaciones se completan en la disposición adicional quinta con el «distintivo para las entidades deportivas en materia de igualdad», cuya regulación pormenorizada se remite a una disposición posterior.

En el primer caso (artículo 73), los clubes que cuenten con más de mil socios vienen obligados a: (i) incorporar en sus programas deportivos medidas adecuadas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres; y (ii) establecer programas específicos para abrir las disciplinas deportivas a las mujeres y ejecutar planes especiales de acción positiva para garantizar de forma progresiva la citada igualdad tanto en la práctica de cada modalidad deportiva como en la propia gestión de la entidad.

El umbral de los mil socios no encuentra explicación en el expediente, sin que resulte tampoco notorio el motivo de eximir al resto de clubes deportivos de la progresiva puesta en marcha de medidas adecuadas para ir avanzando en la consecución de la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres en el ámbito del asociacionismo deportivo y la práctica de las distintas modalidades deportivas.

Al margen de la señalada necesidad de exteriorizar el fundamento del límite, los términos abiertos en los que se establece la exigencia permite afirmar su conformidad con la LIMH, cuyo artículo 25 señala que «las administraciones públicas vascas deben adoptar las medidas oportunas para garantizar la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres en relación con la práctica de todas las modalidades deportivas» —párrafo 3— y que dichas administraciones «…fomentarán el patroci-

nio de actividades deportivas tanto de mujeres como hombres en aquellas modalidades en las que su participación sea minoritaria. Asimismo aumentarán las ayudas públicas destinadas a modalidades deportivas practicadas mayoritariamente por mujeres» —párrafo 4—.

En igual sentido, ningún reparo se observa en la decisión normativa de crear un distintivo para aquellas entidades deportivas que destaquen en la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades, que, sin perjuicio de lo que luego se señala sobre el párrafo 3 de la disposición adicional quinta que versa sobre el distintivo, resulta un contenido incardinable entre las acciones típicas de fomento.

Sin embargo, un análisis diferente suscita el artículo 74 (en especial sus párrafos 2 y 3).

Su párrafo primero es mera traslación al ámbito de los clubes deportivos y las agrupaciones deportivas del **artículo 24.1 LIMH** (asociaciones y organizaciones), que determina que **«las administraciones públicas vascas han de promover que en los órganos de dirección de las asociaciones** y organizaciones profesionales, empresariales, de economía social, sindicales, políticas, culturales o de otra índole **exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres.** A tal fin, entre otras actuaciones, podrán adecuar las subvenciones que les correspondan en función de la adopción de medidas que posibiliten un incremento de la presencia de mujeres en aquéllos órganos de dirección en las que estén infrarepresentadas».

En este marco, los párrafos 2 y 3 enuncian mandatos de directa aplicación para todos los clubes deportivos en los siguientes términos:

> 2. Las candidaturas que se presenten a los órganos de administración de todas las entidades deportivas citadas deberán reflejar una presencia equilibrada de mujeres y hombres salvo que, por razones fundadas y objetivas no resulte posible. En cualquier caso, todas las candidaturas que se presenten para órganos colegiados de administración deberán incluir una presidencia y una vicepresidencia primera de género diferente.
>
> 3. En caso de sustitución de la Presidencia corresponderá la misma a la persona titular de la Vicepresidencia de género diferente.

En el examen de ambos párrafos, si bien es cierto que resultan en el ámbito del citado artículo 24 LIMH «otra de las actuaciones» que conforme al mismo pueden poner en marcha las administraciones para la consecución del objetivo de la presencia equilibrada en los órganos de dirección, también lo es que la medida se sitúa claramente fuera del ámbito del fomento —que en el esquema del precepto es ejemplificativo—, al formularse como una exigencia para todas las candidaturas a junta directiva de todas las entidades deportivas (clubes —cualquiera que sea su dimensión— y agrupaciones deportivas —lo que de acuerdo con la naturaleza de éstas carece de sentido—). Asimismo, si bien la regla que abre el párrafo 2 permite, en principio, su exención «por razones fundadas y objetivas», la cláusula de cierre (en

todo caso, Presidencia y Vicepresidencia primera de género diferente y la regla de sustitución, consecuencia de aquélla) se enuncia sin posibilidad alguna de exención.

Por tanto, la cuestión radica en indagar si tales párrafos, en los términos contemplados, puede encontrar adecuado respaldo en la LIMH o, en otras palabras, si aquélla puede ser considerada como una de las medidas posibles que para «promover» el citado equilibrio pueden adoptar las administraciones públicas con base en el señalado artículo 24 LIMH.

En esta perspectiva, **considera la Comisión que, atendiendo al entero esquema de la LIMH y a los términos de dicho artículo 24 LIMH (literalidad, ámbito objetivo y ubicación), la fijación de una regla imperativa como la pretendida reclamaría una decisión del legislador más precisa. Porque ninguna duda cabe sobre la legitimidad de las decisiones normativas que persiguen la consecución de los valores superiores del ordenamiento constitucional —entre los que figura la igualdad entre hombres y mujeres—, como tampoco hay duda sobre que dichas decisiones pueden conllevar la limitación o modulación de otros derechos, pero tal efecto, sobre todo si —como aquí sucede— se proyecta sobre una de las vertientes que integran el derecho fundamental de asociación (la libertad organizativa), debe ser adoptado por el legislador, estando vedado al reglamento fijar dichas limitaciones sin un claro amparo legal.**

En efecto, el proyecto toma en consideración la necesaria existencia de candidaturas para la elección del órgano de administración de los clubes deportivos, pero, a diferencia de lo que sucedía en el supuesto analizado en la STC 13/2009, las reglas que contempla afectan a una de las vertientes que integran el derecho fundamental de asociación, cual es la libertad de autoorganización.

La imposición normativa de reglas en pos de la igualdad en los órganos de administración de todos los clubes deportivos resultaría, en abstracto, posible, pero es una decisión que en nuestro ordenamiento está reservada al legislador y que, en tanto que conlleva afectación en el ejercicio del derecho de asociación en el sector de las entidades deportivas de base, reclamaría a juicio de la Comisión una previsión legal con un grado de concreción mayor que el que otorga el artículo 24 LIMH.

Asimismo, siendo notoria la legitimidad del fin perseguido, la medida de acción positiva, en los términos imperativos del artículo 74. 2 «in fine» y 3, no cuentan en el expediente con una explicación sobre su racionalidad y proporcionalidad (requisitos exigibles para las medidas de acción positiva conectadas con el artículo 14 CE) que sustenten la elección de la concreta solución propuesta. En este ámbito, es de ver que, a diferencia de lo que sucede con las medidas del artículo 73, las del artículo 74 no se modulan en función de la dimensión del club ni aparecen prima facie como las más idóneas para conseguir el objetivo propuesto. Pues, basta con que el club deportivo se acoja a la posibilidad de contar con un órgano de administración uni-

personal (Presidencia) para que aquéllas pierdan toda su virtualidad para propiciar la introducción de las mujeres en la gestión de los clubes deportivos. En cuanto a la proporcionalidad, la previsión del proyecto contrasta con la solución normativa dada a las federaciones deportivas —agentes colaboradores de la Administración con funciones públicas de carácter administrativo—. En efecto, el Decreto 16/2006, de 31 de enero, contempla en su artículo 168 la obligación de dichas federaciones de «elaborar, aprobar y ejecutar en los plazos y términos que reglamentariamente establezcan las correspondientes administraciones de tutela planes de acción positiva para la igualdad de hombres y mujeres al objeto de ir garantizando de forma progresiva la igualdad de mujeres y hombres en la practica de cada modalidad deportiva y en la propia gestión de las federaciones».

En suma, **con el sólo apoyo del verbo «promover» (cuyo significado literal es el de «iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro» —RAE—) del artículo 24 LIMH, la Comisión no observa con la certeza exigida la concurrencia de un amparo adecuado para establecer una medida con la generalidad e intensidad propuestas como concreción posible del régimen legal establecido en la LIMH.** En este sentido, ha de repararse en que idéntica voz figura en el artículo 25 LIMH, cuyo ámbito objetivo de aplicación (el nombramiento y designación de las personas para los órganos directivos y colegiados públicos) otorgaría al reglamento un margen mayor de maniobra y concita una mayor intensidad en la exigencia de la presencia equilibrada, no ha merecido hasta la fecha un desarrollo reglamentario con el nivel de exigencia que propone el proyecto.

DCJA 99/2010 pár. 63 a 77

CAPÍTULO III

TÉCNICA NORMATIVA

1. ESTILO DE REGULACIÓN

En la composición de las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales es preferible la denominación correlativa de disposición adicional primera, disposición adicional segunda, **frente a la titulación genérica de la parte como disposiciones adicionales** y luego su enumeración como primera y segunda.

DCJA 82/2010 pár. 101

El proyecto pretende la creación de un nuevo texto normativo que integre y consolide el contenido de los Decretos 64/2008, de 8 de abril y 48/2009, de 24 de febrero. Con esa finalidad deroga los dos decretos citados y reproduce en términos sustancialmente iguales la parte dispositiva de ambos decretos, al tiempo que introduce novedades y atiende al contenido de la Sentencia 260/2010, de 14 de abril.

En este contexto, conviene recordar el artículo 2.2 del Código Civil y, por lo tanto, que por **la simple derogación de una norma no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado**.

En consonancia, desde que ambos decretos entraron en vigor produjeron todos sus efectos jurídicos, entre los que se incluían la derogación del anexo y del artículo 33.8, así como las modificaciones de los artículos 37, 38.2 y 40.1 apartados c) y d) todos ellos del Decreto 86/1997, de 15 de abril. Efectos que perduran hasta hoy en día, ya que no han sido expulsados del ordenamiento jurídico por cualquiera de los medios establecidos.

Por ello, debe suprimirse la disposición transitoria primera del proyecto ya que modifica el anexo del Decreto 86/1997, de 15 de abril, cuando en realidad dicho anexo no existe tras la derogación expresa contenida en la disposición derogatoria primera del Decreto 64/2008, de 8 de abril.

DCJA 201/2010 pár. 36 a 39

2. LENGUAJE

De cualquier forma, en relación con lo anterior, debemos recordar que **las alusiones que se efectúen a disposiciones normativas** —de manera especial si es **la primera vez** que aparecen en el texto— **deberán realizarse con su denominación oficial íntegra,** adoptando un criterio uniforme en todo el texto (así lo demanda, por ejemplo, la mención normativa del artículo 3.3 a que nos hemos referido).

DCJA 203/2010 pár. 50

Véase DCJA 207/2010 pár. 57

3. NORMAS MODIFICATIVAS

Para finalizar, como hemos avanzado, **el proyecto también realiza una especie de consolidación del texto normativo al introducir como modificaciones al Decreto 175/2007**, de 16 de octubre (apartado siete —la referencia a la modificación introducida por Decreto 23/2009, de 3 de febrero—, apartado nueve, apartado catorce y apartado veintiuno) **las que ya lo fueron por obra de los Decretos 35/2008, de 4 de marzo, y 23/2009,** de 3 de febrero. **Este método**, que ya desde una simple perspectiva de técnica normativa **resulta reprobable** (una norma de vigencia indefinida no puede someterse a revalidación por ninguna otra posterior), **adquiere tintes viciosos afectando al elemental predicado de claridad y contenido sustantivo exigible a todo texto normativo, pudiendo llegar a poner en jaque al principio constitucional de la seguridad jurídica, por no incorporar contenido normativo alguno**. Resulta imperativo, en consecuencia, su supresión.

DCJA 48/2010 pár. 64

El proyecto que se nos presenta a consulta aparece como una modificación de la disposición que aprueba los estatutos de la Agencia. Con arreglo a la clasificación clásica de los tipos de disposiciones modificativas (de nueva redacción a partes de una norma anterior; de adición, para añadir disposiciones nuevas; de de-

rogación; para suprimir partes de las normas existentes; y de prórroga de vigencia o de suspensión de vigencia de otras normas), **el proyecto que se dictamina aborda numerosas modificaciones, esencialmente de nueva redacción y de adición.**

En primer lugar, el artículo único del texto propuesto se refiere a las modificaciones del Decreto 138/2006 en los términos que expresa, y que agrupa en treinta apartados, de los cuales, aunque no lo especifica, veintinueve afectan, en forma de nuevas redacciones y de adiciones, al Anexo del Decreto, esto es, a los estatutos de la Agencia, y el trigésimo se supone que pretende añadir a aquel decreto, y sin sentido, —según explicamos más adelante—, cinco disposiciones transitorias. Esto es, confunde la modificación del Decreto con la modificación de los estatutos que éste aprueba.

En buena técnica jurídica, **en el caso de modificaciones extensas de una norma conviene a la seguridad jurídica reproducir íntegramente el contenido resultante de aquéllas.** Así lo recomiendan, también, las Directrices referidas.

Con ese fin, en el caso examinado ello supondría que el proyecto podría seguir el esquema del Decreto 138/2006, de 27 de junio [por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de evaluación de calidad y acreditación del Sistema Universitario Vasco], que es modificado: con un artículo único que disponga la modificación proyectada de la norma, en concreto, de los estatutos de la Agencia que pasarán a tener la redacción contenida en el Anexo que ha de incorporarse. La parte expositiva referiría los aspectos modificados.

A ese artículo único le seguirían las cinco disposiciones transitorias que en el texto propuesto aparecen, de manera incorrecta, como una modificación de adición al Decreto 138/2006, cuando en realidad contienen una regulación material autónoma transitoria de las situaciones derivadas de la norma nueva y desvinculada de la norma modificada. Tras las disposiciones transitorias se incluirían las dos disposiciones finales. Y, por último, el Anexo comprenderá los estatutos con la redacción resultante.

DCJA 224/2010 pár. 85 a 89

4. REFERENCIAS ORGÁNICAS

A lo largo del texto se realizan numerosas **referencias a la «Administración Educativa»,** término que tiene sentido en un Real Decreto estatal para referirse a los órganos competentes en materia de educación de cada una de las Comunidades Autónomas, pero no **en el ámbito concreto de nuestra Comunidad Autónoma**, por lo que tal referencia **deberá sustituirse** en el proyecto **por «Departamento de Educa-**

ción, Universidades e Investigación» o «Departamento competente en materia de educación».

DCJA 82/2010 pár. 90

5. REMISIONES

Las citas que se efectúan en el proyecto a un Real Decreto y un Decreto que modifican otros anteriores deben eliminarse, ya que **se presume** que cuando se **cita** el Real Decreto o del Decreto se hace **a la versión vigente en ese momento**.

DCJA 155/2010 pár. 52

6. PLAZO

El proyecto prevé en la disposición final —única aparentemente, aunque haya una segunda vacía de contenido— que haya una entrada de vigencia especial para la modificación del artículo 21.2 (artículo primero), dejándola diferida hasta el momento en que se produzca la publicación de la decisión de la Comisión de autorización de la modificación del Programa de Desarrollo Rural del País Vasco, que a tal efecto se encuentra en tramitación de forma paralela.

La fórmula condicionada de entrada en vigor del precepto, aunque singular, es admisible, siempre que se prevea una resolución reglada o favorable de las autoridades europeas, que eviten dejar la previsión en una mera cláusula intemporal sin límite posible de realización.

DCJA 208/2010 pár. 47 a 48

CAPITULO IV

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

1. ASISTENCIA SOCIAL (ART. 10.12 EAPV)

a) En relación con el Estado:

El anteproyecto objeto de dictamen presenta diferentes perspectivas competenciales que avalan todas ellas el texto que se nos presenta.

En primer lugar, dado que se trata de una modificación de la LGIIS, cuenta con el mismo amparo competencial de ésta en el Estatuto de Autonomía para el País Vasco (en adelante, EAPV). Tal y como ha señalado esta Comisión en varios de sus dictámenes —aunque con un mayor desarrollo en sus DDCJA 21/2000 y 138/2008 a cuyo contenido íntegro nos remitimos—, el anteproyecto, al igual que las normas a las que pretende sustituir, supone el ejercicio de la competencia autonómica que, con carácter exclusivo, ostenta la CAPV en materia de asistencia social por expresa atribución del artículo 10.12 del EAPV, y guarda también cierta conexión con el ámbito competencial delimitado en el artículo 10.39 EAPV «desarrollo comunitario, condición femenina, política, juvenil y de la tercera edad».

Ahora bien, sin renegar de la anterior afirmación, el anteproyecto parte de una perspectiva diferente a la que propició tanto la aprobación de la LGIIS como sus antecedentes inmediatos (Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la Exclusión Social, y la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de Derechos Sociales, e incluso con anterioridad la Ley 2/1990, de 3 de mayo, de Ingreso Mínimo de Inserción) en las que el actualmente denominado SVGI [Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inserción Social], independientemente de su consideración autónoma, ha venido tradicionalmente ligado de un modo prevalente y casi exclusivo a la competencia en materia de servicios sociales.

En efecto, el anteproyecto propone un **traslado del sistema desde los servicios sociales** donde se encuentra actualmente ubicado **hacia la materia de empleo**, **propiciado principalmente por el traspaso a la Comunidad Autónoma, por parte del Estado, de los medios humanos y materiales correspondientes a las denominadas políticas activas de empleo**.

Ha de advertirse, no obstante, que **este relativo cambio de perspectiva**, que puede justificar una mayor coordinación entre las políticas de empleo y la percepción de las prestaciones en aquellos supuestos en los que los perceptores estén en situación de acceder a un empleo, **no altera la naturaleza de estas prestaciones, que se mantienen en el campo de las «ayudas de asistencia social», por lo que se integran,** aunque con distinta denominación, **en el campo de los salarios o rentas mínimas de inserción, admitidos pacíficamente en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002**, de 11 de diciembre, cuando señala que «la característica más destacable de estos salarios o rentas mínimas de inserción, desde la perspectiva que aquí estamos examinando, es su compatibilidad con cualquier otro tipo de ingreso, incluidas las pensiones, siempre que a través de los mismos no se alcance el tope mínimo regulado en cada caso. De este modo, estas ayudas pueden ser recibidas como ayudas de "asistencia social"».

Debe tenerse en cuenta que, tal y como se configura el SVGI, **lo que determina el derecho al mismo no es la situación de desempleo, ni la titularidad de una pensión**, por mucho que tales circunstancias, al igual que otras como los ingresos de la unidad familiar o su patrimonio, condicionen el acceso a las mismas, **sino en el hecho constatado de una insuficiencia de los ingresos considerados como necesarios para evitar la situación de exclusión social**.

En cualquier caso, la identificación de este título prevalente no impide que puedan resultar implicados otros títulos competenciales que también tiene atribuidos la Comunidad Autónoma.

Precisamente en materia de empleo, hemos señalado en nuestro DCJA 213/2008, y reiterado en nuestro DCJA 218/2010, que, en relación con el derecho al trabajo recogido en el artículo 35 de la Constitución (CE) y los principios rectores de la política social y económica regulados en los artículos 40 y 41 de la misma, el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) dispone que los poderes públicos vascos, en el ámbito de sus competencias, impulsarán una política tendente a la mejora de las condiciones de vida y trabajo y adoptarán aquellas medidas que tiendan a fomentar el incremento del empleo y la estabilidad económica. De ahí que esta materia no se agote en el ámbito la ejecución de la legislación laboral que se desprende del artículo 12.2 EAPV, sino que afecta de manera trasversal a ámbitos sectoriales como la educación (artículo 16 EAPV), la promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica del País Vasco (artículo 10.25

EAPV), o la seguridad social (artículo18, apartados 2 y 4 del EAPV), sobre las que la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) dispone de competencias de distinto signo.

Todo ello sin olvidar otros títulos competenciales implicados también en el SVGI, aunque de un modo accesorio, como son los correspondientes a vivienda (artículo 10.31 EAPV) o sanidad (artículo 18.1 EAPV).

b) En relación con las Diputaciones Forales:

Como consideración previa, para centrar debidamente nuestro examen, es necesario rescatar la clasificación del elenco competencial de los Territorios Históricos que resulta de su contraste con el EAPV (STC 76/1988, de 26 de abril) y que permite distinguir aquellas competencias incardinables en el denominado «núcleo intangible de la foralidad» [art. 37.3, subapartados a) a e) y primer inciso del subapartado f) EAPV] de aquellas que pertenecen al denominado «ámbito de expansión» de aquélla [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.

En este contexto, se observa que la regulación proyectada se desenvuelve en la competencia de los Territorios Históricos para la ejecución dentro de su territorio de la legislación de las Instituciones Comunes en materia de asistencia social, así como en materia de desarrollo comunitario, condición femenina, política infantil, juvenil y de la tercera edad, previstas en el artículo 7.c).1 y 2 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus Territorios Históricos (en adelante, LTH). Todo ello sin perjuicio de la acción directa en estas materias por parte de las Instituciones Comunes.

En una primera aproximación, dado el rango legal que se prevé para la iniciativa y la no pertenencia de la competencia afectada al señalado núcleo intangible de la foralidad, puede afirmarse que el contenido del anteproyecto se incardina en el ámbito de disponibilidad del legislador vasco. Más complicado se presenta, sin embargo, deslindar los efectos de esa disponibilidad sobre el actual reparto territorial de competencias previsto por la LTH.

Resulta una realidad incuestionable que **el anteproyecto propone un transvase general de las funciones ejercidas actualmente por las diputaciones forales en el campo de las prestaciones de derecho del SVGI en favor de la Administración de la Comunidad Autónoma**, a lo que debe sumarse el papel ya asignado

por la LGIIS a los ayuntamientos en el terreno de las ayudas económicas subvencionales. Como consecuencia de todo ello, **las competencias reservadas a las diputaciones forales por la ley se reducen** a la elaboración y el desarrollo de los programas forales de inclusión activa, y a la coordinación interna de los diferentes departamentos para el diseño y desarrollo de la red de servicios y centros.

La regulación proyectada permite así, teniendo en cuenta que nada en la iniciativa ni en el expediente que le acompaña permite afirmar que entre sus objetivos se encuentre la modificación de la LTH, un doble acercamiento a la cuestión, en función de la consideración que se haga de la materia «inclusión social» y del SVGI como sistema autónomo dentro del más amplio campo de intervención que corresponde a la «asistencia social», así como del significado que en esta materia alcanza el concepto de acción directa.

Al hilo de lo señalado, **partiendo de una concepción autónoma del SVGI como un subsector de la asistencia social** —aunque siempre dentro de este marco competencial—, **podría entenderse**, en tanto que las competencias ejecutivas de las diputaciones forales se reducen a un campo mínimo o residual, **que el actual reparto de competencias considerado por la LTH resultaría alterado por el anteproyecto**. **En este caso, entiende la Comisión que la actuación del legislador debería dirigirse a reordenar el esquema resultante de los artículos 7.c).1 y 2 de la LTH, con objeto de introducir un campo específico, el de la inclusión social, en el que la competencia de las instituciones comunes alcanzaría de modo general incluso la ejecución de su propia legislación, al margen de que esa ejecución se desarrollara directamente, a través de Lanbide, o mediante la atribución de algunas de esas funciones a los ayuntamientos a través de la propia ley**.

Dado que, como hemos señalado, la competencia concernida no se encuentra incluida en el núcleo intangible de la foralidad, debemos insistir en que este entendimiento no alteraría la disponibilidad del legislador para su reordenación, si bien en ese caso deberá tenerse en cuenta la **función institucional específica que la LTH** está llamada a desempeñar en la distribución de competencias entre las Instituciones Comunes y las Forales. Esta función, tal y como ha venido señalando esta Comisión, cuyo criterio ha venido a ser confirmado por la Comisión Arbitral, **demanda que sus modificaciones sean siempre directas y expresas y, por lo tanto, debidamente fundamentadas y articuladas,** pues, de otro modo, se privaría a esa norma de su misión ordenadora (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).

Ahora bien, aun sin poder descartar totalmente este planteamiento, debemos redirigir también nuestro análisis a las potencialidades que a estos efectos presenta el mecanismo de la **acción directa**.

Antes de seguir adelante, conviene recordar lo señalado en torno a la acción directa por la **Comisión Arbitral en su Decisión 1/2004**, de 22 de junio, en relación con el proyecto de Norma Foral de creación del Fondo de Insuficiencia Financiera en materia de ayudas de emergencia social:

> No hay más concreciones sobre el contenido y el alcance de esta «acción directa» prevista en la Ley de Territorios Históricos, aunque se deduce sin ningún género de duda que se trata de una intervención en las actuaciones de ejecución, precisamente. No habiendo delimitación legal alguna, en principio tal intervención de acción directa podrá referirse a alguna o a todas las competencias ejercidas sobre los concretos aspectos de la asistencia social a los que se refiera; o, dicho de otra manera, el desplazamiento de las diputaciones forales por parte del Gobierno Vasco en la ejecución de las actividades que constituyan asistencia social, en las que se decida que va a haber una acción directa, podrá ser parcial o total. La ulterior previsión en la Ley de Servicios Sociales (art. 9.2, ya mencionado) —relativa a que su justificación estriba en que por su interés general o por sus específicas condiciones económicas y sociales tenga que ser prestado con carácter unitario en todo el territorio del País Vasco— confirma que cada programa o cada servicio puede tener exigencias diversas a fin de garantizar esa finalidad del carácter unitario de la prestación.
>
> De hecho, en algunos otros ámbitos de acción directa en materia asistencial la exclusión de las diputaciones forales no es absoluta (como es el caso de la prestación de la renta básica, por ejemplo, que ha sustituido al ingreso mínimo de inserción, que venía en el mismo grupo de prestaciones que las ayudas de emergencia social). E incluso en el recorrido que se ha hecho sobre las normas relativas a las ayudas de emergencia social se ha podido apreciar que, inicialmente, la acción directa no excluía absolutamente a las diputaciones forales, puesto que participaban en el análisis de los criterios de distribución en la Comisión Interinstitucional para la Inserción y constituían un eslabón intermedio en la transferencia financiera del Gobierno Vasco a los ayuntamientos. Limitada participación ejecutiva de las diputaciones forales en estas prestaciones asistenciales de carácter económico en que constituyen las ayudas de emergencia social que, posteriormente (a partir de la modificación legislativa de 2000), ha sido expresamente eliminada.
>
> Además, entre las actuaciones susceptibles de recibir apoyo, en forma de ayudas económicas complementarias por parte de las diputaciones forales, tampoco aparecen previstas las ayudas de emergencia social (según el art. 3.3 del Decreto 155/2001, ya mencionado).
>
> **Tal radical exclusión de las diputaciones forales en la ejecución de las ayudas de emergencia social,** establecida por el Parlamento y el Gobierno Vascos, **con fundamento en la acción directa, constituye una opción** sobre cuyo acierto no nos corresponde pronunciarnos, pero **que**, desde el punto de vista del ordenamiento competencial **es perfectamente correcta y realizada sin modificar ni afectar al sistema de distribución de competencias** (ni modificar la Ley de Territorios Históricos, como parece mantener el letrado del Gobierno Vasco), **puesto que sólo actualiza una posibilidad ya prevista en la norma de distribución interna de competencias en que constituye la Ley de territorios históricos**.

Una de las principales consecuencias de lo señalado por la Comisión Arbitral es que **la declaración de acción directa por parte del Gobierno Vasco no supone**

modificar la LTH, sino aplicar una de sus previsiones. De esta forma, el reparto competencial previsto en la norma básica de estructuración interna de nuestra Comunidad Autónoma resulta indemne, por lo que no resulta necesario acudir a las precauciones formales señaladas para acometer su modificación.

En este caso, la acción directa supondría un entendimiento del SVGI como un sistema integrado en el conjunto de prestaciones y servicios que integran la materia «asistencia social», de la cual se entendería que el legislador vasco ha optado por extraer esta parte del ámbito de ejecución de las diputaciones forales, para atribuírsela a la Administración de la Comunidad Autónoma y a los ayuntamientos.

La propia LGIIS, tanto en su artículo 85.2 como en su disposición final tercera, **habilitan al ejecutivo a realizar esta declaración en ciertas circunstancias, y sometido a una serie de garantías formales, que se concretan en que la declaración sea motivada, aprobada por el Gobierno mediante Decreto, y previo el informe favorable de la Comisión Interinstitucional para la Inclusión Social,** órgano consultivo especializado en la materia de inclusión social en el que participan todas las instituciones implicadas y cuyo informe tiene naturaleza preceptiva y vinculante.

Siendo esto así, aún **con mayor motivo debe admitirse que tampoco el hecho de que la declaración de acción directa sea una consecuencia derivada de la propia ley**, o incluso que venga expresamente prevista por ésta, **supone una alteración de la LTH**, siempre, claro está, que se respeten los criterios materiales que justifiquen tal declaración. **Ese procedimiento y las garantías formales previstas, en este caso en la LGIIS, tiene como destinatario al ejecutivo, pero pierden sentido cuando es el propio Parlamento Vasco el que, en el marco de su función legislativa, define las prestaciones o servicios objeto de la acción directa por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma.**

Pueden citarse varios ejemplos de lo anterior, como lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales, referido a los servicios de teleasistencia, de información y orientación; el punto de encuentro familiar, en su modalidad de servicio de atención a casos derivados por resolución judicial y al servicio integral de mediación familiar. También en el artículo 4.1 de la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar, en relación a los servicios públicos integrales gratuitos de mediación familiar, o en la disposición adicional sexta de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, referido a los servicio de información y orientación, elaboración y aprobación de los instrumentos de valoración y de los protocolos de aplicación en situaciones de riesgo y de desamparo, actuaciones de promoción de la adopción internacional, acreditación de las entidades colaboradoras de adopción internacional, tramitación de expedientes y coordinación de actuaciones en ese campo. El supuesto materialmente más próximo al tema que nos afecta es el del artículo 43

de la Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la Exclusión Social. En él se preveía la financiación de las prestaciones allí incluidas —antecedentes directos de las que nos ocupan— a través de los créditos incluidos en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, lo cual se ha mantenido en el actual sistema.

Todos estos supuestos tienen en común la declaración de acción directa de una serie de servicios por el legislador, en los que, como consecuencia de esa declaración, la ejecución corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma, sin que con ello pueda entenderse alterado el régimen competencial previsto en la LTH.

En apoyo de esta posibilidad, cabe igualmente recordar que las competencias actualmente atribuidas por la LGIIS a las diputaciones forales en cuanto a la RGI y la PCV encuentran sentido en el actual esquema en el que también los ayuntamientos desarrollan importantes funciones ejecutivas en la gestión de las prestaciones de derecho del SVGI, al recibir éstos las solicitudes e instruir los expedientes. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta la opinión mostrada por los municipios a través de Eudel, que asumen su saturación y abogan incluso por el traspaso de la gestión de las Ayudas de Emergencia Social, el mantenimiento de la actual distribución de competencias entre la Administración General y las diputaciones forales resultaría complicada de sostener, al menos sin esa intervención municipal en la gestión.

De ser éste, por tanto, **el objetivo buscado** por la presente iniciativa, **debería considerarse la inclusión en el anteproyecto de una declaración expresa de acción directa en torno a las prestaciones cuya ejecución se pretende atribuir a la Administración de la Comunidad Autónoma.** Ello podría incorporarse en su parte dispositiva o en la exposición motivos, con objeto de exteriorizar la voluntad del legislador en una cuestión que permite varios entendimientos con consecuencias diferentes para una norma básica en la articulación interna del territorio como es la LTH. Con ello, además, entendemos que se daría respuesta a algunos de los reparos competenciales que se han planteado durante el proceso de elaboración.

c) En relación con los ayuntamientos:

Las competencias previstas en la vigente LGIIS para los ayuntamientos también resultan afectadas por el anteproyecto. En lo que puede suponer un disminución de sus competencias, es preciso dejar consignado que la CE no asegura a las corporaciones locales un ámbito de competencias determinado, no pudiendo hablarse de «intereses naturales de los entes locales» (STC 32/1981, de 28 de julio, F. 4), sino que, más allá del contenido mínimo consistente en un derecho de intervención en los asuntos de su competencia, «la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal, que permite, por tanto, configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional» (STC 170/1989, de 19 de

octubre, F. 9), correspondiendo a la ley la determinación concreta del contenido de la autonomía local, respetando el núcleo esencial de la garantía institucional de dicha autonomía (SSTC 259/1988, de 22 de diciembre; 214/1989, de 21 de diciembre; y 46/1992, de 2 de abril) y sin romper con la «imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace» (STC 32/1981, F. 3).

Ahora bien, como señalamos en nuestro dictamen 97/2008, la STC 252/2005, de 11 de octubre, recuerda que es doctrina reiterada que la autonomía local «se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible» (STC 32/1981, F. 4). A esta misma concepción responde el artículo 2.1 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, según el cual «para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas... deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos» (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 39).

Conforme al enunciado de la Carta Europea de Autonomía Local, el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas de los ciudadanos. La atribución «de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía» (articulo 4.3).

Pues bien, en este caso cabe indicar que **el anteproyecto contempla un traspaso de las competencias desarrolladas hasta ahora por la ayuntamientos —y al cual estos no se oponen— en relación con las prestaciones de derecho, que pasan a ser desarrolladas por la Administración de la Comunidad Autónoma**, **lo que supone acudir a un nivel más lejano al ciudadano, si bien se justifica**, por un lado, **en la actual saturación de los servicios sociales municipales y, por otro lado, en la creación de la nueva estructura dirigida a constituir el Servicio de Empleo de la Comunidad Autónoma**, con el que se pretende vincular, siempre que sea posible, la inclusión social con la incorporación al mundo laboral.

DCJA 230/2010 pár. 20 a 50

2. MUTUALIDADES NO INTEGRADAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL (ART. 10.23 EAPV)

En primer lugar, se alude a la competencia en cuanto a mutualidades no integradas en la Seguridad Social, que aparece señalada con carácter exclusivo en el artículo 10.23 del EAPV. En segundo lugar, también aparece apuntada la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en cuanto a la ordenación del crédito, banca y seguros, prevista en el artículo 11.2.a) EAPV.

En cuanto a la primera de estas competencias, **el carácter exclusivo de la misma debe ser matizado en relación con las EPSVs** [Entidad de Previsión Social Voluntaria] **en la medida en que su actividad es considerada como de naturaleza aseguradora**.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo, emitida con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra determinados preceptos de la Ley 3/1984, de 2 de agosto, de Ordenación de los Seguros Privados, señaló, en referencia a las mutualidades no integradas en la Seguridad Social, que, «independientemente de las peculiaridades organizativas y funcionales de las mutualidades en cuestión, sometidas a la competencia exclusiva autonómica, **en cuanto las mutualidades realicen o lleven a cabo actividades como la aseguradora, sobre las que el Estado dispone de competencia normativa básica, serán aplicables a esa actividad las bases de ordenación que el Estado haya establecido, dentro de los límites de su competencia.** La reserva a la competencia estatal de las bases de la actividad aseguradora **no establece exclusiones fundadas en peculiaridades propias de las entidades que las realicen**, y es, pues, plenamente aplicable a estas entidades en el ejercicio de esa actividad».

Esta Sentencia tampoco admite ninguna especificidad sobre la base de que las mutualidades de previsión social poseen un carácter social y benéfico, puesto que ello no excluye que su actividad sea de naturaleza aseguradora, aun cuando tales caracteres puedan requerir, respecto a esa actividad, determinadas especificidades en su regulación, como de hecho lo son las comprendidas en el capítulo cuarto de la Ley. En definitiva, como ha señalado más recientemente en su Sentencia 173/2005, de 23 de junio, emitida con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra determinados preceptos de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, **esa exclusividad —la de la competencia autonómica— conoce su máxima proyección en los aspectos estructurales y funcionales, en tanto que debe matizarse en los operativos, sobre los que inciden las bases establecidas por el Estado para la ordenación de la actividad aseguradora** en virtud de la competencia que le atribuye el art. 149.1.11 de la Constitución (CE).

Aunque en menor intensidad, la competencia autonómica en mutualidades no integradas en la Seguridad Social **se encuentra también condicionada por las**

competencias transversales estatales referidas a la legislación mercantil, en la medida en que sea aplicable al mutualismo de previsión social, **así como por la competencia estatal para dictar bases y coordinar la planificación general de la actividad económica** (apartados 6º y 13º del artículo 149.1de la Constitución).

DCJA 38/2010 pár. 17 a 21

3. POLICÍA (ART. 17 EAPV)

Tal y como allí señalamos, la Constitución contempla para los **funcionarios policiales** (artículo 104.2 CE) un **estatuto distinto a los funcionarios en general** (103.1 CE). Y, en consonancia con dicha distinción, también la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco se rige en cuanto a la Policía Autónoma por distintas reglas de reparto.

Los preceptos que permiten realizar el deslinde competencial son el artículo 149.1.29 CE y el artículo 17 del Estatuto de Autonomía (EAPV), que indica expresamente la raíz foral de la institución policial, siendo la determinación del régimen de la Policía Autónoma fuente y causa del «proceso de actualización del régimen foral previsto en la disposición adicional primera de la Constitución».

La Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante LOFCS), completa el bloque de la constitucionalidad, debiendo repararse en que su disposición final 1ª excluye la aplicación de la ley, salvo las reglas generales y básicas sobre actuación y estatuto, a la Policía Autónoma del País Vasco.

En cuanto a los **funcionarios de las Policías Locales**, la respuesta debe ser más matizada, dada la importancia que la Policía Local tiene como elemento del régimen local, sin que pueda excluirse como título para realizar ese reparto competencial lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE en relación al artículo 10.4 del EAPV. La conjunción acabada de ambas perspectivas (la relativa a la seguridad pública fusionada con la relativa al régimen de los funcionarios de la Administración local), y valorando su importancia relativa, o si se quiere el rango de prevalencia de ambas, da como esquema el que acertadamente, a juicio de esta Comisión, se exponía en el Informe nº 005 «I» de 5 de febrero de 1992 emitido por la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo relativo al anteproyecto de Ley de Policía del País Vasco:

> **Al Estado le corresponden las bases del régimen de Policía Local ex artículo 149.1.18 CE, si bien el contenido de esa competencia debe interpretarse a la luz del artículo 149.1.29 CE, en la medida en que es regulación de un medio al servicio del objetivo seguridad pública. A la Comunidad Autónoma le corresponde el desarrollo de esas bases, en virtud del art. 10.4 EAPV, aunque, en algún aspecto pun-**

tual, tal como la coordinación de la actuación de la policía local, su competencia se vea apoyada por el art. 17.1 EAPV.

Por ello, el examen del proyecto conlleva su contraste con las normas que ha dictado el Estado con base en su competencia sobre el régimen de los funcionarios de la Policía Local.

En cuanto a la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante, LBRL), su disposición final tercera establece que el personal de las Policías Locales gozará de un Estatuto específico y se remite a lo que disponga la futura Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Por su parte, el Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contiene en su disposición transitoria cuarta (que no es básica según la disposición final séptima) una serie de normas de aplicación al personal de las Policías Locales, pero que advierte son de naturaleza temporal, en tanto mantendrán su vigencia hasta que se aprueben las normas estatutarias de la Policía Local, de acuerdo con lo dispuesto en la LBRL y LOFCS.

Dado que la LBRL, como hemos señalado, se remite a su vez a lo dispuesto en la **LOFCS**, **es esta norma la que ha de tomarse en consideración al efecto de extraer posibles límites o condicionamientos al ejercicio de la competencia autonómica**, y es lo cierto que en **dicho texto legal** no se ha establecido un límite común para todas las administraciones públicas, o dicho de otra manera, **no** se **ha fijado de forma unitaria ningún requisito para el acceso a la Policía Local, dejando a las Comunidades Autónomas un amplio margen para su determinación**, tal y como se colige de su silencio y del reconocimiento explícito por parte del artículo 39.c) de la LOFCS de la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar los criterios de selección, formación y movilidad de las Policías Locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a graduado escolar.

Por tanto, **en aquello que finalmente supone el objeto del proyecto (edad máxima y baremación), la Comunidad Autónoma del País Vasco se encuentra únicamente vinculada a los límites que para la determinación de los requisitos de acceso a los empleos públicos rigen para todos los poderes públicos, en virtud del artículo 23.2 CE**.

DCJA 68/2010 pár. 14 a 22

4. PROTECCIÓN CIVIL

a) En relación con el Estado:

La competencia de nuestra Comunidad Autónoma en materia de protección civil ha dado lugar a diversos pronunciamientos al respecto por parte del Tribunal Constitucional (especialmente en sus Sentencias 123/1984, de 18 de diciembre y 133/1990, de 19 de julio) lo que ha permitido delimitar su alcance con suficiente precisión.

De inicio, **el Tribunal Constitucional reconoce que, pese a que la expresión «protección civil» no figura en la Constitución, ni viene expresamente prevista en el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), no puede llegarse a la conclusión de que sea una competencia residual que por la aplicación de la cláusula del art. 149.3 CE corresponda automáticamente al Estado, pues el reparto competencial al respecto puede llevarse a cabo mediante el empleo de los criterios interpretativos ordinarios.**

Sentado lo anterior, **ha incardinado la protección civil como una parte de la materia de seguridad pública** del artículo 149.1.29ª CE, considerada como el conjunto de actividades dirigidas a la protección de las personas y de los bienes y a la preservación y el mantenimiento de la tranquilidad y del orden público. En ese ámbito, añade, se producen unas **competencias concurrentes del Estado** (en virtud de la reserva del artículo 149.1.29 CE) **y de las Comunidades Autónomas que han asumido** —en nuestro caso a través del artículo 17 EAPV— competencias en sus estatutos en virtud de habilitaciones constitucionales.

En esta misma línea, señala el Tribunal Constitucional que en esa delimitación competencial **hay que tener en cuenta también la existencia de otros títulos derivados de la CE y estatutos, relacionados con materias en que pueden producirse actuaciones de protección civil**. La STC nº 123/1984 se refería, a título de ejemplo, al artículo 148.1.22ª CE que faculta a las Comunidades Autónomas para asumir competencias en materia de vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones, pero, tal y como señalamos en nuestro DCJA 198/2009, también deben tenerse en cuenta las recogidas en el EAPV respecto, entre otros, a sanidad (artículo 18), carreteras (artículo 10.34), montes, aprovechamientos y servicios forestales (artículo 10.8), agricultura (10.9), ordenación del territorio (10.31), protección del medio ambiente (11.1.a), ejecución de la legislación estatal en salvamento marítimo (artículo 12.10); o también asistencia social (10.12) y asociaciones (artículo 10.13) que, sin duda, confluyen en el ámbito de la protección civil.

Los **límites de esta competencia autonómica** concurrente con el Estado —ex artículo 149.1.29ª CE—, han sido igualmente precisados por el Tribunal Constitucional en la **existencia de un posible interés nacional o supraautonómico que pueda verse afectado por la situación de catástrofe o emergencia que hagan precisa**

la coordinación de diversas administraciones o una dirección nacional de todas las administraciones públicas afectadas, y una aportación de recursos de nivel supraautonómico.

Por otro lado, y aunque sólo sea de un modo instrumental para con las señaladas competencias en materia de protección civil, en el presente proyecto también se ejerce la competencia de la Comunidad Autónoma, prevista en el artículo 10.2 EAPV, para organizar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo, en cuanto pretende regular un registro adscrito al órgano competente en materia de atención de emergencias y protección civil, integrado en la estructura de la Administración General de la Comunidad Autónoma.

b) En relación con los territorios históricos:

El proyecto respeta las competencias reservadas a los territorios históricos, tanto en 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, [artículo 7.c).4], como en la LGE (art.6).

Esta última Ley señala que los territorios históricos participan en el desenvolvimiento de la protección civil, dentro del ámbito de sus propias competencias y el respeto a los principios de la Ley, correspondiéndoles: a) elaborar y aprobar el plan de protección civil de su territorio histórico en armonía con lo que disponga el Plan de Protección Civil de Euskadi; b) elaborar el catálogo de recursos movilizables del plan de protección civil del territorio histórico; c) suministrar al Departamento de Interior del Gobierno Vasco los datos de interés para la elaboración y actualización de los planes de protección civil competencia de este último; d) crear, organizar y mantener servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento según lo dispuesto en esta Ley y demás legislación aplicable, y; e) ejecutar la legislación y el desarrollo normativo emanado de las instituciones comunes en materia de defensa contra incendios. Ninguna de estas competencias atribuidas a los territorios históricos resulta afectada por el proyecto.

Por otro lado, el hecho de que el proyecto contemple su posible aplicación a las actividades con reglamentación sectorial específica en materia de autoprotección tampoco altera la anterior conclusión, puesto que esa aplicación se prevé únicamente con carácter supletorio y limitado al ámbito de la autoprotección, respetando así la prevalencia de la competencia sectorial que pueda corresponder en cada actividad (vg. en carreteras), aunque garantizando con carácter general la existencia de medidas de autoprotección en aquellos centros, establecimientos, espacios, instalaciones o dependencias en los que se desarrollen actividades susceptibles de generar riesgos.

En esa misma línea, **el hecho de que la disposición final segunda del Real Decreto 393/2007**, de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Auto-

protección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia, **fuera modificado por el Estado, eliminando la previsión de que las comunidades autónomas pudieran dictar sus propias normas de desarrollo en materia de autoprotección, aunque manteniendo esa posibilidad para las entidades locales, tampoco puede ser entendido,** tal y como se ha planteado durante el proceso de elaboración, **como una limitación a la competencia de aquellas, sino todo lo contrario.** De hecho, **la citada modificación responde a la aceptación de la premisa según la cual la competencia de las comunidades autónomas deriva**, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional, **directamente de la Constitución y los estatutos de autonomía, y no como podía desprenderse de su anterior redacción, de lo dispuesto en la Ley o en la disposición final segunda del propio Real Decreto**.

c) En relación con las administraciones locales:

El proyecto resulta también respetuoso con las competencias atribuidas a los municipios tanto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), [artículos 21.1.m), 25.2.c y 26.1.c)], como en la LGE (artículo 7).

En la medida en que los ayuntamientos resulten ser competentes para el otorgamiento de licencia o permiso para la explotación o inicio de alguna de las actividades contempladas por el proyecto, adquieren una serie de funciones y competencias sobre el control de los planes de autoprotección, pero ello no puede ser entendido como una injerencia en la autonomía local, sino como una simple concreción de la competencias atribuidas por la LBRL y la LGE, como agentes activos participantes en el desenvolvimiento de la protección civil. Todo ello, además, en concordancia con lo establecido en la normativa básica sobre autoprotección.

Este respeto por la autonomía local, y la competencia de los ayuntamientos en materia de protección civil, se materializa en la posibilidad expresamente prevista en la disposición final segunda del proyecto de que las entidades locales puedan dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo de lo dispuesto con carácter mínimo en el proyecto e, incluso, extender, dentro de sus competencias, las obligaciones de autoprotección a centros, establecimientos, espacios, instalaciones o dependencias donde se desarrollen actividades no incluidas en el anexo I del proyecto, así como desarrollar los procedimientos de control e inspección de los planes de autoprotección, dejando así un campo de actuación propio a estas entidades, para las cuales el proyecto se presenta como una norma de mínimos.

DCJA 128/2010 pár. 17 a 29

5. PUBLICIDAD INSTITUCIONAL (ART. 10.27 EAPV)

La CAPV cuenta con un haz de competencias estatutarias suficiente para dictar una norma de rango legal sobre la publicidad institucional, como la proyectada.

Al margen de la indubitada vinculación de la iniciativa con el ámbito que, para la actuación de los poderes públicos vascos, establece el artículo 9.2 EAPV (de la que, según lo señalado, deja expresa constancia la Exposición de Motivos), es sabido que dicho precepto no es una norma atributiva de competencias materiales. Para la indagación del soporte competencial del anteproyecto debe acudirse a las reglas competenciales que prescriben el Título VIII de la Constitución y el Estatuto de Autonomía.

En este ámbito, **que la publicidad institucional no figure identificada específicamente en el listado de materias y submaterias objeto de reparto en los artículos 148 y 149 CE y en el Estatuto de Autonomía no conlleva, en este caso, obstáculo alguno para la viabilidad de la iniciativa, toda vez que, según lo antes señalado, resulta aquélla una submateria o tipo del genérico «publicidad» que el artículo 10.27 «in fine» EAPV atribuye a la CAPV**.

Las leyes autonómicas de publicidad institucional toman dicha atribución como punto de partida (así, vg, se señala en los preámbulos de la Ley catalana 18/2000, de 29 de diciembre, por la que se regula la publicidad institucional; Ley 16/2003, de 24 de marzo, sobre la actividad publicitaria de las Administraciones Públicas de Aragón; o la Ley 6/2005, de 8 de abril, reguladora de la Actividad Publicitaria de las Administraciones Públicas de Andalucía).

Idéntica ubicación competencial se desprende del tratamiento que algunos de los nuevos Estatutos de Autonomía han dado a dicha publicidad institucional. Cuando ésta ha sido incluida entre el elenco de materias objeto de reparto competencial se ha hecho como especificidad dentro del título destinado a la «publicidad» —vg. el artículo 70 del Estatuto de Autonomía de Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en «publicidad en general y publicidad institucional, sin perjuicio de la legislación del Estado» o, con la misma dicción, el artículo 70. 1. 30ª del Estatuto de Castilla y León—.

Esta inicial constatación debe, no obstante, ser matizada ya que el ámbito competencial «publicidad», como señaló el Tribunal Constitucional (STC146/1996), admite diferentes perspectivas («en la ordenación jurídica de un sector, como el que ahora consideramos, el publicitario, pueden resultar involucradas las reglas definidoras de las competencias estatales y autonómicas en otros ámbitos materiales, en los que pudiera resultar comprendida la regulación de algunos aspectos o manifestaciones concretas de la actividad publicitaria, de modo que en la reglamentación de aquel sector es posible que, junto a la regla competencial específica en materia de publicidad puedan concurrir otros títulos competenciales

distintos, debiendo examinarse, en tales casos, cuál de las reglas concurrentes es prevalente y, por tanto aplicable» (FJ 4).

El deslinde entre las materias objeto de distribución competencial es uno de los mayores problemas que para la articulación de las competencias presenta el sistema. Muchas veces la disección no resulta clara, al existir supuestos que, en principio y en función de la perspectiva de acercamiento que se acoja, resultan reconducibles indistintamente a una o más materias. Tal versatilidad no plantea problemas si el encuadramiento en uno u otro título competencial conduce a un mismo resultado por ser igual el esquema de reparto competencial, pero sí, en cambio, deviene decisivo cuando la elección de la ubicación competencial, en uno u otro título, arroja resultados distintos en orden a las funciones o potestades que cada administración tiene atribuidas en cada uno.

El examen competencial de algunos preceptos del anteproyecto va a requerir, en ocasiones, acudir a los criterios que el Tribunal Constitucional ha venido fijando para operar el deslinde en supuestos problemáticos. Considera la Comisión bueno recordar que, si bien es difícil extraer de su doctrina criterios de uso y aplicación general, de ésta resulta el carácter decisivo que, siempre y en primer término, debe otorgarse a los exactos perfiles que presente el caso o, si se prefiere, la discrepancia competencial (la STC 125/1984, en su FJ1 es buena muestra de ello). De igual forma, y dejando al margen los casos en los que se trata de dilucidar el reparto competencial en razón a la concurrencia de su ejercicio en un mismo ámbito territorial (vg.: ordenación del territorio y urbanismo), así como la específica problemática de los títulos competenciales de carácter transversal u horizontal (vg.: planificación económica), cabe identificar en la doctrina constitucional —con las cautelas ya señaladas de los contornos que ofrezca el caso— la **utilización del criterio del título prevalente —del que forma parte el del título especial frente al general— para cuya aplicación primero ha de atenderse al criterio del contenido inherente a cada competencia** («La técnica utilizada por la Constitución es compleja, dada la coincidencia sobre una misma materia de intereses generales de diverso alcance y dado que un mismo objeto es susceptible —generalmente— de ser situado en diversos campos. De aquí que para solucionar las cuestiones que puedan plantearse hay que partir del contenido inherente a cada competencia y sólo si, aún aplicando este criterio sigue produciéndose un entrecruzamiento habrá que determinar la competencia que debe prevalecer», STC 42/1981 FJ2); esto es, de aquél que, respecto del concreto precepto analizado, se presente como regla específica de preferente aplicación frente la regla competencial de carácter más general.

Al constituir el objeto de la norma proyectada la publicidad desplegada por las administraciones públicas, no es difícil comprender que el examen del deslinde competencial va a requerir, en ocasiones, acudir a atribuciones competenciales distintas de la que ostenta la CAPV en materia de publicidad ex artículo 10.27 «in fine» EAPV, encuadramiento general que, en relación con preceptos concretos, va a necesitar ser completado o desplazado por otros títulos competenciales.

Este análisis se aborda en el Dictamen con ocasión de la valoración de la iniciativa a la luz de la distribución competencial con cada nivel institucional, por lo que basta en este momento indicar que **la Comunidad Autónoma**, además del referido título competencial del artículo 10.27 «in fine» EAPV, **cuenta con un elenco competencial suficiente para establecer el régimen legal de la actividad de publicidad y comunicación institucionales en el sentido propuesto en la regulación proyectada**.

Con un mero carácter enunciativo, cabe señalar que otorgan adecuado fundamento competencial al anteproyecto, siguiendo en su enumeración el orden en que aparecen en el EAPV: el artículo 10, apartados 2. «Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno dentro de las normas del presente Estatuto»; 3. «Legislación electoral interior que afecta al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales, en los términos previstos en el presente Estatuto y sin perjuicio de las facultades correspondientes a los Territorios Históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del mismo»; 4. «Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución»; 6. «Normas procesales y de procedimiento administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco»; 12 «asistencia social» en relación al 14 «menores»; 24. «Sector público propio del País Vasco en cuanto no esté afectado por otras normas de este Estatuto»; 39 «condición femenina» y «política infantil y juvenil»; y el artículo 11. 1 b), que atribuye a la CAPV la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de «contratos».

b) El anteproyecto y las **competencias estatales**:

La regulación de la publicidad institucional por el Estado:

El Estado ha dictado la **Ley 29/2005**, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, cuya disposición final segunda declara que **el artículo 4 tiene el carácter de legislación básica** en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª CE.

Con carácter general y sin perjuicio de lo que luego se señala, el contraste del anteproyecto con dicha declaración resulta positivo, si bien, interesa analizar más detenidamente esta cuestión puesto que el anteproyecto incorpora el referido precepto estatal, en su artículo 5, siendo éste, a juicio de la Comisión, uno de los contenidos más relevantes, no sólo por encerrar las prohibiciones absolutas para el desarrollo de campañas institucionales por las administraciones públicas vascas, sino porque —junto al artículo 4— integra el ámbito objetivo al que alcanza la garantía del artículo 8, ya que el desconocimiento de tales prohibiciones se erige en posible fundamento de las pretensiones de cesación o rectificación de dichas campañas que

pueden activar los ciudadanos y ciudadanas que se consideren afectados por las mismas.

En lo que el artículo 5 reproduce literalmente el precepto estatal (lo que sucede en sus apartados 1 b), c), d) y e); 2 y 4) es conveniente (esencialmente para el posterior análisis del deslinde competencial intrautonómico) recordar que, de acuerdo con la potencialidad que para el **artículo 149.1.18 CE** bien temprano señaló el Tribunal Constitucional, **dicha atribución competencial reconoce al Estado capacidad para normar lo básico respecto de todo el ordenamiento institucional y afectar, por tanto, «a todas las Administraciones Públicas»** (SSTC 25/1983, FJ 4 y 76/1983, FJ 38).

De ahí que la primera conclusión relevante a nuestros efectos sea que dicho contenido del artículo 5 no supone innovación alguna respecto de la vigente regulación de la publicidad institucional.

Sin que tampoco aprecie la Comisión que el señalado precepto estatal básico conlleve un exceso competencial del ámbito de la competencia estatal para fijar «el régimen jurídico de las administraciones públicas», ya que, de acuerdo con la doctrina constitucional, **la competencia de libre organización de la Administración autonómica** —que dicho Tribunal ha identificado siempre como inherente al reconocimiento de la autonomía política (entre otras, STC 227/1988, FJ24)— **tiene como contenido** (por todas, STC 50/1999) **la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos y unidades administrativas o las entidades que configuren las administraciones** (o dependan de ellas). Desde la temprana STC 32/1981 (FJ 6), el Tribunal Constitucional viene sosteniendo que **dicha competencia de organización no significa que**, **con base en la competencia sobre bases del régimen jurídico de las administraciones públicas ex artículo 149.1. 18ª CE, no puedan establecerse principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas**. Sin perjuicio de que también, en la doctrina constitucional, **la extensión e intensidad de tales reglas básicas deban ser moduladas cuando se refieran a aspectos meramente organizativos internos, por contraposición a su ejercicio respecto de aspectos que afecten a la actividad externa de la Administración en su relación con los administrados.**

Siendo precisamente esta vertiente externa la que justifica la intervención del legislador en el ámbito de las campañas institucionales, al perseguir con ello, según venimos reiterando, disciplinar dicha actividad pública pero con la mirada puesta en el derecho de la ciudadanía a recibir de sus administraciones públicas una información veraz y transparente presidida por el interés general.

Por ello, no observa la Comisión exceso competencial en el artículo estatal, como tampoco lo aprecia en la decisión del legislador autonómico de reproducirlo en la fu-

tura norma legal, por considerar que dicha reproducción resulta conforme con los supuestos en que viene siendo admitida por la doctrina constitucional.

En dicha doctrina «cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto». (STC 341/2005).

A juicio de la Comisión, el artículo 5 del anteproyecto resulta subsumible en el primero de los supuestos acotados por el Tribunal Constitucional. La inclusión del precepto estatal encuentra debida justificación en la competencia que en materia de publicidad ostenta la CAPV, así como en la competencia que para el establecimiento de reglas específicas para las campañas institucionales de las administraciones públicas vascas deriva de los títulos competenciales del artículo 10.2 y 4 EAPV.

Dado que la futura norma nace con la vocación de fijar el marco general para el desarrollo por los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación de la actividad propia de dichas campañas institucionales y publicitarias, la reproducción del precepto estatal deviene justificada (cuestión distinta —que se aborda en las consideraciones de técnica legislativa— es la concreta forma en que debe plasmarse la reproducción).

En cuanto a lo que el anteproyecto añade en el ámbito de las prohibiciones —artículo 5.1. a), 3 y 5— el análisis se traslada a la indagación de si integra el ámbito competencial de la CAPV la posibilidad de completar las determinaciones del legislador estatal con el contenido propuesto en la iniciativa.

Con carácter general, el artículo 149.1.18 CE responde en el ámbito referido al régimen jurídico de las administraciones públicas a la lógica de la distribución competencial operada con el binomio bases/desarrollo legislativo lo que, en principio, de acuerdo con la doctrina constitucional sobre dicho criterio de atribución competencial, va a permitir a la CAPV, a partir del común denominador normativo condensado en las bases, introducir las peculiaridades que, en defensa de su propio interés, estime conveniente dentro del campo de actuación del que disponga en la materia en cuestión.

En la iniciativa, según lo dicho, **se introducen también en el análisis competencial, los ámbitos atribuidos a la CAPV en el artículo 10 EAPV, apartados 2 «Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno** dentro de las normas del presente Estatuto»; 4 «**Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco** y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución»; y 24 «**Sector público propio del País Vasco** en cuanto no esté afectado por otras normas de este Estatuto».

No se trata, sin embargo, de abordar el complejo examen que dichos títulos suscitan en abstracto y de forma general, ni tampoco el particular caso de la CAPV —en razón a su singular composición institucional interna—, sino más limitadamente, ceñirse a lo que plantea el concreto tenor de los preceptos.

En este marco, se observa que los números 3 y 5 no encierran, a juicio de la Comisión, obstáculo alguno para su consideración como meras matizaciones o precisiones de los ámbitos de prohibición básicos. Su sola lectura permite colegir el referido carácter que, en el caso del primero, »la publicidad institucional no debe conducir a errores ni por ambigüedad, ni por inexactitud de datos, ni por omisión o cualquier otra circunstancia», resulta mera precisión del mensaje normativo del número 2 del artículo 5 —con una terminología traída de la denominada «publicidad engañosa»—, mientras que el número 5 resulta también una precisión, pero en relación con la publicidad ilícita del artículo 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Una problemática distinta presenta el **apartado 1.a) del artículo 5**, **según el cual no se podrán promover o contratar campañas institucionales de publicidad o comunicación «que tengan como finalidad difundir actuaciones o propuestas específicas de partidos políticos no aprobadas por las respectivas cámaras«, que sí constituye**, a juicio de la Comisión, **un desarrollo material del marco básico establecido por el legislador estatal** ex artículo 149.1.18 CE.

Precepto de oscura dicción, en la medida en que puede ser interpretado como prohibición relativa en tanto admite que pueda ser objeto de las campañas institucionales de publicidad o comunicación la difusión entre la ciudadanía de propuestas de partidos políticos, si son aprobadas por las respectivas cámaras, la problemática jurídica que suscita no resulta tanto de su compatibilidad con lo básico —que también— sino que aquélla se manifiesta en un estadio anterior, pues parece contradecir el fundamento mismo de la iniciativa.

Precisamente, conforme se desprende del expediente de elaboración del anteproyecto, **entre los motivos que alientan su dictado está el dar respuesta a una de las cuestiones más controvertidas en el ámbito de la denominada publicidad institucional, cual es el de la posible instrumentalización por parte de quien la promueve** (lo que sucede cuando la actividad publicitaria pública se tiñe de tintes partidistas).

En efecto, como hemos señalado, la iniciativa parte de la dualidad entre la naturaleza política y ejecutiva de la acción de los órganos que ocupan la cúspide de las administraciones públicas vascas, pero precisamente para preservar que la publicidad institucional se desarrolle exclusivamente en relación con la dimensión administrativa, esto es, con la información que corresponde proporcionar a la Administración sobre los servicios que presta y las actividades que desarrolla a fin de facilitar el ejercicio por los ciudadanos y ciudadanas de sus derechos, promover el cumplimiento de sus deberes y garantizar la vinculación del uso de los fondos públicos al interés general. Se trata, así, de fijar la siempre complicada línea de deslinde entre la actividad de las administraciones públicas de la de quienes (representantes de los distintos partidos políticos) dirijan en cada momento aquéllas, en virtud de los resultados electorales obtenidos en los procesos electorales que se desarrollen en cada nivel institucional.

Siendo esto así, **que el anteproyecto incluya como contenido posible de las campañas institucionales «la difusión de actuaciones o propuestas específicas de partidos políticos» parece chocar con el presupuesto del entero sistema legal proyectado, según el cual, en ningún caso** (tampoco con la aquiescencia de las «respectivas cámaras») **podrían destinarse fondos públicos** (pues no sería un uso adecuado de los mismos) **a la divulgación (a través del aparato institucional** de las administraciones públicas vascas) **de propuestas partidistas** que, legítimas, no deben sin embargo mezclarse con la actividad de comunicación o publicidad institucional de las administraciones públicas.

Por ello, en tanto el anteproyecto se endereza a evitar la comunicación o publicidad institucionales partidistas (evitando la similitud entre la publicidad que puedan realizar los partidos políticos y la que llevan a cabo las administraciones públicas), la previsión que analizamos (con su actual literal) debería ser revisada en tanto admite la interpretación descrita (posibilidad de desplegar campañas institucionales cuyos mensajes consistan en propuestas de partidos políticos, cuando sean aprobadas por los órganos representativos de la voluntad popular) con aplicación a los tres niveles institucionales (el Parlamento Vasco, las Juntas generales o los Plenos municipales); **contenido que no se compadece con el precepto básico estatal**, al separarse del mínimo común denominador definido por éste como básico y que asimismo plantea las cuestiones expuestas cuando se analiza en el marco de la finalidad y objeto del anteproyecto.

La competencia en «materia electoral»

El artículo 11 del anteproyecto se ocupa del **desarrollo de las campañas institucionales durante los periodos electorales** y lo hace en forma similar al artículo 10 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional.

En la perspectiva del examen competencial, a juicio de la Comisión, **la** señalada **«materia electoral»**, cuya singularidad a los efectos del deslinde competencial Estado/CAPV ha sido objeto de detenido examen por esta Comisión en sus DDCJA 65/2000; 96/2000; 22/2001, 2/2002; 85/2002 y 64/2004 —a cuyo contenido, para evitar reiteraciones, nos remitimos—, **debe ser tomada en cuenta en el examen de determinados contenidos del artículo**.

En efecto, en la perspectiva de análisis que ahora nos ocupa, la Comisión estima que el artículo 11 va a encontrar amparo competencial en la genérica competencia en materia de publicidad de la que, según lo ya señalado, el anteproyecto supone legítimo ejercicio, pero también en la competencia autonómica que en materia electoral atribuye el artículo 10.3 EAPV a la CAPV («Legislación electoral interior que afecte al Parlamento Vasco, Juntas Generales y Diputaciones Forales, en los términos previstos en el presente Estatuto y sin perjuicio de las facultades correspondientes a los Territorios Históricos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 del mismo») y, tangencialmente, en la que, para establecer la «Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno dentro de las normas del presente Estatuto», le atribuye al artículo 10.2 EAPV.

Al margen de las consideraciones que al examinar el articulado del anteproyecto contiene este Dictamen sobre el artículo 11, la atenta lectura de su contenido, a la luz de la antes descrita doctrina constitucional sobre los criterios para la ubicación competencial, inclina a la Comisión a formular las siguientes consideraciones.

El número 1 contiene una remisión a lo establecido en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) y la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco (en adelante, LEP). Su sentido es recordar que las campañas institucionales del anteproyecto cuando coincidan con un proceso electoral se «sujetarán», además, a lo establecido en las normas que lo regulen.

Con el contenido y finalidad descritos, la inicial ubicación del precepto en el ámbito de la materia electoral resulta clara, sin que, por otra parte, se advierta exceso respecto de las competencias que en la misma ostenta el Estado.

El número 2 determina que «sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior **los poderes públicos y las entidades previstas en el artículo 2 de esta Ley, no realizarán o, en su caso, suspenderán toda campaña institucional de publicidad o comunicación en periodo electoral**, entendiendo por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones, referéndum o consulta y el día mismo de la votación», reservando los apartados a) y b) a fijar las excepciones a dicho mandato de cesación que, en síntesis, son las campañas que expresamente admite la normativa electoral, en la interpretación que de la misma ha realizado la Administración Electoral.

Debe tomarse en consideración que es dicha Administración Electoral (Capítulo III del Título I LOREG y Título III LEP) la competente para fijar los criterios aplicables a las campañas de publicidad que se desarrollan durante el proceso electoral, al amparo de la competencia que el artículo 19.1 c) LOREG y 29 c) LEP les atribuye para dictar instrucciones de obligado cumplimiento por las juntas electorales inferiores, en materia electoral. Siendo relevante, a nuestros efectos, la Instrucción de 13 de septiembre de 1999 de la Junta Electoral Central, que precisamente se ocupa del objeto y límites de las campañas institucionales (régimen que es en la actualidad el que viene aplicándose y el que, según señala la Memoria Justificativa, pretende acoger el artículo 11 del anteproyecto).

En este contexto, el precepto trascrito suscita cuestiones de mayor enjundia, en la medida en que **establece un límite temporal —pero absoluto— para el desarrollo de toda campaña institucional y para «todos los poderes públicos y entidades» del artículo 2; limitación que no se encuentra hoy contemplada en la normativa electoral**, sin perjuicio de que la Administración Electoral cuente con abundantes resoluciones destinadas a resolver los conflictos surgidos en relación con actividades publicitarias de las administraciones públicas durante los periodos electorales.

En orden a su **ubicación competencial**, atendiendo a la ratio de la limitación, y aunque tenga por objeto la publicidad institucional, ha de buscarse en la idea nuclear que alienta la iniciativa de poner los mecanismos para diferenciar aquélla de la actividad política, lo que viene a concretarse en el precepto en la finalidad de evitar que la actividad propia de las campañas institucionales que los sujetos del artículo 2 activen pueda perturbar el desarrollo de los procesos electorales conforme a los principios de objetividad, transparencia e igualdad entre los actores electorales. Esta consideración permite a la Comisión considerar que, **en este extremo, es la materia electoral el título competencial de preferente aplicación**.

El anteproyecto encierra una ponderación de los intereses presentes en las campañas institucionales cuando coinciden con los señalados procesos electorales, otorgando preferencia a éstos y estableciendo, en consecuencia, la cesación temporal de aquéllas (siempre, claro está, dejando al margen las expresamente admitidas por la normativa electoral).

Sin perjuicio de las consideraciones que se formulan al examinar el concreto tenor literal del precepto, **la opción** que incorpora en este punto la iniciativa **es**, a juicio de la Comisión, **una de las que permite adoptar el bloque de constitucionalidad al legislador autonómico**, en tanto a su través preserva el correcto desarrollo de los procesos que conllevan el ejercicio por los ciudadanos y ciudadanas del derecho fundamental de sufragio (artículo 23.1 CE).

No obstante, de acuerdo con los términos del deslinde competencial Estado/CAPV en la materia electoral, **estima la Comisión que** el número 2 del artículo 11 **va a reclamar ciertos ajustes**.

El supuesto contemplado en el primer párrafo del apartado a) del citado número 2 pertenece al ámbito material del número 1, del que viene a ser una suerte de especificación ya que las campañas institucionales a que se refiere son «las expresamente previstas en la normativa electoral». Por ello, con su actual ubicación, puede ser interpretada como regulación añadida a la establecida en dicha normativa electoral (pues, reiteramos, son las campañas institucionales específicamente admitidas por ésta, el objeto del precepto). De ahí que deba revisarse la triple prohibición que para éstas determina: (i) utilizar eslóganes, simbología o elementos publicitarios identificables con un partido; (ii) que éstos utilicen eslóganes, simbología o elementos publicitarios de la publicidad institucional; y (iii) que puedan pretender la captación del voto.

De acuerdo con los criterios y lógica de la distribución competencial en la materia electoral Estado/CAPV que deriva del bloque de constitucionalidad, dichas precisiones podrían establecerse para el supuesto del artículo 68.3 LEP (al margen de que ello debería realizarse como modificación expresa de la LEP, en virtud de la específica reserva que contempla el artículo 26.5 EAPV a «una ley electoral» y a elementales razones del principio de seguridad jurídica, artículo 9.3 CE). La inclusión en el ámbito del precepto de la LOREG y de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, resulta problemática.

Ahora bien, si como según señala expresamente la memoria justificativa que acompaña al anteproyecto, con el artículo 11 en modo alguno se pretende alterar la actual regulación de la normativa electoral, ni modificar la regulación de las campañas institucionales que aquélla contempla, estima la Comisión que el artículo 11.2 a), segundo párrafo, constituye un supuesto de exceso competencial derivado de una incorrecta ubicación sistemática en el texto. En realidad, su virtualidad, en la lógica y finalidad del anteproyecto, parece obtenerse ya con la prohibición que para las campañas institucionales de publicidad o comunicación —objeto de la iniciativa— contempla (aunque con distinta dicción) el actual artículo 5.2.

En relación con el apartado b) del número 2 del artículo 11, se limita a recoger los supuestos de campañas institucionales distintas de las expresamente establecidas en la normativa electoral (artículo 50.1 LOREG y 68.3 LEP) que, de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Administración Electoral —la citada Instrucción de la Junta Electoral Central de 13 de septiembre de 1999— pueden realizarse durante los periodos electorales, por lo que su inclusión en el anteproyecto no ofrece dudas de constitucionalidad, al margen de que la aplicación, en cada caso, corresponderá a la Administración Electoral competente en cada proceso electoral.

c) El anteproyecto y las **competencias forales**:

Para el examen de la cuestión competencial en este ámbito, conviene, en primer término, señalar el ámbito de aplicación a las administraciones forales, ya que, como hemos señalado, el borrador inicial sometido a la consideración de las tres Diputa-

ciones Forales ha sufrido, en el texto final, modificaciones relevantes (así, la desaparición del apartado 3 del artículo 11 —referido a las presentaciones, inauguraciones o eventos de similar naturaleza—, o el artículo 12 —sobre la Comisión Vasca de Publicidad y Comunicación—).

En el texto final, conforme a su artículo 2.2, sólo el Capítulo I de la futura norma será de aplicación a dichas administraciones, lo que, de acuerdo con el contenido de éste, conlleva la aplicación del artículo 1 —destinado a fijar el ámbito objetivo cuya delimitación requiere su integración con las definiciones de «campaña institucional de publicidad» y «campaña institucional de comunicación» que recoge el artículo 3—; el artículo 4 que establece los requisitos de las citadas campañas institucionales; el respeto a las prohibiciones del artículo 5; la regla de accesibilidad de las personas discapacitadas del artículo 6 y del fomento de los soportes respetuosos con el medio ambiente del artículo 7; la garantía del artículo 8; las normas sobre contratos del artículo 9; las reglas sobre el uso de las lenguas cooficiales del artículo 10; y las establecidas para las campañas institucionales en procesos electorales del artículo 11.

Con la misma finalidad de facilitar nuestro posterior análisis, interesa, en segundo lugar, dejar sintética constancia de las razones que fundamentan la **oposición de las tres Diputaciones Forales** al señalado contenido de la iniciativa. Durante el procedimiento de elaboración —en los términos que han quedado recogidos en los antecedentes de este Dictamen [párrafo 2, letras o) a q)]—, han expresado su desacuerdo con la proyección de la futura norma sobre su actividad en el ámbito de la publicidad y comunicación institucionales, **por entender** —básicamente, con identidad de razones— **que ésta pertenece a la competencia exclusiva de autoorganización que les atribuye el artículo 37.3 a) del EAPV**, por lo que consideran que debe eliminarse la referencia a las administraciones públicas forales y a sus respectivos sectores públicos del señalado artículo 2.2. y matizarse en ese mismo sentido el párrafo 1º del artículo 1.

La Comisión aborda a continuación el examen de la cuestión suscitada para lo cual considera útil acudir al bagaje teórico que para la interpretación de las atribuciones competenciales Estado/CCAA contiene la doctrina constitucional. Ha de estarse, así, al concreto alcance y finalidad de cada precepto a fin de proceder a su ubicación competencial y, caso de no resultar ésta clara, analizar los distintos títulos competenciales en juego, a la luz del reparto entre las Instituciones Comunes y los Territorios Históricos.

En cuanto a la doctrina constitucional, ocupa un lugar preferente la vertida en la **STC 76/1988, de 26 de abril**, al examinar la impugnación de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, sobre Relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órgano forales de los Territorios Históricos (en adelante, LTH).

Como es sabido, esta Sentencia acoge la tesis de la garantía institucional: «como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la Disposición adicional primera CE, **lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral**, es decir de un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es de su «foralidad», pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado. La garantía constitucional supone que el contenido de la foralidad debe preservar tanto en sus rasgos organizativos como en su propio ámbito de poder la imagen identificable de ese régimen foral tradicional. Es este núcleo identificable lo que se asegura, siendo, pues, a este último aplicables los términos de nuestra STC 32/1981, de 28 de julio, cuando declaraba que, por definición, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una Institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Todo ello en el bien entendido que esa garantía —referida a los territorios forales—, si bien no especifica exhaustivamente las competencias históricas que protege (esto es, un haz determinado de competencias concretas) sí alcanza un mínimo irreductible, a proteger un régimen de autogobierno territorial con el que quepa reconocer el régimen foral tradicional de los distintos territorios históricos».

Es el EAPV la norma que actualiza los derechos históricos. Este reúne el doble carácter de norma fundacional de la CAPV y «norma de integración y reestructuración (o actualización) de la potestad de autogobierno de los tres territorios históricos», y concreta el contenido de la garantía foral (punto obligado de referencia para la aplicación e interpretación de las disposiciones del Estatuto de Autonomía), además de en los artículos 41 y 42 EAPV que preservan las competencias tributarias de los territorios históricos, en el artículo 37 EAPV que encierra, por un lado, el denominado núcleo intangible del contenido del régimen foral [artículo 37.3 a), b), c), d) y e)] —mínimo sin el que desaparecería la imagen misma de la foralidad— y, por otro, un ámbito de expansión que se contempla en el artículo 37.3.f) EAPV.

La competencia que aducen las tres Diputaciones Forales pertenece a ese núcleo intangible de la foralidad dado que, según lo expuesto, estiman afectada su competencia de autoorganización (artículo 37. 3. a) EAPV).

En todo caso, **el análisis de la afectación debe realizarse atendiendo al contenido material de la regulación proyectada, teniendo presente su finalidad** que, según lo antes expuesto, persigue normar el desarrollo de las campañas institucionales, de acuerdo con los principios de veracidad, objetividad y servicio al interés general con el fin último de garantizar el derecho de los ciudadanos y ciudadanas a obtener de las administraciones públicas una información veraz y transparente de su actividad como tales.

En el examen de los preceptos del Capítulo I, se aborda en primer lugar el de aquellos que, a juicio de la Comisión, no suscitan una problemática especial.

Estima la Comisión, que los artículos 6 (Accesibilidad), 7 (Fomento de soportes respetuosos con el medio ambiente) y 10 (Lenguas), no reclaman un examen exhaustivo de su anclaje competencial en ámbitos propios de las Instituciones Comunes.

En efecto, los artículos 6 y 7 tienen un carácter principial que se deduce con claridad de su dicción literal, encontrando adecuado soporte en preceptos constitucionales (artículo 45 CE y artículo 49) cuya ubicación dentro del Capítulo II del Título II de la Constitución conlleva la obligación de que su reconocimiento, respeto y protección informe la actuación de todos los poderes públicos (artículo 53.3 CE). Enunciados con un claro carácter finalístico, aparecen como límites externos a la actividad de comunicación y publicidad institucionales, sin coartar en modo alguno las decisiones que adopte cada Administración. En igual sentido, el artículo 10 resulta recta concreción a la actividad contemplada en el anteproyecto del régimen que para el uso de las lenguas cooficiales de la CAPV deriva del artículo 6 EAPV y de la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, de Normalización del Uso del Euskera, que debe recordarse —por su conexión con el objeto de la regulación proyectada— contiene un Capítulo —el III— específicamente destinado al uso del euskera en los medios de comunicación social y cuyo artículo 27 encomienda expresamente a los poderes públicos el fomento del uso del euskera en la publicidad. La competencia de las Instituciones Comunes para la fijación de reglas comunes a todas las administraciones públicas en la «materia euskera» no reclama especial desarrollo.

Siguiendo con el examen del resto de preceptos del Capítulo I en el orden en que aparecen, el artículo 4 (requisitos de las campañas) se ciñe, en su apartado 1, a la enumeración de los ámbitos potenciales de aquéllas con una finalidad netamente explicativa, pues la descripción de las áreas posibles para la actividad de comunicación que desplieguen las administraciones públicas debe interpretarse en el marco del apartado 2, criterio de cierre según el cual aquélla debe desarrollarse «exclusivamente cuando concurran razones de interés público y en ejercicio de competencias propias». Este mensaje normativo supone la mera traslación al ámbito de regulación proyectada del general principio constitucional del artículo 103.1 CE que debe presidir la entera actividad de las administraciones públicas, organizaciones al servicio objetivo del interés general cuya actuación se encuentra sometida a la ley y al Derecho.

En el mismo sentido, el apartado 4 sujeta la referida actividad a las «exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto público», siendo el apartado 5 una precisión del principio de veracidad, cuando en la publicidad institucional aparezcan personas. En todo caso, tales apartados, en el examen que ahora nos corresponde, suponen un recordatorio de la aplicación de los principios nucleares que deben estar presentes, por exigencias del vigente ordenamiento jurídico, en la actividad de las administraciones públicas y, también, lógicamente, en la instrumental consistente en trasladar a los ciudadanos y ciudadanas la información institucional que consideren necesaria sobre su actuación.

La mención al objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres que recoge el apartado 3, resulta concreción al ámbito de regulación aprehendido por el anteproyecto de la obligación que pesa sobre todos los poderes públicos vascos de «incorporar la perspectiva de género en todas sus políticas y acciones, de modo que establezcan en todas ellas el objetivo general de eliminar las desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres» (artículo 3. 3 Ley 4/2005, de 2 de marzo, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, en adelante LIMH).

En orden al soporte competencial, tal y como señaló la Comisión en su DCJA 64/2004, cuando dictaminó la señalada LIMH en fase de anteproyecto, es la competencia de desarrollo legislativo en la materia «condición femenina» ex artículo 10. 39 EAPV la que otorga fundamento al precepto y resulta respetuosa con la que de acuerdo con el artículo 7 c) 2 LTH ostentan los órganos forales (de ejecución, sin perjuicio de la acción directa de las Instituciones Comunes).

La mención final que el citado apartado 3 del artículo 4 realiza a la protección de la infancia y la adolescencia recuerda la sujeción de las campañas institucionales de comunicación y publicidad a las reglas y prohibiciones que consagra al respecto el vigente ordenamiento jurídico. Debe, así, tomarse en consideración no sólo la expresa cita a la protección de la juventud y la infancia como límite de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, sino el conjunto de normas vigentes enderezadas a hacer efectiva dicha protección, entre las que cabe destacar la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia (en especial, artículos 10, 12, 30, 31 y 32), cuyo fundamento competencial fue objeto de examen por esta Comisión en su DCJA 110/2003 en fase de anteproyecto, encontrando adecuado acomodo en los títulos competenciales que atribuye a la CAPV el artículo 10. 12.13.14 y 39 EAPV.

En conclusión, la competencia de las Instituciones Comunes para el dictado del artículo 4, en los términos expuestos, no ofrece para la Comisión problemas, pues aquél deja incólume el ámbito de decisión del que disponen los órganos forales en virtud de la competencia del artículo 37.3 a) EAPV.

El artículo 5 ha sido objeto de examen en los párrafos 94 a 103 de este Dictamen.

En la perspectiva que ahora nos ocupa, cabe reiterar que, en lo que tiene de reproducción del artículo 4 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional —declarado básico, en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.18ª CE—, no se aprecia ninguna tacha de afección indebida al ámbito competencial foral. La declaración del legislador básico hace innecesario el examen si, como también hemos razonado, es de aplicación a todas las administraciones públicas por mor de dicha declaración y no se ha apreciado que incurra en una indebida expansión del título estatal.

El artículo 8, como hemos avanzado, configura un cauce de impugnación al servicio de las personas (físicas y jurídicas) que puedan verse afectadas en sus derechos e

intereses legítimos con ocasión de la actividad de comunicación y publicidad desplegada por las administraciones públicas vascas al realizar sus campañas institucionales.

Como hemos dejado antes expuesto, se establece una suerte de acción de cesación y rectificación de las campañas institucionales trayendo el modelo de la regulación de la publicidad comercial. En clave competencial, resulta un contenido adjetivo de la regulación «ratione materiae» cuya introducción en la futura norma legal resulta ejercicio de su competencia en la materia «publicidad» y encuentra expreso fundamento en la competencia que otorga a la CAPV el artículo 10.6 EAPV que, conforme a la doctrina constitucional (entre otras, SSTC 227/1988; 156/1995, 173/1998), le faculta para establecer, allí donde ostenta competencia material para regular una materia, reglas destinadas a posibilitar el ejercicio de los derechos conectados con la regulación sectorial sustantiva.

Concurre, así, en dicha determinación de la iniciativa una finalidad pública, constitucionalmente susceptible de fundamentar el establecimiento del señalado cauce de impugnación al venir éste vinculado a la preservación del referido derecho del que resultan titulares todos los ciudadanos y ciudadanas de la CAPV, revelando dicho círculo de afectados la presencia de un interés autonómico para cuya protección las Instituciones Comunes pueden determinar su aplicación a todos los sujetos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la futura norma, sin que ello conlleve menoscabo de la competencia foral de autoorganización de sus instituciones.

El medio específico de impugnación contempla lo necesario para garantizar la efectiva protección del derecho, sin adentrarse en la determinación de normas organizativas; no se disciplina sobre la competencia de los órganos que, en cada Administración, resultarán competentes para su resolución. Por lo que ningún exceso competencial advierte la Comisión en el señalado artículo 8.

En concreto, el precepto preserva la decisión organizativa que los órganos forales, en tanto que «órganos anunciantes», tomen para hacer efectiva la garantía que el futuro texto legal impone. Al hilo de esta consideración, cabe recordar (porque, a juicio de la Comisión, permite apreciar la diferencia) la desaparición del texto final de la Comisión Vasca de Publicidad, como órgano jerárquicamente dependiente de la administración autonómica, al que se atribuían ciertas funciones de control y supervisión sobre las campañas institucionales de comunicación o publicidad que pudieran desarrollar los órganos forales, solución que sí hubiera planteado (entre otras, STC 331/1993) problemas en relación con la competencia foral de autoorganización.

El artículo 9, como anuncia su título y confirma su contenido, debe residenciarse en la materia «contratos» y constituye ejercicio de la competencia autonómica para el desarrollo legislativo y ejecución de la normativa básica que establezca la CAPV, en uso de la competencia que a la misma atribuye el artículo 11.1. b) EAPV. Tal ubicación competencial destierra «a limine» la posible afección indebida de la competencia foral es-

grimida por las diputaciones forales, máxime cuando la lectura del concreto literal del artículo 9 permite considerar que resulta respetuoso con la legislación básica en materia de contratación administrativa (hoy contenida en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), resultando el número 4, conforme a su literal, de aplicación exclusiva a los «sujetos regulados en el artículo 2.1 de la ley» y, por tanto, sin alcanzar a la actividad contractual de los órganos forales.

El artículo 11 ya ha sido objeto de examen en los párrafos 114 y siguientes de este Dictamen. De los mismos deriva que resulta respetuoso con los ámbitos competenciales de los territorios históricos.

Basta así recordar que, si inicialmente las elecciones a las Juntas Generales y Diputado General de los Territorios Históricos fueron objeto de regulación por sendas normas forales (así, Norma Foral de 7 de marzo de 1983, de Organización Institucional del Territorio Histórico de Álava; Norma Foral de 26 de febrero de 1983, sobre Organización Institucional del Territorio Histórico de Guipúzcoa y Norma Foral de 13 de febrero de 1987, sobre Elección, Organización, Régimen y Funcionamiento de las Instituciones Forales del Territorio Histórico de Bizkaia), el Parlamento Vasco aprobó las Leyes 2/1983, 3/1983 y 4/1983, de 7 de marzo, que regulaban las elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Guipúzcoa, Vizcaya y Álava, respectivamente, que fueron derogadas por la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa.

Dicha Ley 1/1987, de 27 de marzo, se dicta en ejercicio de la competencia que el EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma en el trascrito artículo 10.3 EAPV, conforme al cual, señala el Preámbulo, «corresponde al Parlamento Vasco regular el sistema electoral de acuerdo con su función directriz de desarrollar la vida democrática de la sociedad vasca para configurar unas instituciones más democráticas, justas y modernas. La Sociedad vasca es plural y la definición de circunscripciones electorales que procuren una representación adecuada a todas las zonas de cada Territorio es compatible y adecuada a los principios generales que caracterizan a un sistema democrático como son el sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y que esa es la voluntad inequívoca del legislador estatutario. Asumiendo estos principios, a través de esta Ley procede regular las elecciones a Juntas Generales en base a los siguientes criterios: a) Necesidad de que las Instituciones Comunes se reafirmen en su papel central, en orden a regular cuestiones básicas que afectan al conjunto de la Comunidad Autónoma, garantizando una homogeneidad en el sistema electoral de las Juntas generales; b) Garantía del pluralismo político, configurando unas circunscripciones electorales en la que se elijan un número de escaños que asegure la representatividad».

La disposición derogatoria primera de dicha Ley 1/1987, de 27 de marzo, contiene la expresa derogación «en lo referente a las «Normas Electorales» [del] punto 1.º del apartado a), del artículo 7 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos Forales de sus Territorios Históricos».

A los efectos que aquí interesan, cabe concluir que **la competencia estatutaria en materia «electoral» que corresponde a las Instituciones Comunes posibilita, según lo razonado, el dictado por éstas de normas legales atinentes a aspectos esenciales de las elecciones de las Juntas Generales de los Territorios Históricos** y permite, de igual modo, el dictado de normas —como la que establece el anteproyecto en el artículo 11 objeto de análisis— que, en la perspectiva de su ubicación competencial, debe ser considerada como ínsita en la señalada materia electoral, al responder a la finalidad de reforzar los principios de transparencia y objetividad de cada proceso electoral y el de igualdad entre las diferentes opciones y actores electorales durante el desarrollo de aquéllos. Como opción posible del legislador autonómico, al regular las campañas de publicidad o comunicación institucionales con base en la competencia en materia de «publicidad», establece la prohibición de aquéllas, con las excepciones que expresamente contempla la normativa electoral y las que, interpretando ésta, ha establecido la Administración Electoral: las que resulten imprescindibles para la salvaguarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos.

En virtud de lo razonado, considera la Comisión que el Capítulo I que resulta de aplicación a las administraciones públicas forales, no conlleva, a juicio de la misma, menoscabo o indebida afectación de las competencias forales a que se refiere el artículo 37.3 a) EAPV, en el sentido de que no observa en los preceptos que integran dicho Capítulo I una injerencia del legislador autonómico que reste la capacidad decisoria propia de aquéllos.

d) El anteproyecto y el **ámbito municipal**:

El precedente análisis permite abordar la cuestión referida a la articulación competencial del anteproyecto en relación con los ayuntamientos en forma más breve, pues basta, a juicio de la Comisión, con afirmar que la aplicación que éste prevé para la administración municipal (sólo el Capítulo I) tiene, además de los títulos competenciales examinados, un específico anclaje en la competencia que atribuye el artículo 10.3 a la CAPV en «Régimen local» y **resulta** además **respetuosa con la autonomía municipal** (reconocida en los artículos 137 y 140 CE) que, de acuerdo con la doctrina constitucional (por todas, STC 214/1989) conlleva el reconocimiento de una garantía institucional, que constituye un límite para el legislador competente (estatal o autonómico) de obligado respeto, aunque admite opciones legislativas diversas, siempre que éstas no desconozcan la existencia de un ámbito reservado a la autonomía organizativa municipal; límite que, a juicio de la Comisión, no se soslaya en la iniciativa dictaminada.

DCJA 69/2010 pár. 82 a 163

6. SANIDAD INTERIOR (ART. 18 EAPV)

Desde el punto de vista de la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco, el anteproyecto estudiado comparte los mismos títulos habilitantes que la norma legal que modifica —esto es, la Ley 18/1998—.

Como ya dijimos en el DCJA 32/2003, dicha ley cuenta con varios títulos, pero atendido el concreto contenido de la reforma pretendida, resulta claramente preferente el que reconoce el artículo 18 EAPV, que atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior.

Dicho precepto es el núcleo de la regulación, sobre el que se asientan las prescripciones que dan sentido al entero régimen que se quiere implantar, sin perjuicio de que también concurran, a la vista de los campos en los que se proyecta, otros títulos relevantes.

Cabe citar entre tales, tomando en cuenta las restricciones que se establecen a la venta y suministro de los productos de **tabaco**, el de comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia (artículo 10.27 EAPV). En la medida en que se imponen límites y condiciones a la publicidad y patrocinio de productos del tabaco, el de publicidad en colaboración con el Estado (artículo 10.27 EAPV). Y, por último, cuando se dispensa una protección reforzada a los menores de 18 años, la competencia en materia de política infantil y juvenil (artículo 10.39 EAPV).

Pese a que en algún momento se invoca la competencia que reconoce a la Comunidad Autónoma el artículo 17 EAPV —si bien no se especifica a qué efectos, cabe pensar que lo es para diseñar el régimen de control e inspección que plasma el artículo 54 del anteproyecto—, tal inserción, como tendremos ocasión de justificar posteriormente, no resulta adecuada. Basta ahora con señalar que **en modo alguno la Ley 28/2005 aborda la garantía en el cumplimiento de la legislación en materia de tabaco como una cuestión que trascienda el marco de la salud pública**, **en el que se despliega la intervención de los poderes públicos, también cuando se disciplina la actuación administrativa inspectora y sancionadora, sin que el Estado se ampare, por su posible afección a la materia seguridad pública, en el título competencial que le atribuye en exclusiva el artículo 149.1.29 CE, ni disponga un sistema de control policial**.

Como decimos, **es la materia de sanidad el título prevalente** y, por ello, hemos de recordar nuevamente las determinaciones de los artículos 41 y 43 CE, que proclaman el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud y encomiendan a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios, principios cuyo reconocimiento, respeto y protección, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, deben

informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Y, precisamente, su desarrollo por ley es lo que hace posible que puedan ser invocados ante los Tribunales.

En tal sentido, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, encarga a todas las administraciones públicas la adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria, como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, y el desarrollo de programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo, así como programas de prevención de las deficiencias, tanto congénitas como adquiridas (artículo 18.1 y 18.5).

En el ámbito autonómico, el artículo 2 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi (LOSE), se refiere al marco institucional de la salud, comprensivo de todos los poderes públicos vascos, a los que atribuye la misión preferente de promocionar y reforzar la salud en cada uno de los sectores de la actividad socioeconómica, con el fin de estimular los hábitos de vida saludable, la eliminación de los factores de riesgo, la anulación de los efectos negativos y la sensibilización y concienciación sobre el lugar preponderante que por su naturaleza le corresponde.

Pero como **marco normativo específico se ha de mencionar la Ley estatal 28/2005**, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro y la publicidad de los productos del tabaco. Dicha ley incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. También se ordena al cumplimiento de las obligaciones asumidas con la ratificación por España, el 16 de junio de 2003, del Convenio Marco de la Organización Mundial para la Salud para el control del tabaco, adoptado en Ginebra el 21 de mayo de 2003.

La citada Ley 28/2005 se articula en cinco capítulos, dedicados, respectivamente, a la regulación de las disposiciones generales, las limitaciones a la venta, suministro y consumo de los productos del tabaco, la regulación de su publicidad, promoción y patrocinio, medidas de prevención del tabaquismo, de promoción de la salud y de facilitación de la deshabituación tabáquica, así como el régimen de las infracciones y sanciones.

Según la disposición final primera:

> 1. Esta ley se dicta con carácter básico al amparo del artículo 149.1.1ª, 16ª, 18ª y 27ª de la Constitución. Se exceptúa de lo anterior el artículo 10, que se dicta al amparo del artículo 149.1.9ª de la Constitución.
>
> 2. Corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley.

A pesar de la multiplicidad de títulos que se invocan, es lo cierto que, cuando se justifica la regulación, la Exposición de Motivos señala que «el consumo de tabaco, como factor determinante de diferentes patologías y como causa conocida de muerte y de importantes problemas sociosanitarios, constituye uno de los principales problemas para la salud pública; de ahí, pues, la necesidad de implantar medidas dirigidas a su prevención, limitar su oferta y demanda y regular su publicidad, promoción y patrocinio».

Esto es, **dado que fundamentalmente persigue la protección de la salud con la adopción de una serie de medidas tendentes a prevenir y combatir el tabaquismo, el título primordial es el contenido en el artículo 149.1.16ª de la CE, «Bases y coordinación general de la sanidad»**, sin que se descarte la presencia de algún otro título competencial del Estado en el que ubicar la regla básica estatal.

Basta recordar que, según reiterada y constante doctrina del Tribunal Constitucional, el concepto de «bases» es un concepto material que pretende «garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (SSTC 32/1981; 1/1982; 32/1983; 48 y 49/1988; 69/1988; y otras más recientes como SSTC 149/1991; 141/1993; 109/2003; , etc.]). En materia sanitaria, según la STC 98/2004, de 25 de mayo «ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, F. 2; 42/1983, de 20 de mayo, F. 3; 80/1985, de 4 de julio, F. 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, F. 2)».

Para completar este panorama normativo, añadiremos que **la compleja determinación de la base competencial genera dificultades, no sólo a nivel estatal, sino también a nivel europeo**. La Directiva 98/43/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco —antecedente de la Directiva 2003/33/CE—, fue anulada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de octubre de 2000 (Caso República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo), porque llegaba a establecer una prohibición de carácter general.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 12 de diciembre de 2006 (Caso República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo), declaró improcedente la anulación de la Directiva

2003/33/CE, al circunscribirse a la prensa y otras publicaciones escritas, emisiones de radio, servicios de la sociedad de la información y patrocinio, tras aceptar que pueda ser base jurídica suficiente de la misma el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, lo que no obsta que la protección de la salud pública sea determinante en las decisiones que deben tomarse.

También diremos que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de marzo de 2009 (caso Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia) declaró que no había una violación de la libertad de expresión, reconocida por el artículo 10 del Convenio de Roma, con motivo de la condena impuesta por la publicación de unas fotografías en las que se realizaba publicidad indirecta del tabaco:

> Teniendo en cuenta la importancia de la protección de la salud pública, la necesidad de controlar la epidemia social que constituye, en nuestras sociedades, el tabaquismo, la necesidad social imperiosa de actuar en este ámbito y la existencia de un consenso europeo sobre la cuestión de la prohibición de la publicidad del tabaco, el Tribunal considera que la restricción en este caso de la libertad de expresión de los demandantes respondía a tal necesidad y era proporcional al fin legítimo perseguido.

A lo largo del tiempo la Ley 28/2005 ha sido parcialmente modificada por el artículo 3 del Real Decreto-Ley 2/2006, de 10 de febrero, y su disposición transitoria quinta fue derogada por el Real Decreto-Ley 1/2007, de 12 de enero, atendiendo a que había motivado el inicio de un procedimiento de infracción por los servicios de la Comisión Europea por la incorrecta trasposición de la Directiva 2003/33/CE. Finalmente, la actual redacción de su artículo 4 b) ha sido introducida por la disposición final tercera de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Tampoco podemos dejar de señalar que, en lo que esta Comisión conoce, el Presidente del Gobierno promovió recurso de inconstitucionalidad en relación al artículo 14.1 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 25/2006, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, al equiparar los comercios turísticos a los alojamientos turísticos, a los efectos de autorizar la venta de tabaco mediante maquinas expendedoras, habiéndose levantado la suspensión inicialmente acordada —al invocarse el artículo 161.2 CE—, por ATC 80/2008, de 11 de marzo.

La litigiosidad Estado-Comunidades Autónomas en la materia se ha ventilado principalmente en sede de la jurisdicción contencioso-administrativa, como lo acreditan las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009 (RJ 361) y 12 de noviembre de 2009 (RJ 362), que ponen fin a sendos procedimientos iniciados por el Abogado del Estado frente al Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de la Rioja, de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005, y al Decreto 54/2006, de 2 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005, respectivamente. También fue

objeto de recurso el Decreto 93/2006, de 2 de noviembre, de la Comunidad de Madrid, de desarrollo y ejecución de la Ley 28/2005, siendo anulado por Sentencia de 30 de diciembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (RJCA 179), por omitirse en el procedimiento de elaboración el informe preceptivo de la Comisión de Consumo de la Comunidad de Madrid.

Como actuaciones más recientes se han de citar la **Recomendación del Consejo Europeo de 30 de noviembre de 2009, sobre los entornos libres de humo** (2009/C 296/02), **y la Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009,** sobre los entornos sin humo. La Recomendación insiste en los deberes asumidos con la suscripción del Convenio marco de la OMS y, muy destacadamente, en lo dispuesto en su artículo 8, para que sus Partes adopten y apliquen, en áreas de la jurisdicción nacional existente y conforme determine el Derecho nacional, medidas eficaces para proteger a las personas contra la exposición al humo de tabaco ajeno en todos los lugares de trabajo interiores, medios de transporte público, lugares públicos cerrados y, según proceda, en otros lugares públicos, y promuevan activamente la adopción y aplicación de esas medidas en otros niveles jurisdiccionales.

Sin que podamos ignorar tampoco la reforma proyectada de la Ley 28/2005, a raíz de la Proposición de Ley de 2 de junio de 2010 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario de Ezquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa Per Catalunya Els verds, cuya toma en consideración fue aprobada por el Congreso el pasado 22 de junio de 2010.

V. Ámbito intracomunitario:

La ordenación de la materia y su ejecución corresponde a las Instituciones Comunes conforme a la distribución interna genérica que plasma la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus territorios Históricos (LTH), **a través de la cláusula residual del artículo 6.1 LTH, y la concreta que establecen tanto la LOSE como la propia LPAID.**

La Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) dispone en su artículo 25.2 que el Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de e) «Protección de la salubridad pública» e i) «Participación en la gestión de la atención primaria».

Por su parte, el artículo 15.1 LOSE prevé que las **corporaciones locales** de la Comunidad Autónoma de Euskadi ejercerán las competencias que en materia de control sanitario y salubridad les atribuye el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de su capacidad institucional de actuación complementaria, así como del ejercicio de las competencias que, en su caso, les delegue la Comunidad Autónoma. De forma coherente, el artículo 33.2 LOSE señala que **ejercerán la función inspectora** de

acuerdo con las competencias citadas **y la potestad sancionadora** con los límites que dispone el artículo 39.2 LOSE.

Como es sabido, la LPAID atribuye a los alcaldes la potestad sancionadora en materia de drogodependencias «por la mayor inmediatez y accesibilidad para el ciudadano, así como de mayor facilidad para controlar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley» (Exposición de Motivos).

Esa actividad de tutela de la salud pública, tratándose del tabaco, queda con el anteproyecto de Ley, sin embargo, residenciada en la Administración General de la Comunidad Autónoma.

Así resulta del nuevo artículo 54 de la LPAID (artículo vigesimosexto del anteproyecto de Ley) y se ha justificado en el expediente ante las dificultades que ha planteado la aplicación de la normativa en vigor y la forma en la que se ha entendido por los ayuntamientos el artículo 22.2 de la Ley 28/2005, que atribuye a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas las «funciones de control e inspección, de oficio o a instancia de parte, así como la instrucción de expedientes sancionadores e imposición de sanciones» (folio 156, alegaciones de EUDEL).

Entiende la Comisión que **tal opción es viable jurídicamente, si así lo dispone el legislador sobre la base de que la inspección y sanción en materia de tabaco trasciende el interés local de los municipios, pues constituye un aspecto general sobre la política en materia de tabaco cuya mejor garantía exige una actuación unitaria de ámbito autonómico.**

DCJA 139/2010 pár. 50 a 78

7. TURISMO Y DEPORTE. OCIO Y ESPARCIMIENTO (ART. 10.36 EAPV)

El proyecto que nos ocupa cuenta con el mismo fundamento competencial que la LDPV, ya que no es sino un reglamento ejecutivo de ésta.

Cabe recordar que el artículo 10.36 del Estatuto de Autonomía (EAPV) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de deporte, en la cual se incardinan de pleno tanto la referida LDPV, norma principal al respecto, como la iniciativa que dictaminamos.

Si bien existe una ordenación genérica del **deporte de alto nivel** a nivel estatal, artículo 6 y Título VI de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, cabe advertir que se acota a aquella practica deportiva que es de interés para el Estado, y por su función representativa de España en las pruebas o competiciones deportivas oficiales de carácter internacional.

Es, por tanto, **esa proyección nacional e internacional la que permite al Estado establecer su propia regulación del deporte de alto nivel** (STC 1/1986, de 10 de enero), **pero no impide que las Comunidades autónomas desplieguen su competencia en deporte, normando la materia de deporte de alto nivel aplicable en el ámbito autonómico, pudiendo aprobar con ese fin los programas para su promoción y apoyo que resulten pertinentes, como dispone en nuestro caso el artículo 2.3 c) LDPV**.

La circunstancia de que se haya distinguido en otras Comunidades Autónomas la figura del deportista de alto nivel y la de deportista de alto rendimiento, siendo la de éste último de inferior nivel deportivo, para remitir la regulación del deportista de alto nivel a las normas estatales y definir la del deportista de alto rendimiento en normas autonómicas, no obliga a mantener tal esquema, en la medida en que las regulaciones resulten compatibles y sin perjuicio de que siendo la segunda más amplia y utilizada en otros sectores del ordenamientos, tal vez convendría rescatarla para dar un tratamiento específico a los que, si seguimos la LDPV, podrían merecer dicha consideración: los deportistas promesas con expectativas de acceder al deporte del alto nivel.

Aún siendo dicho título competencial el relevante para acometer la regulación, no hay que olvidar la posible proyección sobre determinadas previsiones de otros títulos competenciales, dado su carácter pluridisciplinar. Por ello, habrá que indagar, en el marco de los sectores donde tendrán efectiva concreción, si existe competencia suficiente para el dictado de la norma, para lo cual tendremos que partir del conjunto normativo de referencia donde se integra cada precepto según las disciplinas jurídicas presentes en el artículo 149 de la Constitución (CE) y EAPV.

La Sección 3ª del Capítulo II del proyecto establece la relación de **medidas de apoyo y fomento al deporte del alto nivel**; nos detendremos en aquellas que se proyectan en materia educativa y acceso a puestos de la Administración Pública porque las restantes: (i) bien su inserción en la materia de deporte no suscita dudas, como pueden ser las de apoyo económico (becas, premios y demás ayudas económicas), apoyo técnico, médico y científico (a través del Centro de Perfeccionamiento Técnico o de los centros deportivos de alto nivel), (ii) bien se formula de forma remisiva llamando a la aplicabilidad de las distintas normativas tributarias vigentes, caso de los beneficios fiscales, sin añadir un contenido sustantivo —aunque su formulación puede resultar equívoca, lo cual aconseja su revisión en los términos que luego se dirán—.

En materia educativa, las medidas dispuestas por el proyecto afectan tanto a niveles no universitarios como universitarios.

El artículo 16 EAPV atribuye a la Comunidad Autónoma competencia en materia de enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, pero la misma debe ser relativizada pues lo es sin perjuicio del artículo 27 de la CE

y las Leyes Orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30ª de la misma, a cuyo tenor corresponde al Estado la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y de la Alta Inspección.

En esa tarea de delimitación se han de citar, de un lado, la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de Universidades (LOU), cuyo artículo 91 encomienda al Gobierno la tarea de articular «fórmulas para compatibilizar los estudios de deportistas de alto nivel con sus actividades deportivas».

De otro lado, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), pese a que no se refiere específicamente a los deportistas de alto nivel, sino a la categoría más amplia de los deportistas de alto rendimiento (artículos 63.2.b), 67.1 y 85.3). En relación con estos deportistas dispone que las enseñanzas deportivas contribuirán a su cualificación profesional (artículo 63.2.b)), que aquéllos podrán cursar las enseñanzas de educación de personas adultas aun sin serlo (artículo 67.1) y que los que cursen simultáneamente enseñanzas de educación secundaria y programas deportivos de alto rendimiento tendrán prioridad para ser admitidos en los centros que impartan enseñanzas de educación secundaria que la Administración educativa determine (artículo 85.3).

En desarrollo de las previsiones de la Ley del Deporte Estatal y lo dispuesto en tales leyes orgánicas se aprobó el Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento, cuyo artículo 9 está dedicado a las medidas para promover la formación y educación, y facilitar el acceso a las diferentes ofertas formativas del sistema educativo, para los deportistas de alto nivel y alto rendimiento, previsión que se dice dictada al amparo del artículo 149.1.30ª CE, según expresa su disposición final 1ª.

Posteriormente su régimen ha sido completado por el artículo 52 del Real Decreto 892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones de acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

Tales previsiones, desde la competencia reconocida por el artículo 149.1.30 CE, pueden considerarse como condiciones básicas aplicables en la materia, puesto que, desde este título el Estado puede regular las bases que garanticen el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza (artículo 27.5).

En materia de personal al servicio de las administraciones públicas, la Comunidad Autónoma del País Vasco ostenta en virtud del artículo 10.4 del EAPV competencia exclusiva en el ámbito de los funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, con el añadido de que lo es sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18 CE que confiere al Estado el dictado de la normativa básica en materia de

función pública. Estamos ante una materia compartida en la que la Comunidad Autónoma ostenta facultades de desarrollo legislativo y ejecución con el límite de la regulación básica que se reserva el Estado.

Desde esta perspectiva diremos que la regulación del artículo 53.5 de la Ley del Deporte estatal ha sido completada y desarrollada por el artículo 11 del Real Decreto 971/2007, cuyo fundamento competencial sitúa su disposición final primera en lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE.

En cualquier caso, el propio precepto expresa que la valoración como mérito en el acceso «se llevará a cabo respetando las competencias que ostentan las comunidades autónomas y las entidades locales en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos», y la consideración de permiso retribuido que se confiere a la asistencia de los deportistas de alto nivel a competiciones oficiales de carácter internacional, así como a las concentraciones preparatorias de éstas, se circunscribe al «ámbito de la Administración del Estado».

Es claro que **en materia de permisos existe un espacio holgado para el normador autonómico**, a la luz de la remisión que se efectúa a las administraciones públicas para determinar los supuestos, requisitos, efectos y duración, en el artículo 48.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Respecto a las **competencias de los Órganos Forales** de los Territorios Históricos, el artículo 7.b).6 de **la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, les confiere el desarrollo y ejecución de las normas autonómica**s **en materia de fomento del deporte, programas de deporte escolar y deporte para todos**.

La LDPV ha complementado tal distribución al atribuir, de un lado a las **Instituciones Comunes**, entre otras, la **competencia en materia de «ordenación y promoción del deporte del alto nivel»**, [artículo 4.2 c) LDPV], y a los **órganos forales** de los Territorios Históricos, **«la asistencia técnica y la ayuda económica a las y los deportistas promesas con expectativas de acceder al deporte del alto nivel»** [artículo 5 f) LDPV].

De forma coherente con ese reparto, es al Gobierno Vasco al que se atribuye ejercer su ordenación, impulso y control (artículo 69), aprobar los programas de apoyo (artículo 70.1), gestionar el Centro de Perfeccionamiento Técnico, en tanto que servicio administrativo (artículo 71), impulsar la creación y funcionamiento de centros de alto nivel (artículo 72), suscribir convenios (artículo 73 g) y, ya, en fin, aprobar un estatuto para los deportistas de alto nivel (artículo 74).

En cuanto a los **ayuntamientos**, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen Local (en adelante LBRL), establece en su artículo 25. 2 m) la competencia de los municipios en materia de «actividades o instalaciones culturales y deportivas».

El legislador autonómico, desde la competencia sectorial sobre deporte, ha precisado y delimitado el elenco de competencias municipales en el artículo 6 a) LDPV, sin que se contemple ninguna referida al deporte de alto nivel, lo cual no merece reproche alguno, ya que el deporte de alto nivel rebasa nítidamente el ámbito de interés municipal.

En suma, ningún problema vemos al contenido del proyecto en tanto que resulta ejercicio legítimo de las competencias atribuidas al Gobierno por la LDPV.

De forma residual, sin la trascendencia de aquellas que hemos examinado más detenidamente, también se encuentran **concernidas, de forma indirecta, las materias de política infantil** (artículo 10.39 EAPV) **y organización de las instituciones de autogobierno** (artículo 10.2 EAPV).

Con respecto a la primera, en tanto que los deportistas de alto nivel pueden ser menores de edad (artículo 4.2 a) del proyecto), es preciso llamar la atención sobre lo dispuesto en el artículo 34.3 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención a la Infancia y a la Adolescencia, donde se contempla entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes el de «practicar deportes y otras actividades físicas, debiendo evitarse el fomento de la actitud competitiva como valor primordial en el ejercicio de estas actividades. En todo caso, su participación en el deporte de competición debe ser voluntaria y, a este respecto, los métodos y planes de entrenamiento deben respetar su condición física y sus necesidades educativas».

De un modo instrumental con la señalada competencia en materia de deportes, concurre la competencia para organizar libremente la estructura orgánica de su aparato administrativo (STC 251/2006) en tanto que se crea un órgano la Comisión de Evaluación del Deporte de Alto Nivel como órgano colegiado adscrito a la Dirección competente en materia de deporte del Gobierno Vasco.

Finalmente, a la hora de fijar el marco normativo, no podemos tampoco eludir la incidencia que sobre la iniciativa tiene la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres (LIMH), que incorpora, en su artículo 25, las siguientes previsiones: «Las administraciones públicas vascas deben adoptar las medidas oportunas para garantizar la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres con relación a la práctica de todas las modalidades deportivas» (párrafo 3) y «Las administraciones públicas vascas fomentarán el patrocinio de actividades deportivas tanto de mujeres como de hombres en aquellas modalidades en las que su participación sea minoritaria. Asimismo, aumentarán las ayudas públicas destinadas a modalidades deportivas.

DCJA 112/2010 pár. 23 a 50

La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene, de acuerdo con el artículo 10.36 de su Estatuto de Autonomía, **competencia exclusiva en la materia «turismo»**, en

ejercicio de la cual aprobó la Ley 6/1994, de 16 de marzo, de Ordenación del Turismo (LOT).

En principio, la iniciativa sometida a dictamen, al venir a cumplir la llamada al desarrollo reglamentario que en relación al régimen de las **agencias de viajes** contiene la LOT (Capítulo III del Título II), constituye un reglamento ejecutivo de ésta y comparte, como es palmario, idéntico soporte competencial.

Ahora bien, como en el caso de otros títulos competenciales, **dicha calificación de exclusividad no significa que no pueda estar condicionada por normativa estatal, porque,** como pronto advirtió el Tribunal Constitucional (TC, sentencia 125/1984, de 20 de diciembre), **la materia «turismo» puede tener dimensiones clasificables dentro de otros conceptos materiales, esencialmente, comercio exterior (art. 149 1 10ª CE) y planificación económica (art. 149.1.13ª CE)**.

En este caso, **además, las opciones del normador reglamentario se encuentran condicionadas por la Directiva 2006/123/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, **relativa a los servicios de mercado interior**, y la forma en que se ha producido su traslación al derecho interno.

Desde la perspectiva interna que estamos tratando la cuestión, conforme a una doctrina reiterada del TC (SSTC 252/1988, 64/1991, 115/1991, 236/1991...) «la traslación de normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, criterios que no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias» (STC 79/1992, FJ 1).

Además, como ha reconocido el propio TC, **conforme al principio de autonomía institucional y procedimental del derecho europeo, «la titularidad y forma de ejercicio de las potestades y funciones precisas al efecto de alcanzar el resultado u objetivo comunitarios, es una cuestión que depende del correspondiente sistema u orden constitucional** —al margen de su ajuste a las exigencias comunitarias y sin perjuicio de su modulación jurisprudencial—» (STC 45/2001, FJ 7).

La **Directiva 2006/123/CE, ha sido objeto de traslación genérica mediante dos leyes estatales** que tienen incidencia sobre la iniciativa que dictaminamos, al ser las agencias de viajes prestadoras de servicios, aunque ninguna de las referidas leyes haga expresa mención de las mismas.

De un lado, la **Ley 17/2009**, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora, horizontalmente, los principios y exigencias de la Directiva 2006/123/CEE, en particular, la eliminación con carácter general de las trabas innecesarias para la explotación y ejercicio de una actividad de servicios.

Dicha ley —conocida popularmente como «ley paraguas»—, que tiene carácter básico y se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª CE (disposición final primera), obliga a las Comunidades Autónomas a reformar su legislación, previendo incluso la asunción de responsabilidad por el incumplimiento de la adaptación del derecho autonómico a la Directiva (disposición final 4ª).

No vamos a extendernos en exceso sobre dicha Ley pero cabe destacar que impone una nueva configuración de la actividad de control de las administraciones, conforme a la Directiva, de forma que lo que era tradicional y normal en el derecho administrativo español, la autorización, se convierte en excepcional, optándose por un control a posteriori.

La posibilidad excepcional de establecer un régimen de autorización se supedita a la concurrencia de una serie de condiciones que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen: no discriminación, necesidad y proporcionalidad (art. 5 Ley 17/2009).

Los procedimientos deben tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al objetivo de interés general y darse a conocer con antelación. Estos procedimientos han de respetar, en todo caso, las disposiciones recogidas en la LRJPAC y garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general (art. 6 Ley 17/2009).

Con carácter general, una comunicación, declaración responsable o autorización permite ejercer la actividad por tiempo indefinido —si bien cabe que sea revocada— y en la totalidad del Estado —salvo en determinados casos cuando esté justificado por una razón imperiosa de interés general— (artículo 7 Ley 17/2009).

Los requisitos exigibles deben cumplir determinadas condiciones: la no duplicidad, por lo que no podrán volver a exigirse aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro; los criterios de no discriminación, justificación por una razón imperiosa de interés general, proporcionalidad, carácter claro e inequívoco, objetivos, publicidad con antelación, transparencia y accesibilidad; y el sometimiento del acceso a una actividad de servicio o su ejercicio al principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 9 Ley 17/2009). Asimismo, se incluyen la lista negra de requisitos prohibidos y la lista gris de requisitos de aplicación excepcional, sujetos a evaluación previa de la Directiva (arts. 10 y 11 Ley 17/2009).

La segunda, la **Ley 25/2009**, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha supuesto la modificación de 48 leyes estatales —de ahí que haya sido calificada de «Ley ómnibus»—.

Entre ellas se encuentran, en lo que a la materia que aprehende el proyecto resultan de interés: a) la LRJPAC, con la inclusión de los principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad, la reforma del régimen del silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y la introducción de las categorías de la declaración responsable y comunicación previa (artículo 2 de la Ley 25/2009); b) la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, con el reconocimiento del derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de diversa información (artículo 3 de la Ley 25/2009) y; c) el TRLGDCU en materia de información y reclamaciones (artículo 4 de la Ley 25/2009).

Según la propia ley (disposición final 1ª) los artículos 2 y 3 son básicos y se dictan en virtud del artículo 149.1.18ª CE, sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas, salvo el artículo 2.2 que constituye procedimiento administrativo común sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas.

Lo dispuesto en el artículo 4.Uno y Dos tiene carácter básico al dictarse al amparo de las competencias que corresponden al Estado en el artículo 149.1.13.ª y 16.ª de la Constitución para dictar las bases de la actividad económica y de la sanidad, respectivamente. El artículo 4.Tres se dicta en base a las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, conforme al artículo 149.1.6ª y 8ª de la Constitución.

En suma, de ambas leyes, pero sobre todo de la primera, se concluye la necesidad de realizar un estudio de la legislación sectorial de servicios, para (i) evaluar los regímenes de autorización existentes, (ii) diseñar procedimientos autorizatorios adecuados y objetivos, y (iii) ponderar los requisitos de otorgamiento.

Lo que repercute también en la necesaria adaptación de la regulación que en materia de agencias de viaje se encuentra vigente en las Comunidades Autónomas. Al haber asumido todas las Comunidades Autónomas competencias en materia de turismo, habrán de reformar su legislación para incorporar la Directiva 2006/123/CE en sus respectivos ordenamientos.

A tal fin, **los legisladores autonómicos deberán moverse dentro del marco establecido por las dos normas previamente mencionadas, la Ley Paraguas y la Ley Ómnibus, con las que se ha transpuesto la Directiva al ordenamiento español,** siendo conveniente recordar que ya ha expirado el plazo de transposición de la Directiva, que concluyó el 28 de diciembre de 2009.

DCJA 176/2010 pár. 22 a 42

No hay ninguna duda de que **dentro de la competencia exclusiva en materia de turismo le corresponden a la Comunidad Autónoma funciones legislativas y también ejecutivas o de carácter administrativo sobre las agencias de viajes**.

Sin embargo, **la transferencia en materia de turismo** operada en virtud del Real Decreto 2488/1978, de 25 de agosto, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materias de interior, turismo, actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y trasportes, **se produjo excluyéndose**, en su artículo 7.1, **de la competencia para autorizar la apertura y cierre de los establecimientos de las empresas turísticas, «la concesión del título-licencia de agencias de viajes que se efectuará y otorgará por la Secretaria de Estado de Turismo»**.

Ello ha provocado, según se refiere en los antecedentes, **que el Estado haya seguido otorgando tales títulos-licencias**, **aplicando el régimen sustantivo del Real Decreto 271/1988**, de 25 de marzo, por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las agencia de viaje, y la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las agencias de viajes, **hasta que el mismo ha sido derogado por el Real Decreto 39/2010**, de 15 de enero. **Asimismo, se encuentra a su disposición la fianza individual o colectiva que debían constituir las Agencias** para responder del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios, establecida en el artículo 5 del Real Decreto 271/1988. Tal garantía para los organizadores y detallistas de viajes combinados fue recogida posteriormente en el artículo 12 de la Ley 21/1995 de 6 de julio, de Viajes Combinados, y continua vigente en la actualidad, al contemplarla el artículo 163 del TRLGDCU.

A su vez, la falta de transferencia de la susodicha función ejecutiva no ha sido obstáculo para que la LOT se ocupara de regular en ley los contenidos esenciales de la intervención pública sobre las agencias de viaje, al tratarse de uno de los elementos constitutivos del sector turístico del País Vasco.

Un reglamento de desarrollo de la LOT, si bien completaría la ordenación de las agencias de viaje, dotando a su régimen jurídico de una disciplina completa, no supondría que fuera innecesaria la transferencia para la gestión de las agencias de viaje como medio para garantizar, fundamentalmente, la continuidad de los servicios.

Hay que recordar que **la derogación estatal no significa que dejen de estar sometidas a un régimen jurídico público** —el dispuesto por la LOT a la que completa el TRLDCU en tanto que prestadoras de viajes combinados— **y que las agencias domiciliadas en el territorio de la Comunidad Autónoma y que ostentan el titulo licencia para operar** —expedido por el Estado hasta la fecha— **se encuentran autorizadas a realizar las actividades de mediación y organización de servicios turísticos**, **autorización sobre la que nada se dispone pero sobre la que**

no hay razones para entender que haya decaído en tanto que se mantiene la clasificación anterior así como las fianzas y el seguro que deben contratar —cuestión distinta que habrá que dilucidar será la incidencia que sobre aquellas tenga el incremento de la cuantía mínima de la póliza de seguros—.

Aunque no corresponde a esta Comisión juzgar dicha cuestión, ya que es ajena al proyecto que no la contempla de forma expresa ni implícita, parece oportuno, a manera de recordatorio, plasmar siquiera sintéticamente la **doctrina del Tribunal Constitucional en torno a las transferencias de servicios**.

Las ideas principales caben resumirse en las siguientes:

a) «la transferencia de servicios **ha de hacerse necesariamente a través de los acuerdos de las Comisiones Mixtas**, puesto que tal es el procedimiento previsto en los Estatutos de Autonomía en aplicación de lo dispuesto en el art. 147.2 d) de la Constitución, que requiere que los Estatutos contengan "las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas". Tales acuerdos se plasman en los correspondientes Decretos y, en consecuencia, **no puede alterarse su contenido mediante una intervención unilateral del legislador estatal.** Hay, por así decirlo, una reserva procedimental para el traspaso de servicios que no puede ser desconocida» (STC 86/1989, de 11 de mayo, F. 10, con cita de la STC 76/1983, de 5 de agosto);

b) **«la titularidad de las competencias corresponde a las Comunidades Autónomas por obra de la Ley Orgánica por medio de la que se aprobó el Estatuto de Autonomía**, que actúa ope legis o ipso iuris haciendo disponible su ejercicio por ellas, sin que exista una suerte de vacatio en las competencias atribuidas por los Estatutos, y una regla de entrada en vigor diferida de las mismas, a medida que los acuerdos de las Comisiones mixtas lo fueran permitiendo, que sólo traspasen medios materiales o personales (…) y que **esa atribución ipso iuris de competencias debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato (…) aunque el traspaso de servicios pueda ser condición de pleno ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas, cuando según su naturaleza sea necesario e imprescindible, caso en el cual es constitucionalmente lícito el ejercicio de las competencias por el Estado, mientras los servicios no sean transferidos»** (SSTC 25, 76, 87, 88 y 113/1983);

c) **«los Reales Decretos de transferencias no atribuyen ni reconocen competencias, sino que se refieren a los medios materiales y humanos necesarios para ejercerlas»** (entre otras SSTC 87 y 88/1983, y 11/1986). Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el **valor jurídico meramente interpretativo** de los decretos de transferencias, que, para concretar los bienes y servicios del Estado que tenían hasta ese momento la responsabilidad de la gestión, y que van a pasar a manos de las Comunidades Autónomas, parten de una determinada lectura de la CE y los Estatutos **que en modo alguno vincula al Tribunal Constitucional**;

d) **es necesario que esa interpretación sea compartida**, ya que su antecedente inmediato es un acuerdo suscrito por las dos partes, no solo en lo que se refiere a los bienes, servicios, expedientes, medios o personal, inclusive sobre la propia necesidad de que sea preciso un acuerdo que apruebe la transferencia en el seno de la Comisión Mixta. La STC 76/1983, de 5 de agosto, dictada en el recurso previo de inconstitucionalidad interpuesto contra el Proyecto de Ley Orgánica y de Armonización del Proceso Autonómico, reforzó la capacidad autorregulativa de las Comisiones Mixtas estableciendo la existencia de una «reserva competencial a favor de las Comisiones Mixtas para regular los traspasos de servicios a las Comunidades Autónomas», dotándoles de una amplia libertad dispositiva, declarando inconstitucional (FJ 31), entre otros preceptos, el que imponía una transferencia por bloques materiales y orgánicos completos.

Por los datos que traslada el procedimiento de elaboración, no se ha cuestionado la licitud del ejercicio provisional por parte del Estado de la competencia en materia de emisión del título licencia de las agencias de viajes, hasta que se produzca la transferencia de medios personales y materiales, habiéndose considerado, en fin, que se daba la situación que recogen las SSTC 143/1985 y 155/1990, esto es, por resultar ésta necesaria e imprescindible, «evitando vacíos de actividad» o «por la necesaria continuidad en la prestación de los servicios públicos».

En el nuevo contexto que surge con la derogación de la normativa estatal, parece ineludible el traspaso de la competencia como vía para dar remedio a dicha situación, a la vista de la reserva procedimental y orgánica proclamada por el TC, y sobre todo, en tanto que es la que permite dar seguridad jurídica a los particulares —sin que sea resultado de una asunción unilateral basada en una interpretación distinta a la que hasta ahora han sostenido ambas partes, Estado y Comunidad Autónoma—.

En tanto la transferencia no se materialice, existiendo una voluntad coincidente en la asunción inmediata de la competencia, como en la necesidad de que la Administración de la Comunidad Autónoma despliegue sus funciones ejecutivas sobre dicho sector material de la actividad de los particulares, **cabría explorar fórmulas de colaboración que la hicieran posible**.

DCJA 176/2010 pár. 73 a 83

CAPÍTULO V

ÁREAS

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Altos cargos

La Ley de Creación contempla sin vocación exhaustiva los órganos directivos de Lanbide. Su párrafo 5 establece que son órganos de gobierno de Lanbide la Presidencia, el Consejo de Administración, la Dirección General y aquellos otros que se recojan en sus Estatutos, lo cual, entiende esta Comisión, permite un amplio margen de maniobra a los Estatutos del ente a la hora de establecer y definir sus propios órganos.

A partir de ahí, el proyecto ha optado finalmente por estructurar la organización en una serie de órganos centrales y servicios territoriales. Los primeros incluyen a los órganos de gobierno expresamente citados por la ley e incorporan las direcciones de Servicios Centrales, concretamente tres, al frente de las cuales aparece la figura de los directores y directoras de los Servicios Centrales.

De tal configuración estatutaria surgen, dejando a un lado la Presidencia que corresponde a la Consejera del Departamento, cuatro órganos directivos unipersonales a los que se atribuye la consideración de altos cargos. Concretamente, la figura de la Dirección General se equipara en cuanto a las percepciones económicas a las viceconsejerías de la Administración General, mientras que al resto de direcciones de los servicios centrales se les reconocen los derechos económicos correspondientes a las direcciones de la Administración General de la Comunidad Autónoma.

Pues bien, este esquema ha sido objeto de serias objeciones que obligan a detenerse a analizar con detenimiento esta cuestión.

Para alcanzar una conclusión coherente, la primera cuestión a dilucidar es la naturaleza —público o privada— de la relación que debe unir a estos directivos con la entidad.

En principio, cuando nos referimos a los entes institucionales públicos, el artículo 7.3 LPOHGPV contempla **dos situaciones diferenciadas: organismos autónomos y entes públicos de derecho privado**. **En el primer caso, la relación que una a sus directivos con el ente será por regla general de integración orgánica y sujeta al derecho administrativo. En el caso de los entes públicos de derecho privado, la calificación de la relación que una a sus directivos con la entidad requiere un examen específico de sus funciones. Si en el ejercicio de las mismas ha de desempeñar potestades públicas, aquellos directivos que deban emitir los actos necesarios para ejercer esas potestades deberán tener una relación de naturaleza administrativa**, como la que se configura en el proyecto. **De no ser así, en coherencia con la personificación escogida por el legislador, esa relación debería tomar alguna de las figuras acuñadas en el derecho privado**.

Tras examinar el elenco de funciones incluidas en el apartado 3 de la Ley de Creación y desarrolladas en el artículo 9 de los Estatutos, se aprecia entre ellas un núcleo importante en las que su ejercicio está relacionado con el deber de ejercer potestades públicas, que sólo puede desarrollar un órgano administrativo que, en caso de ser unipersonal, deberá cubrirse mediante una relación de servicio sometida al derecho público.

Nos referimos, sin pretender ser exhaustivos, a las competencias previstas en el artículo 9 del proyecto para gestionar programas de empleo y formación para el empleo, incluyendo la aprobación y tramitación de las correspondientes convocatorias subvencionales (aptdo. c); autorizar y ejercer las demás competencias relativas a las agencias de colocación (aptdo. g); colaborar con la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el seguimiento y evaluación del fraude en la contratación (aptdo. j); o ejercer la potestad sancionadora en materias relativas al empleo y desempleo (aptdo. k). Todas ellas requerirán para su correcto desarrollo el ejercicio de potestades públicas, sean estas sancionadoras, autorizatorias, recaudatorias o de otra naturaleza, por parte del órgano que las desarrolle, y el uso de esas potestades está excluido para el personal unido mediante una relación laboral, independientemente de la modalidad en que se concrete la misma.

Esta posibilidad tampoco choca con lo dispuesto en el Decreto 130/1999, de 23 de febrero, por el que se regula el estatuto personal de los directivos de los Entes públicos de Derecho Privado y de las Sociedades Públicas, en donde su artículo 4 prevé como regla general que los directivos de los entes públicos de derecho privado y de las sociedades públicas estén vinculados con un contrato laboral de carácter especial de alta dirección, para a continuación, en el apartado 2.b) del mismo artículo, prever también la excepción a dicha regla, cuando los directivos que en virtud de su ley reguladora y su normativa de desarrollo accedan al puesto en virtud de nombramiento administrativo.

También encuentra apoyo en la Jurisprudencia, y de un modo más concreto en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006 (RJ 2006\3352), dictada en relación con el cargo de Presidente de la Autoridad Portuaria**, configurada como una entidad de derecho público que actúa «con sujeción al ordenamiento jurídico privado (...) salvo en el ejercicio del poder público que el Ordenamiento les atribuye». **Esta sentencia deslinda con precisión la diferente naturaleza de las relaciones orgánicas y laborales** señalando lo siguiente:

> (…) La primera consecuencia que resulta de esa configuración legal es que las Autoridades Portuarias, por ser personificaciones de Derecho público diferenciadas de la Administración General del Estado, tienen la consideración de Administraciones públicas en virtud de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJPAC—, y las actuaciones externas que realizan sus órganos, en el ejercicio de potestades públicas, son actos administrativos referibles a dichas Administraciones diferenciadas y no a la Administración del Estado.
>
> La segunda consecuencia es que la relación existente entre las personas individuales que ostentan la titularidad de los órganos de las Autoridades Portuarias, en cuanto a su inicio y terminación y en cuanto a su contenido, está agotada en la regulación de Derecho Público que les es de aplicación. Es por ello, como también con acierto subraya la sentencia recurrida, una relación estatutaria que no puede ser objeto de modificación mediante decisiones de los órganos de dichas Entidades.
>
> La tercera consecuencia es que el vínculo existente entre esas personas individuales que acaban de mencionarse y las Autoridades Portuarias es una relación de integración orgánica, es decir, de habilitación para encarnar los órganos que según el ordenamiento jurídico han de exteriorizar la voluntad que corresponde a dichas Entidades en su condición personas jurídicas diferenciadas.
>
> La cuarta consecuencia es que el espacio de actuación en régimen de Derecho privado que legalmente tienen reconocido las Autoridades Portuarias está referido a las actividades económicas que, en similitud con las que realizan sujetos o entidades particulares, pueden desarrollar junto a la actividad estrictamente administrativa que tienen que llevar a cabo en su condición de Entes públicos; y, paralelamente, que el régimen estatutario, de Derecho Público, establecido respecto de quienes ostentan la titularidad de sus órganos, no es susceptible de modificación mediante contratos de Derecho privado.

Ello no es, en definitiva, más que una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 103 CE, así como de lo establecido por el artículo 2.2 de la LRJPAC, cuando señala que las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas entidades sujetarán su actividad a dicha ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

Pues bien, atendiendo a estos criterios generales, no plantea duda alguna la configuración de la Dirección General como un cargo directivo de naturaleza pública,

puesto que dentro de sus funciones se incluyen algunas de las señaladas con anterioridad, en las que es consustancial el ejercicio de funciones públicas. Nos estamos refiriendo a los apartados, c), d), e) o n) del artículo 19.1 del proyecto.

Considerando también el alcance de esas funciones y la definición del mismo en el artículo 18.1, tampoco ofrece dudas el hecho de que se trata de un cargo público que desempeña funciones que implican amplios poderes sobre la generalidad del ente, y una especial posición jerárquica y de responsabilidad en la organización, cuya designación responde a criterios de confianza política. Por ello, al margen de la existencia de otras figuras previstas para el ejercicio de funciones directivas de naturaleza laboral o mercantil o incluso administrativa, el apartado 5.c) de la disposición adicional segunda de la Ley de Creación alude a una persona nombrada por el Consejo de Gobierno, a propuesta del titular o de la titular del departamento competente en materia de empleo, manteniéndose la misma fórmula para la separación del cargo y la declaración de cese.

En cuanto a los reparos que pueda originar la consideración formal de la Dirección como alto cargo, por contraposición con lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el contexto temporal en el fue aprobada esta ley, anterior a la LPOHGP en la que se definió el entramado institucional de la Administración de la Comunidad Autónoma, sin que pueda por tanto pretenderse que dé solución a todas las situaciones surgidas como consecuencia del posterior diseño y concreción de ese entramado institucional. En segundo lugar, existen antecedentes recientes en las figuras de la actual Directora del Instituto Etxepare o del Director de la Agencia Vasca del Agua, cuyos nombramientos mediante Decreto 151/2010, de 1 de junio, y 423/2009, de 30 de junio, se fundamentan en el artículo 18.j) de la Ley de Gobierno, referido a la competencia del Gobierno para nombrar y cesar altos cargos de la Administración, estando configurados en la Ley 3/2007, de 20 de abril, de Creación y Regulación del Instituto Etxepare, y en la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas, de forma similar al Director General de Lanbide.

Abundando en el tema, una vez determinada la necesidad de que la integración orgánica del directivo esté sujeta al derecho público, esa consideración formal no debe tener diferente tratamiento al otorgado a los directivos de los organismos autónomos, donde tenemos varios ejemplos como Emakunde, el IVAP (temporalmente entre 1991 y 1996), el EUSTAT o alguno más reciente como la Academia de Policía del País Vasco, en los que la estructura desborda lo previsto en el artículo 31 de la Ley de Gobierno. En este último organismo, su Decreto de Estructura (aprobado este último mediante Decreto 26/2010, de 30 de marzo), establece una organización cualitativamente similar —aunque con menor número de direcciones— a la que se nos presenta, en la que a la Dirección se le atribuye el rango de una Viceconsejería, mientras que se crea por vía reglamentaria una nueva Dirección de Administración y Servicios a la que se otorga el rango de una Dirección de la Administración General.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los reparos formulados sobre la consideración como alto cargo de la Dirección General se convierten en una cuestión meramente terminológica, pues nos encontramos ante un directivo de máximo nivel, cuyas funciones se desempeñan en el marco una relación orgánica sometida al derecho administrativo, y con una serie de derechos económicos que son fijados mediante un parámetro claro e indubitado, como es el de las personas titulares de viceconsejerías de la Administración General, sobre lo que no encontramos objeción alguna.

En cuanto a las **direcciones de los Servicios Centrales**, el panorama no resulta tan claro, dado que **no están expresamente previstos en la Ley de Creación**. En cualquier caso, del examen del marco jurídico en que se desenvuelven los entes institucionales no es fácil extraer un modelo único de organización, sino más bien lo contrario, de manera que puede afirmarse que admite diferentes posibilidades.

En principio, **no observamos ningún obstáculo legal en el diseño propuesto, siempre y cuando responda a la finalidad de lograr la mejor y más efectiva consecución de los intereses generales cuya satisfacción tiene encomendados el organismo**.

A esta conclusión conduce igualmente el informe de organización emitido por la Dirección de Innovación y Administración Electrónica, en el que se estima que la estructura orgánica propuesta en los Estatutos es, en términos generales, la adecuada.

DCJA 218/2010 pár. 77 a 95

B) Entidades vinculadas o dependientes

En ese examen es preciso traer a colación lo dispuesto en el **artículo 13 LPOHGPV**, cuya exploración interpretativa fue objeto de la Comisión en el DCJA 32/2002, en los siguientes términos:

> Este precepto dice así: «El Gobierno podrá, reglamentariamente, realizar reestructuraciones de Organismos Autónomos, entre las que se comprenderán las atribuciones, modificaciones y supresiones de competencias relacionadas con los medios personales y materiales de que deban disponer, así como modificaciones en su régimen de funcionamiento, sin que en ningún caso se altere el fundamento de su existencia ni su calificación».
>
> La deslegalización que opera el artículo transcrito tiene la clara finalidad de evitar la rigidez que por fuerza supone la regulación por ley de los organismos autónomos en aquellos aspectos meramente instrumentales de su organización y funcionamiento que no comprometan el cumplimiento de los fines para los que son creados. Es una posibilidad que también se ha empleado en el ámbito estatal y ha sido expresamente admitida entre otras en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1992 (Ar. 728), de

16 de marzo de 1992 (Ar. 2981) y 18 de marzo de 1993 (Ar. 1772), en cuanto al funcionamiento y estructura de los hospitales dependientes del INSALUD operado por la Ley General de Sanidad.

Ahora bien, como toda deslegalización, la del artículo 13 LPOHGPV tiene sus límites. Por ello, antes de analizar los preceptos del proyecto que modifican lo establecido en la LOSALAN para determinar si encuentran habilitación en aquél, hay que ver cuál es el alcance de los mismos.

Del repetido artículo 13 LPOHGPV se deduce:

La apertura a la regulación reglamentaria de los aspectos organizativos coyunturales. Aquellos que precisan de una acomodación, más o menos frecuente a las exigencias que se derivan del propio funcionamiento del órgano o que guarden estrecha relación con la estructura orgánica de la Administración tutelante.

La prohibición terminante de que se alteren los elementos esenciales del régimen jurídico de aquél, tales como sus objetivos, y las funciones, que constituyen «el fundamento de su existencia», su propia calificación, su configuración organizativa básica y, en general, las regulaciones que guarden directa relación con la naturaleza del organismo, de tal manera que su modificación conlleve la desvirtuación de ésta.

El artículo 13 LPOHGV arrastra un relajación en la habitual vinculación estricta que rige entre la ley y el reglamento de desarrollo, por mor de la deslegalización que establece, sin que toda alteración de los términos legales deba entenderse como una infracción del principio de jerarquía normativa, expresión de la superioridad que en el sistema de fuentes se encuentra la ley con respecto al reglamento, por razón del origen del que emana la norma, el Parlamento y el Gobierno, respectivamente.

Esa mayor flexibilidad obedece a la voluntad de que el Gobierno pueda atender a lo que constituye por esencia mudable y cambiante, las necesidades del servicio, pues éstas dependen de numerosas circunstancias, y para satisfacerlas dispone de un instrumento que le permite procurar que el organismo se configure con la mejor organización posible, con respeto, eso si, de los elementos esenciales de su régimen jurídico.

DCJA 53/2010 pár. 58 a 60

C) Función inspectora

En lo que se refiere a las funciones de control e inspección, considera la Comisión que los términos del nuevo artículo 54.1 LPAID —en su redacción del artículo vigesimosexto del anteproyecto— son equívocos.

Lo primero que hay que decir es que **la potestad inspectora esta directamente conectada con el cumplimiento efectivo de los deberes impuestos a los parti-**

culares y no es entendible al margen de la potestad sancionadora de la Administración. Es un deber de vigilancia que permite que, cuando se produzca una infracción, se despliegue el ordenamiento punitivo.

Pues bien, cuando se señala que los «órganos competentes de la CAPV ejercerán las funciones de control e inspección» se olvida que las corporaciones locales tienen también competencia sancionadora en materia de bebidas alcohólicas —artículo 54.2 a)—, sin que quepa que aquella se despliegue de forma efectiva si carece de la potestad de vigilar los deberes establecidos por la LPAID a los particulares.

En segundo lugar, el nuevo artículo 54.1 LPAID especifica lo siguiente:

> En materia de tabaco, esta función de control e inspección recaerá en:
>
> — Los diferentes Cuerpos de la Administración que desempeñen funciones de inspección.
>
> — La Policía del País Vasco.
>
> — Las policías Locales.

En principio, hay que decir que **la configuración jurídica de la actividad inspectora no se ha traducido en la creación de cuerpos de la Administración a los que les haya sido asignada tal función de forma específica** —Ley 1/2004, de 25 de febrero, de ordenación de los cuerpos y escalas de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi—.

La decisión de atribuir las labores de control e inspección a los funcionarios que ya desarrollan tales tareas en otros ámbitos sectoriales, como los de la sanidad, el turismo, el consumo, etc., **es una opción organizativa que el legislador puede tomar si así lo considera preciso.** Aunque normalmente se suele crear una estructura organizativa dedicada de forma específica a verificar el cumplimiento de la correspondiente ordenación, el que dicha labor de inspección se integre en las inspecciones que ya realizan otros servicios puede resultar una medida suficiente o, incluso, más operativa.

Esa opción ha sido acogida por otras comunidades autónomas y podría emplearse una redacción de este tenor o parecido «las unidades de inspección dependientes de la Administración General de la Comunidad Autónoma incluirán en sus funciones ordinarias de inspección, la vigilancia del cumplimiento de las previsiones contenidas en este ley en materia de promoción, publicidad, venta y consumo de tabaco» —nos hemos inspirado para sugerirla en el artículo 15 del Decreto de la Generalitat Valenciana 53/2006, de 21 de abril, de desarrollo de la Ley 28/2005, y el Decreto de la Junta de Andalucía 285/2007, de 4 de diciembre, por el que se regula el ejercicio de las competencias inspectoras y sancionadoras en materia de consumo, venta, suministro y publicidad de los productos de tabaco—.

Ahora bien, **dicha opción puede generar inconvenientes al tener que articularse la inspección de forma añadida a la que realizan tales inspectores en los lugares o espacios donde se proyectan sus actuaciones investigadoras regulares y generarse una suerte de doble dependencia funcional,** ya que podrán recibir instrucciones de los órganos que en materia de tabaco ejercen las potestades sancionadores —por ejemplo, cuando sea preciso realizar una visita en respuesta a una denuncia de un particular—, a los que habrán de remitir las actas que elaboren, a su vez, por incumplimiento de dicha normativa.

De la misma manera, consideramos que **debe ser reconsiderada la mención tanto de la Policía del País Vasco como de las policías locales** —en realidad el concepto Policía del País Vasco integra también a los policías de los cuerpos de las entidades locales, a tenor del artículo 24.1 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco (LPPV)—.

Dicha reconsideración, en el caso de la Ertzaintza, obedece a la necesidad de preservar la diferenciación sustantiva existente entre la policía de seguridad y la policía administrativa. La actividad de policía de seguridad forma parte de las tareas que tienen asignadas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, según dispone el artículo 104 CE «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», y se encuentra regulada en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En el caso de la Ertzaintza, su régimen viene configurado por el artículo 17 EAPV y el artículo 26 LPPV que prescribe que tienen como misión esencial proteger a las personas y los bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. A tales efectos, ejerce las funciones que a los Cuerpos de Seguridad atribuye el ordenamiento jurídico.

La actividad de policía administrativa surge en el marco de sectores de intervención de la Administración, a fin de garantizar el logro de las finalidades perseguidas con dicha intervención y que se desarrollan dentro del giro o tráfico administrativo típico. Es una actividad de control también pero que nada tiene que ver con la de policía de seguridad, ni por su contenido material —evitar la comisión de actos delictivos, investigar delitos y perseguir a los delincuentes—, ni por sus medios —ejerce facultades coercitivas sobre las personas utilizando, si fuere preciso, armas de fuego—.

Al margen de tales tareas propias de las funciones o servicios policiales, su actividad se ha extendido también a ciertas potestades administrativas que, por el riesgo que entrañan para personas o bienes, pueden considerarse relacionadas con la seguridad ciudadana, quedando incluidas en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC).

La LOPSC castiga tanto la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios,

administradores o encargados da los mismos [artículo 23 i)], como el consumo en lugares, vías, establecimientos, o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo (artículo 25.1). Pero, aun considerándose el tabaco una droga (en la definición del artículo 2.1.c LPAID), no reúne las características que enuncia la LOPSC que pretende referirse en exclusiva a las ilegales (así se describen en el artículo 368 del Código Penal).

Como ya hemos dicho previamente, **la actividad pública de control que la Ley 28/2005 instrumenta es típicamente administrativa, sin que sea una función que corresponda llevar a cabo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado**.

De aceptarse la incardinación que el anteproyecto postula, encomendándose a la policía autonómica realizar visitas de inspección y control a fin de prevenir la comisión de las infracciones administrativas que establece la ley, supondría dar contenido de actividad policial a lo que el Estado no ha configurado como tal.

Dicha ley dispone una intervención administrativa ordinaria que se desarrolla de manera constante y regular para preservar la salud pública, intervención que no requiere el recurso a medidas extraordinarias, por lo que no cabe situarla en el ámbito de la seguridad pública, ni de la actividad policial.

En opinión de la Comisión, también **desbordaría lo que deben entenderse por funciones o servicios policiales**; aunque no exista una definición apriorística indiscutible de cuáles deben ser éstas, desde luego no deben confundirse con las funciones de policía administrativa típica, cuando no hay riesgo de violencia, de alteración del orden público o de peligro para la seguridad de las personas.

Es más, resultaría insólito que se disponga su intervención en materia de tabaco y, sin embargo, no se requiera la misma para el resto de las actividades que abarca la ley, caso del alcohol. Cabe hacer notar que, en lo que resulta precisa para el logro de las finalidades de la LPAID, su artículo 10 se ocupa de la actividad policial, cuyo cometido fundamental es el de reprimir el tráfico ilícito de drogas.

Otra cosa distinta que cabría establecer es que puedan auxiliar a los inspectores cuando éstos así lo demanden para el ejercicio de sus funciones o que puedan formular denuncias al ser testigos de la comisión de una infracción.

DCJA 139/2010 pár. 146 a 164

D) Órganos colegiados

El Tribunal Supremo viene reiterando a ese respecto que **en la fijación del orden del día no es libérrima la voluntad de quien ostenta la presidencia del órgano**, **sino que**, tal **y como precisa el artículo 23.1 de la LRJPAC, habrá de efectuarse teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación**; obligación que se impone al presidente, que no puede decidir discrecionalmente por cuanto no lo es con efectos jerárquicos, sino exclusivamente una figura primus inter pares a la que la ley atribuye determinadas funciones para un adecuado funcionamiento del órgano colegiado. Ello es así porque es consustancial a nuestro derecho administrativo que «el orden del día de un órgano colegiado no quede en manos del Presidente sino que, debe atender a las peticiones de todos los que ayudan a formar la voluntad del mismo en orden a que la colegialidad se vea reforzada» (SSTS de 6 de abril de 2009 —RJ 2009\3747 y RJ 2009\3743—).

DCJA 54/2010 pár. 59

En cuanto a los **deberes que impone el proyecto a los miembros del órgano**, ha de repararse especialmente en el artículo 12 b), que establece como obligación de los miembros del OISS [Órgano Interinstitucional de Servicios Sociales] la puesta a disposición de éste de: (i) relación de disposiciones normativas, autonómicas, forales y locales cuya elaboración y/o aprobación se prevé para los cuatro años siguientes; (ii) relación de planes de actuación cuya elaboración y/o aprobación se prevé para los cuatro años siguientes; y (iii) memoria detallada de las inversiones que, en el ámbito de sus competencias, estima necesario efectuar en los cuatro años siguientes con indicación, en cada caso, de su grado de urgencia y orden de prioridad.

En una primera aproximación constatamos que **ese deber de proporcionar información** (impreciso en cuanto a la determinación de la materia a que afecta, la manera de operar, y la incidencia y cómputo del plazo) **pretende dar cumplimiento al artículo 44.3.d) de la LSS, en el que aparece como una de las funciones del OISS** —que ahora el proyecto traslada a su artículo 3.c)—, **que requiere para su efectividad un determinado comportamiento por parte de las administraciones implicadas**.

Esa función del OISS se traslada al texto propuesto también al apartado de las obligaciones de las personas que componen el órgano en su calidad de miembros que representan a las administraciones que lo integran. **No es admisible, en cambio, que se convierta a los miembros del órgano en ejecutores de las obligaciones que recaen en las respectivas administraciones**, según la interpretación que efectúa el Departamento proponente del artículo 44.3.d) de la LSS y refleja en la memoria relativa al resultado del trámite de participación y consulta a las Diputaciones Forales y a EUDEL.

La previsión de la LSS al respecto tiene una proyección ad extra, como un flujo de información que se obtiene de las administraciones afectadas a través de los instrumentos que articule el OISS en el desarrollo de su actividad para el cumplimiento de sus funciones; pero también sirviéndose de otros instrumentos que la propia LSS le facilita, como desarrollaremos más adelante. Y ello como manifestación en el ámbito afectado del principio de lealtad institucional y el deber de colaboración que, sancionado con carácter general en el artículo 4 de la LRJPAC, se concreta de manera específica en esta materia en los artículos 7.h) y 43 de la LSS.

La perspectiva de los deberes de las personas que tienen la condición de miembros de un órgano colegiado se enfoca ad intra, respecto a lo que les incumbe en garantía de un adecuado funcionamiento de aquél; sin que se pueda, en este caso, convertir a esas personas en destinatarias de las obligaciones que corresponden a las instituciones a las que representan.

No puede, por tanto, **imponerse,** como hace el proyecto, **a los representantes de las administraciones respectivas el desempeño de una labor que constituye el contenido funcional del órgano en que se integran**.

DCJA 54/2010 pár. 66 a 71

El proyecto contempla, por otro lado, en el párrafo 2, la **exigencia para las vocalías de rango mínimo de Director o Directora** en la representación de las administraciones públicas; lo que **para el caso de las diputaciones forales la Comisión no la encuentra justificada, considerando que tanto la naturaleza esencialmente participativa y técnica de la Mesa, como la capacidad organizatoria propia del ente foral** o la previsión de la representación de éste en la LPAA de forma genérica (articulo 46), recomiendan otorgarle un mayor grado de flexibilidad en la designación de su representación en el órgano.

DCJA 137/2010 pár. 47

La participación del Director o Directora General en el Consejo de Administración:

Cabe también realizar un análisis específico sobre la posición que ocupa en el Consejo de Administración de Lanbide la figura del Director o Directora General del ente.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 5.b) de la Ley de Creación, el Consejo de Administración del ente incluirá, en todo caso, entre sus miembros a la persona que ocupe la Presidencia de Lanbide, que lo presidirá, y al titular de su Dirección General. Sin embargo, al concretar la participación de este último en el Consejo, el artículo 12.2.d) de **los Estatutos establece que asistirá a sus reuniones con voz**

pero sin voto. El artículo 16 de los Estatutos, por su parte, le atribuye las funciones de Secretaría de Consejo. Esta opción se justifica en el expediente refiriéndose a la necesidad de mantener una estructura tripartita y paritaria del órgano colegiado.

Pues bien, la Comisión entiende que **esta opción** propuesta en el proyecto de Estatutos **no resulta posible**.

Ha de tenerse en cuenta que e**s la propia Ley de Creación la que otorga a la Dirección General la condición de miembro, lo que presupone, salvo que la propia ley u otra con igual rango estableciera lo contrario, el acceso a esa condición en igualdad de derechos que el resto de vocales del mismo y, por tanto, con la posibilidad de ejercer el derecho al voto**. Lo contrario supondría admitir una rebaja en el perfil y en las funciones otorgadas por la Ley de Creación a la figura de la Dirección General, pues es de suponer que, si aquella hubiera querido que el Director o la Directora no dispusiesen de ese derecho, bastaría con haber previsto su posible asistencia al mismo con voz y sin voto, sin atribuirle la condición de miembro.

DCJA 218/2010 pár. 71 a 74

E) Silencio Administrativo

El artículo único, apartado undécimo, da nueva redacción al artículo 7.5 del Decreto 192/2007, [por el que se regula el procedimiento para obtener la evaluación y acreditación de Uniqual, Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universtario Vasco] para contemplar lo siguiente:

> El plazo máximo para dictar y notificar las resoluciones sobre los procesos de evaluación, acreditación y certificación será de seis meses a contar desde la fecha de finalización de la convocatoria. La falta de resolución expresa en plazo se rige, en los procedimientos iniciados de oficio, por lo previsto en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los iniciados a solicitud de la persona interesada, por lo dispuesto en el artículo 43 de la citada Ley.

La reforma proyectada se inscribe en una modificación más amplia que afecta al régimen del silencio en los procedimientos que instruye la Agencia.

En concreto, también va a sufrir una honda transformación el artículo 15.6 de los Estatutos de la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco, aprobados por Decreto 138/2006, de 27 de junio. Este precepto establece que el plazo máximo para notificar las resoluciones que ponen fin a la vía administrativa de los respectivos procesos de evaluación, acreditación y certifi-

cación es de seis meses, pasados los cuales, sin resolución expresa, se entienden otorgados positivamente.

La nueva redacción del artículo 15.6 de los Estatutos —también sometida en la actualidad a informe de la Comisión— declara que son aplicables los artículos 43 y 44 LRJPAC. Se asume de esa forma que los procedimientos se han de ajustar al régimen del silencio en procedimientos iniciados a solicitud de interesado —artículo 43— o en procedimientos iniciados de oficio —artículo 44—, puesto que ambos son tramitados por la Agencia. Como ya se advirtió en el DCJA 31/2006, **el sentido del silencio debía ser «determinado en función del concreto procedimiento en el que se inserte la actividad de los Comités de Evaluación»**.

Ahora bien, si esa redacción neutra en los Estatutos es coherente con la multiplicidad de los procedimientos tramitados por la Agencia, no podemos ignorar que en este concreto proyecto estamos ante un determinado procedimiento y que, si se estableciera cuál debe ser el sentido del silencio en el seno del mismo, ello facilitaría la aplicación de la norma y arrumbaría, en la medida de lo posible, la existencia de posibles conflictos en el futuro.

Obviamente al quererse modificar el artículo 7.5 del Decreto 192/2007 no es aventurado afirmar que se pretende alterar la catalogación establecida por dicho precepto cuyo tenor literal es taxativo: «si en el plazo indicado no se dictará resolución expresa, la solicitud podrá entenderse evaluada positivamente o informada favorablemente por el silencio administrativo». Para extraer dicha consecuencia jurídica el Gobierno parte de la premisa de que se trata de un procedimiento iniciado a solicitud de interesado, al que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 43 LRJPAC.

El sentido de lo pretendido se revela más preciso en la memoria: «las sentencias que se están dictando contra la agencia, en relación a convocatorias anteriores, relativas al modo de operar el silencio administrativo nos obligan a modificar la regulación relativa a los plazos para dictar las resoluciones y el resultado del silencio administrativo».

Pues bien, entiende la Comisión que cabe reconsiderar la catalogación realizada hasta la fecha, pues existen **argumentos que pudieran llevar a defender que, a la vista de las características de los procedimientos de evaluación y acreditación que contempla el Decreto, éstos se inician de oficio**.

El proceso se desencadena a raíz de una convocatoria de la Agencia y no son admisibles solicitudes que se presenten fuera del plazo porque están sujetas al cauce predeterminado por aquélla por el que deben discurrir todas las actuaciones. **Aunque no hay una resolución final conjunta —sino resoluciones individuales—, el análisis que llevan a cabo los Comités de Evaluación se desenvuelve de forma unitaria, de suerte que los méritos de todos los aspirantes son juzgados por un mismo órgano** —el Comité correspondiente—, **en un único proceso, lo que garantiza un tratamiento igual a todos ellos.**

La exigencia de acreditación establecida por la LOU (para el profesorado contratado público y el profesorado doctor privado) responde a un evidente interés público, el de garantizar la calidad de la enseñanza superior, que depende, en última instancia, de la cualificación de su profesorado. Se trata de un mínimo impuesto al amparo de la competencia exclusiva estatal reconocida por el artículo 149.1.30 de la Constitución (CE) para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE, a fin de garantizar las obligaciones de los poderes públicos en esta materia (STC 131/1996, de 11 de julio).

La Comisión estima que, aunque podría haberse optado por otra configuración del procedimiento, lo cierto es que no cabe tachar de ilegitima a la escogida, a la vista de los intereses afectados y a la complejidad de la actividad que han de desarrollar los diferentes órganos de la Agencia (sus labores de evaluación recorren todos los ámbitos del sistema universitario vasco), habiéndose descartado que con los medios de que dispone los procesos se encuentren permanentemente abiertos.

Por su parte, las consideraciones vertidas por la **STS de 28 de febrero de 2007** (Arz. 4846) —en la que se ha abordado con mayor detalle la diferenciación entre los procedimientos iniciados a instancia de parte o de oficio—, permiten avalar la transformación.

El Alto Tribunal sostiene que para aplicar el sistema del silencio ha de existir un procedimiento predeterminado, pues es éste el que activa dicho sistema, y lo hará en los términos en los que el procedimiento aparezca configurado por la norma que lo regule —será ésta la que determinará si se inicia a solicitud de interesado o de oficio—.

De igual modo, si bien no se trata de un procedimiento competitivo en el que unos participantes excluyan a otros al existir un número tasado de posibles certificaciones, **sí tiene los rasgos característicos de un procedimiento selectivo, y ello es decisivo para excluir la técnica del silencio**, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo (SSTS de 4 de junio de 2007-Arz. 6332, 21 de enero de 2009-Arz. 769, y 14 de junio de 2009-Arz. 322/2010), al juzgar los procesos a los que condujo el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula el procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista, que tampoco determinó un número límite de concurrentes a aprobar sino que cada uno debía superar un determinado número de puntos para alcanzar la consideración de apto.

Hay que tener en cuenta que la evaluación positiva o el informe favorable supone el reconocimiento de una idoneidad para prestar servicio en las correspondientes categorías contractuales de profesor universitario, idoneidad que se debe acreditar y que en modo alguno se presupone.

Sin dejar de valorar la trascendencia de la Sentencia de 18 de enero de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictada en recurso de apelación contra la Sentencia de 19 de mayo de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao en el RCA nº 73/08, diremos que ésta se ha dictado en relación a un procedimiento distinto —la evaluación de los méritos docentes, de investigación y de gestión, a los efectos de la asignación de complementos retributivos—, y en aplicación del artículo 15.6 de los Estatutos de la Agencia —que también establece el silencio positivo estimatorio—, cuya reforma se va acometer en el sentido que ya hemos dejado mencionado anteriormente.

En suma, cabe sostener que existen motivos para establecer que la falta de resolución en plazo tendrá los efectos establecidos en el artículo 44.1 LRJPAC.

Por otro lado, **la catalogación del procedimiento no sólo afecta al sentido del silencio** —cuando la resolución no se dicta y notifica en el plazo máximo establecido—, **también afecta a la fecha en la que debe comenzar el cómputo**.

El **artículo 42.3 LRJPAC** establece una fecha distinta en atención al procedimiento: a) en los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación; b) en los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

El proyecto sitúa esa fecha inicial en «la fecha de finalización de la convocatoria», fórmula que no solo se aparta de las previstas en la LRJPAC sino que además resulta ambigua —suponemos que se querrá referir a la fecha de finalización del plazo para presentar las solicitudes—.

La Comisión considera, retomando lo que decíamos sobre el reparto competencial Estado-Comunidades Autónomas acerca del procedimiento administrativo común, que **la fecha inicial para el computo es básica y a la misma debe ajustarse el normador autonómico**, tanto en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

Se trata de una regla que garantiza una igualdad de trato de todos los administrados en sus relaciones con la Administración que no puede ser eludida. La falta de resolución en plazo en ambos casos genera ventajas para aquéllos, ya sea la estimación de la solicitud —producto de la generalización del silencio positivo salvo determinadas excepciones—, ya sea el archivo de actuaciones susceptibles de producir efectos desfavorables —al declararse la caducidad del procedimiento—, y ese efecto se ha de anudar a una regla unitaria y estable de cómputo.

En el supuesto de los procedimientos de oficio de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones

jurídicas individualizadas, podría ser admisible una regla diferente por razones de distinta índole.

En primer lugar, el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de responder en plazo trae consecuencias que en principio resultan negativas para quienes participan en el proceso, ya que «podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo», y, si se alzaran contra dicha desestimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, difícilmente podrían solicitar y obtener el reconocimiento del derecho o situación jurídica individualizada, cuando ésta depende normalmente —desde luego, en los de concurrencia competitiva— de que se dilucide su mejor derecho en comparación con terceros, o, en nuestro supuesto, de que un órgano ad hoc de naturaleza técnica, expresamente constituido por «doctores y doctoras de la comunidad científica española o internacional ajenos al sistema universitario vasco», certifique que reúne los requisitos para el susodicho reconocimiento —en su labor han de ponderar aspectos de la correspondiente materia o disciplina, recurriendo para ello a saberes propios y específicos que exceden de lo jurídico—.

Por ello, su importancia es relativa, ya que no refuerza de forma convincente la posición jurídica de los interesados —incluso puede resultar contraproducente, al generar expectativas que sin embargo pueden resultar fácilmente defraudadas—. **Podría ser más razonable**, por ejemplo, **que comience a correr a partir de la fecha en la que realmente la Administración está en condiciones de instruir el procedimiento, esto es, cuando ya obra en su poder toda la documentación presentada por los interesados, sin la cual nada podrá resolver.**

En segundo lugar, la legalidad vigente muestra que resulta modificable, baste citar que el artículo 25.4 de la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones, prevé que «el plazo se computará a partir de la publicación de la correspondiente convocatoria, salvo que la misma posponga sus efectos a una fecha posterior». A juicio de la Comisión hay que entender que **el Estado no puede negar al normador autonómico un cierto margen —cuando él mismo se aparta de una regla que proclama común—**. Sin embargo, **más difícil resulta aceptar que lo pueda ejercer el Gobierno.** La mayoría de las opciones que permite la LRJPAC para establecer un régimen distinto han de formalizarse en norma con rango de ley, porque sobre la materia se proyecta de forma intensa la **reserva de ley del artículo 105.c) CE, de suerte que ha de ser el Parlamento el que introduzca aquellas singularidades procedimentales que son excepciones al régimen general de producción de actos** —o habilite al titular de la potestad reglamentaria para establecerlas—.

En definitiva, **una vez establecido que se trata de un procedimiento iniciado de oficio, sin que una ley haya previsto otro computo distinto, el plazo deberá comenzar desde la fecha del acuerdo de iniciación o, lo que es lo mismo, a partir de la fecha en la que la Agencia apruebe la convocatoria**.

DCJA 219/2010 pár. 49 a 75

2. ALTA INSPECCIÓN

La configuración doctrinal y jurisprudencial de la alta inspección ha venido referida a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto a materias en que aquél la tenía reservada constitucionalmente, y especialmente con ocasión de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en conflictos generados en esas materias (educación o sanidad, por ejemplo). Son reseñables a ese respecto las SSTC números 6/1982, de 22 de febrero (RTC 1982\6), 32/1983, de 28 de abril (RTC 1982\32) y 42/1983, de 20 de mayo (RTC 1983\42).

Aunque no nos hallamos ante una norma que se desenvuelve en el ámbito de esas relaciones, a falta de una reflexión doctrinal y jurisprudencial específica, los principios que se han establecido respecto a aquel ámbito nos pueden servir como parámetros en la interpretación del contenido de la alta inspección que ahora nos ocupa.

Así, según la jurisprudencia constitucional, la **facultad de alta inspección**, como recordamos en el DCJA 39/2003, «**es una competencia de vigilancia que constituye no un control genérico e indeterminado sino un instrumento de verificación o fiscalización**». **No puede**, por ello, **convertirse la alta inspección en una facultad que ejercite controles normales y ordinarios, sino que su intervención ha de tener un carácter singular y excepcional que ha de versar no sobre los actos, sino sobre las actividades, globalmente consideradas, de las administraciones públicas; ni puede, tampoco, convertirse en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control que sustituya a los legalmente establecidos**, sin descartar, por supuesto, los jurisdiccionales.

En consecuencia, como destaca la doctrina constitucional, **las competencias ejecutivas y gestoras que**, sin duda, **se encuentran implicadas en el ejercicio de las funciones de alta inspección están limitadas a la fiscalización del cumplimiento de los contenidos normativos y a las inherentes a dicha fiscalización** (se trata de una **supervisión de carácter señaladamente jurídico**).

Avanzando algo más, el alcance del mecanismo de supervisión de la alta inspección **se encuentra limitado**, conforme a esa jurisprudencia, **a la fase informativa** (información y comprobación de las anomalías en la aplicación de la normativa), **dejando la correctiva al órgano competente que le corresponda**. En efecto, de la STC 6/1982 (F.J. 9) extraemos que la alta inspección sólo consiste en «la facultad de comunicar la anomalía al órgano gubernamental competente a fin de que éste remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de atribuciones propias», y que habrá de hacerlo conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

La traslación de los principios que ha perfilado la doctrina constitucional expuesta al ámbito del proyecto de Decreto que nos ocupa, con la prudencia que demandan las diferencias en cuanto a las relaciones interadministrativas a que se refieren, nos permite afirmar que la AISS representa una última garantía del cumplimiento de la nor-

mativa autonómica en esa materia, sin que pueda conllevar —en términos de la STC 32/1983— un control, tutela o superioridad jerárquica, ni el ejercicio de una actividad limitadora de competencias respecto a las administraciones con autonomía de gestión.

Es por eso también que **los actos de comprobación precisos para la específica misión de la alta inspección no pueden ser**, por definición, **actuaciones de la función ejecutiva que queda reservada a la inspección general de servicios, centros y equipamientos que llevan a cabo las administraciones públicas competentes en función del ámbito de servicios sociales afectado** (en la actualidad, y en lo que no se oponga a la LSS, conforme al Decreto 40/1998, de 10 de marzo, por el que se regula la autorización, registro, homologación e inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

En la línea expuesta, la Alta Inspección de Servicios Sociales (AISS) puede adoptar medidas con un sentido final admonitorio respecto a las administraciones que gestionen el servicio afectado, pero sin privarles de su facultad de adoptar la decisión final para corregir la anomalía detectada, sin perjuicio de la puesta en marcha en última instancia de los mecanismos juridiccionales pertinentes.

Conforme a esa perspectiva ha de efectuarse el análisis de los preceptos del Capítulo I del Título VII de la LSS, que el proyecto desarrolla, y la lectura de dicho proyecto con los condicionantes que resultan de la ley; sin perder de vista que las funciones que atribuye la LSS a la Alta Inspección en su artículo 83 en relación con el 82 confirman que se erige en garante del acceso a los servicios y prestaciones del Sistema Vasco de Servicios Sociales, como un instrumento de verificación o fiscalización jurídicas, y que, por tanto, las actuaciones que desarrolle para el cumplimiento de esas funciones no pueden apartarse de esa conformación.

(…)

El artículo 4.2 indica de manera un tanto confusa en qué consisten las actuaciones de la AISS y los documentos que resulten de las mismas. En relación con estos últimos distingue: (i) los informes, que sólo se caracterizan por haber sido emitidos por propia iniciativa, con independencia de su contenido; (ii) los dictámenes, que son los que se emiten por orden superior; y (iii) junto a ellos coloca las «propuestas de requerimiento dirigidas a la Administración correspondiente».

Una primera lectura sugiere que, si los análisis, investigaciones o estudios de los servicios sociales arrojaran un resultado conforme al cumplimiento de la normativa autonómica —en el sentido del artículo 83 LSS—, se emitirán dictámenes o informes, según cómo se haya iniciado el procedimiento. Mientras que si de aquellas actuaciones se constatara un incumplimiento de esa normativa, se dictarán «propuestas de requerimiento» con un contenido que, en principio, no aparece determinado, pero que ha de quedar libre de cualquier intervención correctiva que corresponde

concretar a la Administración competente con autonomía de gestión, según hemos expuesto en el apartado A) precedente.

A juicio de esta Comisión, **esa distinción sobre la forma en la que se materializan las actuaciones de la Alta Inspección puede resultar jurídicamente viable siempre y cuando no se interprete que las propuestas de requerimiento tienen eficacia por sí mismas e imponen una obligación de dar, hacer o no hacer a la Administración inspeccionada, sino que se asuma como un mecanismo que permite únicamente advertir la existencia de anomalías, dando pie a la Administración competente a subsanarlas, activando sus potestades** —que pueden llegar a ser sancionadoras—.

DCJA 134/2010 pár. 47 a 63

3. DEPORTES

La **elección de los órganos de representación y administración de los clubes deportivos**:

En la regulación propuesta se manifiesta una discrepancia sustantiva sobre uno de los contenidos del proyecto que, según señala la memoria, supone una novedad respecto de su antecedente (Decreto 29/1989, de 14 de febrero) y que consiste en la elección de la Presidencia del Club «mediante personas compromisorias si así lo prevén los estatutos», previsión que para algunos de los órganos informantes podría resultar contraria a lo establecido en el artículo 11.4 LDPV, según el cual, «Los estatutos establecerán la elección de todos los órganos de representación y administración mediante sufragio, libre, directo y secreto de todas las personas asociadas». El obstáculo se identifica en ese inciso final que, en cuanto se refiere a «todas las personas asociadas», impediría al normador reglamentario abrir la señalada posibilidad por ser ésta contra legem. Idéntica posibilidad contempla la iniciativa para la elección de la Junta Directiva (órgano de administración colegiado) en su artículo 24.1 («Si los estatutos no lo disponen de otro modo las y los miembros de la Junta Directiva se elegirán cada cuatro años por las personas asociadas con derecho a voto, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. También podrá ser elegida por las socias y los socios compromisarios si así lo disponen los estatutos»). Por tanto, son ambos preceptos del proyecto los que deben ser contrastados con la regulación legal del artículo 11.4 LDPV.

El órgano redactor razona que, a su juicio, la opción del proyecto procede de la regulación anterior y resulta usual en la normativa que para los clubes deportivos han establecido otras comunidades autónomas.

Así centrada la cuestión conviene, en primer término, recordar que la anterior Ley 5/1988, de 19 de febrero, en su artículo 30 establecía la elección de todos los órga-

nos de representación, administración y gobierno mediante sufragio libre, directo, igual y secreto de todas las personas asociadas. En una interpretación ciertamente flexible de la señalada previsión legal, el Decreto 29/1989, de 14 de febrero —artículo 15—, abrió la posibilidad de que los estatutos pudieran contemplar la conformación de la Asamblea General (máximo órgano de gobierno) mediante compromisarios. Pero, expresamente prohibió —en el artículo 22 para la Junta Directiva y en el artículo 31 para el Presidente— la elección de dichos órganos mediante compromisarios.

No es difícil advertir el influjo de los antecedentes descritos en el tratamiento que de esta cuestión realizó la LDPV en su artículo 11.4 al establecer la elección por sufragio libre, directo y secreto de todas las personas asociadas de los órganos de representación y administración (no así de la asamblea general —máximo órgano de gobierno—).

Conforme a la nueva regulación legal, mientras la posibilidad de conformar la Asamblea general mediante compromisarios (que recoge el proyecto en su artículo 18.2) encuentra ahora un claro apoyo en aquélla, **el tenor literal del citado artículo 11.4 LDPV** (que —cabe reiterar— expresamente establece el sufragio directo de todas las personas asociadas para la elección de los órganos de representación y administración) **impide que el reglamento abra la posibilidad de una elección indirecta (mediante compromisarios) de la Junta Directiva y del Presidente**, por lo que los artículos 24 y 34 del proyecto deben modificarse en ese punto por ser contrarios al régimen legal establecido en la LDPV.

DCJA 99/2010 pár. 52 a 56

4. EDUCACIÓN

Según la memoria justificativa, uno de los fundamentos del proyecto es reformar el Decreto 23/2009, de 3 de febrero, [por el que se establece el currículum de Bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco], con el objetivo de asegurar la coherencia entre las enseñanzas mínimas establecidas con carácter básico y dicho Decreto, así como introducir las modificaciones derivadas de la **sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009, que anula el apartado 2 del artículo 14 del Real Decreto 1467/2007**, de 2 de noviembre, que afecta al artículo 24.2 del Decreto 23/2009, de 3 de febrero.

El contraste del proyecto con los preceptos de la LOE que resultan de aplicación y con el contenido del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, [por el que se ha establecido la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas], resulta positivo. No obstante, y a la vista de los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2009, estima la Comisión que debe efectuarse un

análisis de la nueva regulación que el proyecto da al párrafo 2 del artículo 24 del Decreto 23/2009, de 3 de noviembre, incluida en el apartado dieciséis del proyecto.

Con carácter previo, es necesario señalar que **el anulado párrafo 2 del artículo 14 del Real Decreto 1467/2007 regulaba, para aquellos alumnos que no promocionen a segundo y tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias, la permanencia de un año más en el mismo curso** en los siguientes términos: «Quienes no promocionen a segundo curso y tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias podrán optar por repetir el curso en su totalidad o por matricularse de las materias de primero con evaluación negativa y ampliar dicha matrícula con dos o tres materias de segundo en los términos que determinen las administraciones educativas. En todo caso estas materias de segundo no podrán requerir conocimientos incluidos en materias de primer curso no superadas, ya sea en función de lo dispuesto en el anexo I de este Real Decreto o en lo que dispongan las administraciones educativas para las materias comunes y optativas. La matrícula en estas materias de segundo tendrá carácter condicionado, siendo preciso estar en condiciones de promocionar a segundo dentro del curso escolar para que dichas materias puedan ser calificadas. El alumnado menor de edad deberá contar con la autorización de sus padres o tutores para este régimen singular de escolarización». Disposición que fue recogida en idénticos términos en el apartado 2 del artículo 24 del Decreto 23/2009, de 3 de febrero.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de forma congruente con el objeto del recurso, declara en el fallo la nulidad del mencionado apartado, sin que conforme al artículo 71 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) llegue a determinar la forma en la que ha de quedar redactado.

Obviamente, en la interpretación y aplicación del fallo se han de inferir del mismo sus naturales consecuencias en relación con la causa petendi y en armonía con todo lo que constituye la Sentencia, prestando atención, como es lógico, a los fundamentos jurídicos que operan como causas determinantes del mismo.

En concreto, **dos son los aspectos del bachillerato que se estudian en la Sentencia citada: (i) su organización flexible; y (ii) la promoción de curso**.

En lo que se refiere a la **flexibilidad que declara el artículo 32.3 LOE**, entiende el alto Tribunal que **su interpretación debe hacerse en el contexto del art. 34**, que, tras establecer las tres modalidades, expresa que se «organizará en materias comunes, en materias de modalidad y en materias optativas», así como que «cada una de las modalidades podrá organizarse en distintas vías que faciliten una especialización de los alumnos… Precepto que plasma la idea contenida en el Preámbulo de la LOE acerca de que el Bachillerato comprende dos cursos y se desarrolla en tres modalidades diferentes, organizadas de modo flexible, en distintas vías que serán el resultado de la libre elección por los alumnos de materias de modalidad y optativas».

La LOE, en palabras de la Sentencia, **«establece una flexibilidad en la elección de las materias que componen el currículo escolar pero no la libre configuración de los cursos del Bachillerato, con asignaturas sueltas de segundo y primero»**.

En cuanto a la **promoción de un curso a otro**, tras establecer el sentido que debe tener el concepto que se ha de equiparar con «pasar de un curso al siguiente» o «matricularse en el curso siguiente», del sentido literal del artículo 36.2 LOE —«los alumnos promocionarán de primero a segundo de bachillerato cuando hayan superado las materias cursadas o tengan una evaluación negativa en dos materias, como máximo»— extrae la consecuencia de que **no es posible la matrícula condicionada de asignaturas de segundo, ni la opción que atribuye a los alumnos que tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias «por repetir el curso en su totalidad o por matricularse de las materias de primero con evaluación negativa y ampliar dicha matrícula con dos o tres materias de segundo en los términos que determinen las administraciones educativas»**.

De un lado, **«la introducción de condiciones suspensivas de la eficacia de una matricula adolece de falta de validez al no tener cobertura en la Ley»**; **de otro lado, el reglamento vulnera la ley «al crear una modalidad de estudio de bachillerato —asignaturas sueltas de primero y asignaturas sueltas de segundo— que no está prefijada en la LOE que constituye el marco a respetar»**.

Dicho de otra forma, son dos los motivos que conducen a declarar la nulidad del artículo 14.2 del Real Decreto 1467/2007: la infracción del principio de reserva de ley, al introducirse en un ámbito acotado a la decisión del legislador —el de la matrícula—, y la infracción del principio de jerarquía normativa pues el reglamento vulnera la ley que desarrolla —al crear una modalidad en la que conviven asignaturas de primero y de segundo—.

También hay que decir que para el Tribunal es meridiano que la LOE sólo ofrece o la repetición de curso cuando hubiere más de dos evaluaciones negativas o la promoción a segundo con dos evaluaciones negativas del primero.

En suma, debemos **someter la norma proyectada al contraste con tales parámetros**, a fin de verificar si la misma respeta la LOE tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo.

Si bien, antes que nada, **conviene dejar precisado que ni fue recurrida ni cabe entender que haya perdido vigencia la regla básica del artículo 14.1 del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, y, por tanto, aplicable en todo el territorio nacional** —recogida en idénticos términos en el párrafo 1 del artículo 24 del Decreto 23/2009, de 3 de febrero—, **según la cual: «los alumnos y las alumnas que no promocionen a segundo curso deberán permanecer un año más en primero, que deberán cursar de nuevo en su totalidad si el número de materias con evaluación negativa es superior a cuatro»**.

El Consejo de Estado, en el dictamen emitido en relación con el proyecto del Real Decreto por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (DCE 1631/2007), validó dicha regulación: «es cierto que el artículo 36.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, a diferencia de lo que se establece en el artículo 28.3 respecto a la enseñanza secundaria, no dispone expresamente que deban repetir primero de bachillerato quienes tengan más de dos asignaturas suspensas. Lo anterior significa que incluso podría reglamentariamente establecerse que cualquiera que sea el número de materias no superadas, los estudiantes deberán cursar de nuevo sólo las asignaturas suspensas. No hay, pues, nada que objetar en este punto a la regulación proyectada».

También es preciso insistir en que **tampoco quedó afectado el artículo 14.3 del Real Decreto 1467/2007,** de 2 de noviembre, asimismo básico, cuyo tenor refleja el artículo 24.3 del proyecto: **«los alumnos y las alumnas que al término de segundo curso tuvieran evaluación negativa en algunas materias, podrán matricularse de ellas sin necesidad de cursar de nuevo las materias superadas»**.

Esto es, si bien deberán matricularse en 2º de bachillerato, dicha matrícula lo será de las materias en las que tengan evaluación negativa, y no en todas las que conforman el curso, y ello con independencia de que las no superadas sean dos o menos, tres o cuatro, o cualquier otro número (bastaría con aprobar una para que no tengan que repetir todo el curso).

Pues bien, de todo ello cabe formular las siguientes conclusiones:

a) La regla básica del artículo 14.1 del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, posibilita la regulación de las condiciones en las que permanecerán en 1º de bachillerato quienes no promocionen y tengan evaluación negativa en tres o cuatro materias.

b) Es obvio que en el artículo 24.2 del proyecto no se hace mención alguna a una posible matrícula condicionada, ni tampoco se contempla la posibilidad de que los alumnos con evaluación negativa en tres o cuatro materias se matriculen en tales materias y en materias de segundo de bachillerato.

c) Tales alumnos se encuentran obligados a matricularse en 1º de bachillerato, pues han de repetir las materias de 1º de bachillerato que no han aprobado, como sucede con los alumnos repetidores de 2º de bachillerato, si bien pueden optar por matricularse de 1º en su totalidad —en cuyo caso cabe elegir entre renunciar o no a las calificaciones obtenidas— o matricularse de 1º en las materias que hayan obtenido evaluación negativa —pudiendo cursar voluntariamente aquellas otras materias que la Dirección del centro considere más adecuadas para su formación—.

Al margen de que resulte difícil pensar que pueda ser operativa la opción dispuesta entre las letras a) y b) del artículo 24.2 proyectado, entre la renuncia total a las ca-

lificaciones obtenidas o la renuncia condicionada a que la calificación obtenida sea superior, a la vista de las ventajas que ofrece la segunda, **lo que sí puede suscitar dudas de legalidad es el supuesto contenido en la letra c) del artículo 24.2, al no especificar si las asignaturas que el alumno puede cursar voluntariamente lo serán del primer curso de bachiller o de segundo bachiller**.

No plantea esta Comisión objeción alguna a que los alumnos puedan cursar voluntariamente solo algunas asignaturas de primero, para mantener actualizados sus conocimientos en materias ya aprobadas, lo que facilitaría la continuidad de su formación en 2º de bachiller cuando estén en condiciones de promocionar. Sin embargo, entiende la Comisión que no cabe la posibilidad de cursar asignaturas sueltas de segundo de bachiller, dado que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.2 LOE y lo declarado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 2009, la LOE no permite la libre configuración de los cursos de Bachillerato, con asignaturas sueltas de primero y segundo, ni olvidar que como señala la Sentencia y recoge la LOE en su preámbulo, el Bachillerato comprende dos cursos.

DCJA 63/2010 pár. 35 a 54

El artículo 2 del proyecto suscita un análisis diferente, sin duda más complejo. El precepto mantiene el tenor literal del artículo 2 de la Orden de 11 de septiembre de 2000: «En toda solicitud o comunicación dirigida a la Administración Pública, en la documentación propia y en la publicidad referente al Centro, cualquiera que sea el medio por el que ésta se realice, se deberá utilizar la denominación genérica correspondiente, además de la denominación específica que conste en el registro de Centros sin omitir o modificar ninguna de ellas ni añadir nuevos elementos».

Su objeto es, por tanto, establecer **reglas sobre el uso de la denominación (genérica y específica) de los centros docentes en sus relaciones con la Administración y en la publicidad que desplieguen**. En el literal trascrito es fácil descubrir la huella de los artículos 7 —del que es copia parcial— y 8 del Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero, cuya expresa cita abre la parte expositiva del proyecto —de nuevo, siguiendo el de la Orden de 11 de septiembre de 2000—.

La vigencia de este Real Decreto no es cuestión que resulte clara, si se tiene en cuenta que, como expresamente señala, se dicta en el marco de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (expresamente derogada en lo que pudiera quedar vigente, por la Disposición Derogatoria LOE) y al Estatuto de Publicidad, aprobado por la Ley 61/1964, de 11 de junio (expresamente derogada, por la disposición derogatoria de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, de Publicidad) y su contenido se advierte muy alejado de los presupuestos políticos y administrativos asumidos por el ordenamiento constitucional —en especial, si se lee a la luz de las exigencias del artículo 25 CE—.

En todo caso, no es necesario un examen concluyente sobre su vigencia porque, a los efectos de nuestro examen, sí es indubitado que, de acuerdo con el principio de competencia consagrado en el ordenamiento constitucional, el Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero, no tiene carácter básico, ni por supuesto puede contener habilitación alguna para el dictado por la CAPV de normas que disciplinen el uso y la publicidad de la denominación de los centros docentes que impartan enseñanzas reguladas por la LOE.

El régimen jurídico nuclear de las denominaciones de los centros docentes, tanto públicos como privados, según lo antes expuesto, **se contiene hoy en la LODE y en la LOE. Son estas normas legales las que deben tomar en consideración el normador estatal y autonómico**.

Bien entendido que, tal y como antes hemos señalado, **una regulación sustantiva de desarrollo de la LOE y la LODE** en materia de denominaciones de los centros docentes como, en su caso, sobre normas de uso y publicidad de aquéllas **en ningún caso puede abordarse por una Orden de la persona titular del Departamento competente en materia de educación** (artículo 26.4 LG), **al corresponder al Gobierno el desarrollo normativo de las normas legales,** sin perjuicio del obligado y previo examen, en cada caso, de los ámbitos que pudieran estar reservados a la Ley.

La disfunción del artículo 2 del proyecto se constata también, desde otra perspectiva, con sólo reparar en que, a diferencia de la norma estatal que parece haber tomado de referencia —aplicable exclusivamente a los centros docentes no estatales—, aquél, junto a los centros privados, incluye a los públicos, en su gran mayoría de titularidad o dependientes de la propia Administración de la CAPV —responsable de la publicidad que puedan aquéllos realizar, así como del empleo indebido de su denominación—.

Pero, al margen de lo anterior, **es la inclusión en el artículo 2 de los centros privados docentes la que plantea un problema de legalidad.** Respecto de dichos centros, **la iniciativa se adentra en un contenido regulador impropio de una disposición de carácter general con el rango proyectado.**

Aunque en la elaboración del proyecto parece haber pasado desapercibido dicho contenido (por figurar ya en la anterior Orden y en el citado Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero), no puede desconocerse que **el régimen de los centros docentes privados descansa en presupuestos jurídicos distintos a los de los centros docentes público**s. **Los centros docentes privados** —como su entero régimen jurídico, de acuerdo con el artículo 27 CE, la LODE y la LOE— **se rigen por un principio de libertad**.

Este principio, a lo que ahora importa, para la denominación **se encuentra positivizado en los términos del ya citado artículo 114 LOE**, los centros privados «podrán adoptar cualquier denominación, excepto la que corresponde a centros públi-

cos o pueda inducir a confusión con ellos». Junto a ello, el artículo 13 LODE, tras establecer la obligatoriedad de inscribir a todos los centros docentes (públicos y privados) en el Registro público dependiente de cada Administración educativa, como regla atinente al uso de la denominación señala: »No podrán emplearse por parte de los centros identificaciones diferentes a las que figuren en la correspondiente inscripción registral».

Por ello, la iniciativa, en lo que tiene de concreción de dicho régimen legal para los centros docentes privados (artículo 2), no resulta, a juicio de la Comisión, conforme a derecho, al no ser materia propia de una disposición del rango y finalidad de la proyectada.

Cuestión distinta para la que esta Comisión no observa reparo legal es que la Orden, a través del Anexo, fiel a lo que parece ser su finalidad y acorde con lo que es propio de su rango, **fije la denominación de los centros privados en función del tipo de enseñanza para cuya impartición estén autorizados, de acuerdo con la LOE**.

Este contenido, en el marco legal señalado (LOE y LODE), **resulta meramente aplicativo.** Se trata de un mensaje normativo cuyo destinatario primero es la propia Administración Educativa que deberá atender a las denominaciones del Anexo cuando deba practicar la inscripción en el Registro de un centro docente privado, tal y como deriva del régimen que para dichas inscripciones establece el antes señalado Real Decreto 276/2003, de 7 de marzo, por el que se regula el Registro estatal de centros docentes no universitarios, que, entre los datos obligatorios de la inscripción de centros docentes, incluye un epígrafe referido a «Datos sobre tipificación», que incluye, a su vez, un apartado 3.2 para la «Denominación Genérica».

Cobra así sentido la ausencia en la iniciativa de norma transitoria alguna que contemple la forma en que los centros afectados deben adoptar las nuevas denominaciones, pues en el esquema señalado dichos cambios quedan en manos de la Administración educativa de la que depende el Registro.

DCJA 138/2010 pár. 36 a 49

5. PERSONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A) Acceso

El artículo primero plantea una nueva modificación de la **edad máxima permitida para el acceso a los cuerpos de policía del País Vasco**, que fue también el objeto de la modificación efectuada mediante el Decreto 111/2002. En aquel momento se amplió la edad máxima para el acceso a la categoría de agente desde los 30 hasta

los 32 años, y se introdujo como excepción para la categoría de Agente de la Policía Local la posibilidad de compensación de esa edad máxima con servicios prestados en la Administración Local en cuerpos de Policía Local.

El proyecto pretende ahora ampliar la edad máxima para el acceso a la categoría de Agente desde los 32 hasta los 35 años, y la de Subcomisario hasta los 45 años. Además, se amplia también a este último colectivo la excepción de ese límite en el ámbito de la Policía Local mediante la compensación con servicios prestados en la Administración Local en cuerpos de Policía Local.

Se constata, por tanto, que la modificación que ahora se nos presenta es de igual naturaleza a la producida en el año 2002, por lo que sirve en este momento lo que esta Comisión señaló en torno a estas cuestiones en su DCJA 40/2002 (pár. 31 y 32), con ocasión de la tramitación del Decreto 111/2002.

Dijimos entonces que:

> En lo que se refiere a la elevación del límite de la edad máxima para el ingreso a la categoría de Agente, es preciso recordar que según dejó señalado la **STC 75/1983**, de 3 de agosto, la edad es una de las circunstancias comprendidas en el artículo 14 y en el artículo 23.2 de la CE desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios, pero sería equivocado inferir que todo funcionario tiene abiertas, cualquiera que sea su edad, las posibilidades de ocupar cualquier puesto en la organización pública, pues, por el contrario, en cuanto la edad es en sí un elemento diferenciador, será legitima una decisión legislativa que, atendiendo a ese elemento diferenciador y a las características del puesto de que se trate, fije objetivamente límites a la edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos (FJ 3).
>
> Ahora bien, de forma coincidente, en la medida en que se establece en el reglamento una decisión que incapacita para el acceso a todos aquellos que rebasan la edad establecida, se impone la carga de ofrecer los argumentos que el diferente tratamiento posee, como sigue diciendo el Alto Tribunal en la Sentencia citada: la «imposición dialéctica justificadora de las razones y valores que hagan posible constitucionalmente la desigualdad sin caer en discriminación producto de la irrazonabilidad y de su consecuencia, la inconstitucionalidad» (FJ 5).

Argumentación que sigue plenamente vigente, e incluso ha sido reforzada recientemente por la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de enero de 2010 (asunto C-229/08)**, en la cual, dentro del marco establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, se admite una limitación de edad máxima para el acceso a un servicio técnico de bomberos, dada la innegable relación entre la edad y la elevada capacidad física precisa para desempeñar las funciones propias de esos puestos.

Tal y como señala esta sentencia, **para determinar si la diferencia de trato por razón de la edad contenida en la normativa nacional está justificada, pro-**

cede examinar si la aptitud física es una característica vinculada a la edad y si constituye un requisito profesional esencial y determinante para la actividad profesional de que se trata o para su ejercicio, siempre y cuando el objetivo perseguido por dicha normativa sea legítimo y el referido requisito, proporcionado.

En este caso, resulta también innegable que una parte de la actividad policial requiere una capacidad física mínima que se encuentra naturalmente vinculada con la edad, aunque no sólo con ésta, como lo demuestra la existencia de un cuadro de exclusiones médicas o la situación administrativa de segunda actividad por edad, tesis igualmente mantenida por los recientes pronunciamientos emitidos por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sentencias 627/2008, de 6 de octubre de 2008 y 546/2009, de 16 de septiembre de 2009), en los que se examina la posibilidad de establecer y exigir una edad máxima para el acceso a los Cuerpos que integran la Policía del País Vasco y, de forma específica, la legalidad de la edad máxima actualmente establecida en el artículo 4.b) del Decreto 315/1994.

DCJA 68/2010 pár. 38 a 44

6. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Respecto a la obligatoriedad de la respuesta y a los límites que a la misma impone el artículo 4.3 de la norma proyectada, la Comisión considera conveniente formular las siguientes consideraciones.

Como bien señaló la Agencia Vasca de Protección de Datos en el informe relacionado con el anteproyecto de Ley del Plan Vasco de Estadística 2009/2012, la justificación de esos límites reside en **el artículo 7.2 la Ley Orgánica 15/1999**, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que, según se expresa en el informe, es «**de completa aplicación a la recogida de tal tipo de datos personales aunque la finalidad sea estadística**, **de tal manera que no podría ser objeto de tratamiento, ni por lo tanto ser recogidos sin haber recabado antes el consentimiento expreso y por escrito de sus titulares,** y ello a pesar de que la estadística se encuentre contemplada en el anexo de la Ley que aprueba el Plan estadístico».

En efecto, cuando el artículo 7, intitulado «Datos especialmente protegidos»**,** en su apartado segundo dispone que «sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento **los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias»**, está determinando que esos datos **son especialmente protegidos y, además, especialmente sensibles**, puesto que requieren el consentimiento por escrito y no tiene la salvedad de que una Ley autorice que sean recabados, tal y como se contempla en su apartado tercero: «los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la

salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente».

Por todo ello, **la restricción que se pretende fijar resulta acertada ya que responde al nivel de protección que a tales datos confiere directamente el artículo 16.2 CE**.

Sin embargo, **en tanto que forma parte del régimen sustantivo que rige en materia estadística, teniendo una vocación de permanencia,** inclusive reforzada (no en vano forma parte del contenido del derecho fundamental de libertad ideológica, religiosa y de culto protegido por la CE), **la Comisión entiende que encontraría mejor ubicación en la LE y no en una ley de vigencia temporal como lo es la ley que aprueba al Plan Vasco de Estadística 2010-2012**.

La LE constituye la Ley cabecera del grupo normativo, y la regulación de su Título I pretende conseguir, entre otras, la siguiente finalidad fundamental «el establecimiento de la normativa estructural y estable a la que habrá de adecuarse la actividad estadística de la Comunidad Autónoma, cualquiera que fuere el Plan o las demás estadísticas u otras actuaciones vigentes en cada momento» (parte 2 del Preámbulo), por lo que razones de seguridad jurídica aconsejan que tal previsión se introduzca en su cuerpo legal.

La precedente solución contribuirá, además, a esclarecer si el anteproyecto pretende una modificación al régimen dispuesto por el artículo 10.1 «in fine» de la LE, ya que la voluntariedad en el suministro de datos estadísticos se establece en dicho precepto en términos más amplios que los del anteproyecto, al abarcar los «datos individualizados amparados por la normativa vigente en cada momento sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar», añadiendo que «deberá constar esta circunstancia en las peticiones de información que se hagan, de manera expresa, en lugar bien visible, y con tipo de letra no inferior a la de la citada petición».

La redacción de este precepto de la LE deja la concreción del contenido de esos derechos a la normativa vigente en cada momento, lo que permite una interpretación más amplia de los datos de carácter personal de aportación estrictamente voluntaria que la contemplada en la LOPD. Se ha recordar que **el derecho a la intimidad garantiza «el secreto sobre la propia esfera de vida personal» y preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, particulares o poderes públicos, a los que impone «el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno»** (STC 206/2007, de 24 de septiembre, F. 5, por todas).

Entre tales datos se incluyen, sin duda, los que menciona el artículo 7.3 LOPD; no obstante —como el propio artículo señala—, tales datos pueden ser recabados cuando una Ley lo disponga, frente a lo que sucede con **los datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias**. Para estos últimos datos **la protección es absoluta, sin que sean admisibles limitaciones y restricciones**, al tratarse de un derecho proclamado de forma incondicionada, no pudiendo ser sacrificado en favor de otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes.

Respecto a este segundo círculo de **datos —vgr. salud y vida sexual—, aunque pudieran recibir un distinto tratamiento, desde luego el mismo no viene impuesto de forma necesaria,** sin que ningún obstáculo exista para que el régimen finalmente dispuesto por la LE sea el previsto en el artículo 4.2 del proyecto, con el añadido final «y en general, cuantos datos afecten a la intimidad personal y familiar». De esa forma también quedarían fuera de la obligatoriedad de suministro y salvaguardados tales datos, cumpliéndose las finalidades queridas por el legislador cuando aprobó la LE.

Fórmulas parecidas recogen otras leyes de Estadística de Comunidades Autónomas aprobadas más recientemente (caso del artículo 25 de la Ley 7/2000, de 11 de julio, de Estadística de Castilla y León, artículo 10 de la Ley 10/2002, de 21 de junio, de Castilla-La Mancha, y artículo 22 de la Ley 4/2005, de 5 de octubre, de Estadística de Cantabria) y es la que contempla el artículo 11.2 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública.

Es más, para que la aportación obligatoria de tales datos fuera admisible, como advierte la STC 70/2009, de 23 de marzo, «según jurisprudencia constitucional consolidada, la Ley deberá concretar las restricciones, alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal el establecimiento de límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. 11). Como señalábamos en la STC 49/1999, en relación justamente con la protección del derecho fundamental a la intimidad, la injerencia en la misma exige de un modo «inexcusable» una previsión legal que «ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención» (F. 4); ha de poseer lo que en otras ocasiones hemos denominado cierta «calidad de Ley» (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. 5; 169/2001, de 16 de julio, F. 6; 184/2003, de 23 de octubre, F. 2)».

Esto es, **en el supuesto de que para llevar a cabo las finalidades públicas a cuya satisfacción se subordina la actividad estadística tuvieran que recabarse datos que pertenecen al ámbito de la intimidad de las personas, sería preciso (i) que dicha exigencia sea susceptible de lograr el fin legítimo previsto —juicio de idoneidad—, que sea necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia —juicio de necesidad— y, finalmente, que sea ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros**

bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad —sin que resulte desmesurada e intolerable—; y (ii) una cobertura legal específica (podría serlo en el Plan Vasco de Estadística), **debiendo la Ley concretar con precisión los términos en los que los particulares estarían obligados a prestar la información.**

Lo cierto es que tal posibilidad debería examinarse con gran rigor atendiendo al hecho de que no se ha considerado hasta la fecha que fuera necesaria una intromisión de este tipo en el ámbito de la intimidad para colmar las necesidades colectivas al servicio de las que se despliega la actividad estadística.

DCJA 61/2010 pár. 33 a 46

7. PROTECCIÓN CIVIL

La segunda cuestión general que requiere nuestra atención es la de la incardinación de la **obligación de presentar el plan de autoprotección dentro del procedimiento correspondiente a la concesión de la licencia, permiso o autorización correspondiente** y, de un modo especial, en los supuestos recogidos en el apartado 3 del anexo I. En estos casos, **el artículo 13.2 prevé que el órgano del Gobierno Vasco competente en materia de atención de emergencias y protección civil homologue los planes de autoprotección con carácter previo al inicio de la actividad**.

El proyecto de reglamento que dio lugar, tras su aprobación, al Real Decreto 393/2007 [de 23 de marzo, por el que se aprueba la Norma Básica de Autoprotección de los centros,establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia] insertaba la presentación del plan de autoprotección como un trámite más dentro del procedimiento para la adquisición de la licencia, permiso o autorización necesaria para comenzar la actividad. Con ello, se pretendía que fuera el órgano competente para otorgar la licencia o autorización quien validase o rechazase el cumplimiento de este trámite en el marco del procedimiento de concesión de aquéllas.

Este planteamiento fue rechazado por el Consejo de Estado al entender, por un lado, que no se trataba de actividades publificadas y, por otro lado, que la LPC no habilitaba a alterar el régimen de concesión de la autorización correspondiente, de manera que no se podía prohibir que el órgano administrativo que tiene que dar una licencia, permiso o autorización previo al ejercicio de una actividad lo otorgue si no se le presenta el plan de autoprotección (Dictamen 401/2007). Como consecuencia de lo anterior, el Real Decreto 393/2007 prevé únicamente en su artículo 4.2 que el plan de autoprotección deberá acompañar a los restantes documentos necesarios para el otorgamiento de la licencia, permiso o autorización necesaria para el comienzo de la actividad, pero no condiciona la concesión de la misma por parte del órgano competente correspondiente.

En nuestro caso, el párrafo 1 del artículo 13 del proyecto adopta con carácter general la misma fórmula que el artículo 4.2 del Real Decreto 393/2007, lo que no plantea dudas en cuanto a su viabilidad jurídica. Tampoco plantea duda alguna la exigencia del registro del plan de autoprotección prevista en ese mismo párrafo y prevista en la norma básica, aunque se añada que la solicitud debe ser solicitada con carácter previo al inicio de la actividad, puesto que sólo exige con ese carácter previo la solicitud, pero no su inscripción, lo que excluye que sea considerado como un régimen autorizatorio. Cuestión distinta es la que surge con la mencionada homologación previa en los supuestos recogidos en el apartado 3 del anexo I, lo que requiere un análisis desde dos perspectivas diferentes.

Desde el punto de vista exclusivamente interno, **no hay duda de que la LGE habilita para imponer reglamentariamente la formulación e implantación de los planes de autoprotección.** Concretamente, su artículo 11.1 prevé que reglamentariamente se establecerá un catálogo de actividades susceptibles de generar riesgos para las personas, sus bienes y el patrimonio colectivo, de los lugares o establecimientos en que tales actividades se desarrollen, y las medidas de autoprotección obligatorias para cada caso, y su artículo 12.1 permite incluso la ejecución subsidiaria de las medidas de autoprotección, prevención y seguridad en caso de incumplimiento por el obligado.

De acuerdo con la Ley también resulta admisible, como medida de control, la obligación de presentar el plan de autoprotección ante el órgano competente en el régimen de autorización correspondiente y, desde la óptica de la seguridad y la prevención, tampoco plantea problemas el que la norma reglamentaria obligue en ciertos casos a realizar una homologación de los planes por parte del órgano competente en materia de atención de emergencias y protección civil, e, incluso, que esa homologación sea previa al inicio de la actividad, siempre, claro está, **que ello no sea interpretado como una prohibición dirigida al órgano competente para otorgar la licencia o autorización para otorgarla si no se ha procedido a la previa homologación**. Tal y como señaló el Consejo de Estado en el Dictamen antes mencionado, **tratándose de actividades no publificadas, cada licencia, permiso o autorización responde a su régimen jurídico propio, y se ha de dar a quien cumpla los requisitos de su legislación aplicable. Si se cumplen, es obligatorio su otorgamiento y sólo por una ley pueden añadirse requisitos administrativos con finalidades ajenas a las legalmente previstas.**

Por otro lado, dado que el proyecto establece un régimen más amplio y exigente que el previsto en la normativa básica, el hecho de que ésta no contemple en ningún caso un régimen de homologación de los planes de autoprotección tampoco puede ser considerado como un obstáculo para su imposición mediante norma autonómica.

Ahora bien, resulta también conveniente examinar la homologación previa desde la perspectiva introducida en nuestro derecho por la Directiva 2006/123/CE del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, la **Directiva de Servicios**), cuyo plazo de transposición finalizó el 28 de diciembre de 2009. En esta Directiva se define el «régimen de autorización» como cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio (artículo 4.6), y como dice en su parte expositiva, debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones (considerando nº 32).

De acuerdo con su artículo 2.2, algunas de las actividades contempladas en el proyecto quedarían fuera de su ámbito de aplicación (p. ej. los servicios sanitarios o los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios), pero ello no excluye que una parte importante del amplio catálogo de actividades que se recogen en el proyecto sí se encuentra dentro de su ámbito aplicativo, lo que obliga a realizar el contraste de lo dispuesto en el proyecto, aunque sólo sea para confirmar la adecuación de la técnica autorizatoria que propone con esta homologación.

El artículo 9 de la señalada Directiva de Servicios establece que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: i) el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata; ii) la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general y; iii) el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

La ausencia de discriminación en el caso de la **homologación** prevista en el proyecto queda fuera de toda discusión, mientras que **la seguridad pública y la protección civil se encuentran dentro del elenco de razones reconocidas como «imperiosas de interés general» por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, tal y como reconoce y tipifica el artículo 4.10 de la propia Directiva de Servicios. En cuanto al tercero de estos requisitos, la cuestión requiere un análisis más sosegado, dado que, por un lado, se plantea como una mera comprobación formal en la que no se comprueba la veracidad de los contenidos y la responsabilidad se mantiene exclusivamente en el ámbito de los firmantes del plan. Por otro lado, sólo se exige en determinados supuestos que, en algunos casos, vienen exclusivamente definidos a través de un criterio cuantitativo.

Planteada en estos términos la situación, permite cuestionar si lo pretendido con la homologación, configurada como un requisito previo al inicio de la actividad, no puede conseguirse mediante una técnica menos restrictiva, como se admite en los supuestos no incluidos en el apartado 3 del anexo I.

Pues bien, de inicio, considerar que en determinados supuestos especialmente peligrosos, expresamente recogidas por la norma, el objetivo perseguido por ésta —la seguridad de las personas y bienes en situaciones de emergencia— sólo puede ser obtenido mediante la exigencia de una homologación de los planes previa al inicio de la actividad no resulta desproporcionado, ni ajeno a la lógica de la seguridad; ahora bien, la incorporación de un requisito de estas características para el inicio de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios debería venir acompañada de una valoración que no se encuentra en el expediente y precisaría, en todo caso, de un importante soporte técnico del que esta Comisión no dispone y que, insistimos, el expediente tampoco permite solventar. La única justificación a esta homologación la encontramos en la propia parte expositiva del proyecto, donde se alude de un modo genérico a la experiencia histórica del sistema vasco de atención de emergencias y la cultura del riesgo existente en nuestro entorno socio-económico.

Debe tenerse en cuenta que **la introducción de un nuevo régimen autorizatorio previo al inicio de una actividad es una decisión relevante que debe ser justificada tanto técnica como jurídicamente**. Por otro lado, en el análisis del procedimiento ya hemos advertido de la carencia que suponía la no incorporación de una memoria del proyecto, y hemos identificado también este documento como el lugar donde deben recogerse y mostrarse las razones que aconsejan la adopción de una determinada decisión normativa. De ahí que insistamos en la necesidad de incorporar una memoria sobre el proyecto y que, en caso de que el proyecto mantenga la homologación como un requisito previo al inicio de la actividad, se incluyan también en ese documento las razones que justifican la necesidad de una homologación previa al inicio de la actividad, así como el alcance objetivo de la misma.

DCJA 128/2010 pár. 62 a 75

De inicio, la mención a los planes de protección civil aprobados por el Gobierno Vasco debe entenderse referida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la LGE, al Plan de Protección Civil de Euskadi y a los planes especiales. El contenido del primero viene establecido en el artículo 15 de la LGE, pero no incluye la posibilidad de incorporar a este Plan la **exigencia a particulares de elaborar —se entiende que a su costa— planes de continuidad de servicios básicos**. Respecto a los planes especiales, al igual que para el Plan de Protección Civil de Euskadi, el artículo 17.2 establece que podrán prever que, para riesgos concretos, las corporaciones locales o los órganos competentes de los territorios históricos puedan elaborar y aprobar específicos planes de actuación, teniendo en cuenta las directrices por aquellos emitidas, de donde tampoco puede extraerse la posibilidad de exigir a empresas privadas la elaboración de los planes de continuidad de servicios básicos en los términos previstos en el proyecto.

En el marco de la planificación, el artículo 13.3 de la LGE únicamente prevé que las entidades públicas o privadas cuya actividad esté directa o indirectamente relacio-

nada con la prevención, atención, socorro y seguridad de las personas y de sus bienes deberán prestar su colaboración a las administraciones públicas vascas en la elaboración de los planes de protección civil, pero ello tampoco avala el traslado a los particulares de la obligación de elaborar e implantar a su costa los planes de continuidad.

Cuestión distinta sería que una obligación de esta naturaleza se asumiera por entidades privadas en el marco de una concesión o contrato de gestión de un servicio público, ante lo cual nada cabría objetar, al tratarse de una condición aceptada voluntariamente por el concesionario o contratista al participar en la licitación o formalizar el correspondiente contrato.

Por tanto, teniendo en cuenta que **estos planes de continuidad se presentan dentro del propio proyecto como algo distinto y al margen del catálogo de actividades que obligan a elaborar y presentar los planes de autoprotección, y en la medida en que se presenta como una habilitación nueva al Gobierno para, a través de los planes de protección civil, imponer también a entidades o personas privadas la elaboración, a su propia costa, de los señalados planes**, lo dispuesto en el artículo 25.1 **puede ser entendido como una nueva carga para los finalmente afectados, cuya imposición no está contemplada en la LGE ni en ninguna otra norma con rango de ley, y no parece que pueda imponerse directamente mediante norma reglamentaria**. Nada cabe objetar a la existencia y elaboración de los planes de continuidad de servicios básicos para la comunidad, pero sí al rango de la norma utilizada para poder imponer su elaboración e implantación a todos los titulares públicos o privados de actividades, centros o establecimientos prestadores de productos o servicios que resulten básicos para la comunidad, que esta Comisión considera insuficiente.

DCJA 128/2010 pár. 79 a 82

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTO

1. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

A) Ámbito y finalidad

Como viene reiterando la Comisión, el iter procedimental allí establecido debe ser interpretado materialmente siempre a la luz del concreto proyecto normativo que se pretenda dictar, ya que en modo alguno configura dicha ley un camino de elaboración cerrado y rígido, sino que diseña un itinerario abierto que el órgano impulsor está llamado a concretar en función del tipo de norma y de la finalidad que cumple el procedimiento de elaboración en orden a garantizar el acierto y la legalidad de las normas. Por ello, la Comisión también ha recordado que, aún **siendo limitados el propósito y contenido de una determinada iniciativa normativa, ello no exime de observar el cauce jurídico que su elaboración reclame** (entre otros, DCJA 44/2006), **ya que también tales normas deben estar adecuadamente fundadas, ser conformes al ordenamiento jurídico y contar con una buena factura técnica.**

DCJA 225/2010 pár. 8

B) Audiencia

En cuanto al apartado de audiencia y participación, la Orden de inicio alude a la excepción prevista en el artículo 8.5 LPEDG, tomando en consideración que se trata de una disposición orgánica correspondiente a una organización dependiente de la Administración de la Comunidad Autónoma. No obstante, la misma Orden se-

ñala que se ha apreciado la necesidad de incorporar al proceso de elaboración de la norma la opinión de los representantes de trabajadores y empresarios a través de los sindicatos y asociaciones empresariales, lo cual esta Comisión también considera imprescindible, dada su participación directa en los órganos de gobierno de la entidad. En este sentido, conviene recordar que **el propio artículo 8.5 LPEDG, excluye la excepcionalidad aludida para aquellas normas que se refieran precisamente a la participación de la ciudadanía en las funciones de la Administración**, **lo cual puede trasladarse,** sin grandes dificultades, **a las entidades representativas de empresarios y trabajadores, cuando la norma se refiere a su participación en las políticas de empleo de aquella**.

DCJA 218/2010 pár. 43

La segunda cuestión, directamente relacionada con la precedente consideración, se refiere a la **omisión** —tal y como reconoce el informe jurídico— del **trámite de audiencia**, ya que como expusimos en el DCJA 155/2007 en relación con el proyecto del hoy Decreto 7/2008, de 15 de enero, «la naturaleza y contenido de la norma no es fundamentalmente organizativa, sino de participación, destacando la de aquellos ciudadanos que por su profesión o representación en la problemática relacionada con la ordenación del territorio sean considerados idóneos. Por lo tanto, no queda subsumido en la excepción del artículo 8.5 LPEDG, que exceptúa del trámite a las disposiciones que regulan los órganos, cargos y autoridades del Gobierno, así como las disposiciones orgánicas de la Comunidad Autónoma o de las organizaciones dependientes o adscritas a ella».

Las razones que se exponen en el informe jurídico para justificar dicha omisión no resultan, a juicio de la Comisión, enteramente atendibles, porque, **siendo cierto que la amplia formulación legal dificulta la identificación de un círculo de afectación directa de derecho e interés legítimos, a fin de conformar los destinatarios de la audiencia** (artículo 8.5 LPEDG), **al menos debiera quedar constancia** (también como condición de factibilidad de la reforma) **de la opinión de quienes van a ser llamados a conformar el órgano tras la modificación**, esto es, los cuatro sectores a los que el proyecto reserva una representación en el Consejo, **así como de la de aquellos que también reúnen un grado similar de representatividad de orden socio-económico y que por tal razón fueron llamadas en el pasado a integrarse en los trabajos del órgano**.

A través de sus alegaciones cabría conocer su posible aceptación o no en el desarrollo de las tareas que se les quiere atribuir, así como las propuestas que quisieran formular para la mejor y más adecuada participación de los intereses más importantes o necesarios a tener en cuenta para alcanzar la finalidad que la LOT persigue con el Consejo: la correcta interrelación funcional y administrativa en la formación y aprobación de los instrumentos de ordenación del territorio.

DCJA 225/2010 pár. 16 a 18

C) Informes

No consta en el expediente la realización de los trámites previstos en los artículos 19 a 22 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la **Igualdad** de Mujeres y Hombres, ni se hace referencia a la aplicación al proyecto de la excepción que, al efecto, configura el apartado 2ª de las Directrices para realizar la evaluación previa del impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Gobierno, hecho público mediante Resolución 5/2007, de 14 de febrero, del Director de la Secretaría de Gobierno y de Relaciones con el Parlamento.

En relación con esta cuestión, estima la Comisión que nos encontramos ante **modificaciones puntuales de la regulación actual de carácter técnico y adaptativo, lo que**, a juicio de esta Comisión, **exime al proyecto de ser informado sobre su impacto en función del género**.

DCJA 72/2010 pár. 25 a 26

No consta en el expediente la realización de los trámites previstos en los artículos 19 a 22 de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, y en las Directrices para realizar la evaluación previa del **impacto en función del género** y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Gobierno, hecho público mediante Resolución 5/2007, de 14 de febrero, del Director de la Secretaría de Gobierno y de Relaciones con el Parlamento.

La memoria inicial del Departamento de Educación, Universidades e Investigación **estimó que no resultaba necesario** informar sobre el impacto de la norma en función del género **porque se trataba de una modificación que no afectaba a ningún aspecto sustancial del decreto que se pretendía modificar**. Esta apreciación tomaba como base la intención inicial de modificar **de forma puntual**, por cuarta vez, el decreto actualmente vigente, aunque posteriormente esa intención inicial ha sido alterada de tal forma que se **ha optado finalmente por sustituir en su totalidad esa vigente regulación**.

Si bien tampoco parece que este nuevo planteamiento —más general, al menos formalmente— suponga la introducción de modificaciones sustanciales sobre la regulación actualmente vigente, la Comisión considera que **resultaría conveniente** que, con el fin de excluir cualquier duda al respecto, **se incorporara una valoración actualizada de esta cuestión** por parte de los promotores de la iniciativa.

DCJA 156/2010 pár. 27 a 29

D) Memorias

En cuanto a la fundamentación de la iniciativa figura una memoria justificativa del proyecto que coincide literalmente con la parte expositiva del texto presentado. Como viene señalando la Comisión, **la finalidad de la memoria explicativa y la exposición de motivos es distinta:** mientras la primera ha de dar información suficiente sobre la realidad sobre la que va a proyectarse la norma, los objetivos que se persiguen, las distintas opciones que se presentan para su consecución y las razones que avalan las soluciones acogidas finalmente, la segunda encuentra su sentido en la sintética explicación del contenido del concreto texto legal (DCJA 39/1999).

DCJA 135/2010 pár. 28

Por último, la LPEDG dispone la elaboración de una **memoria final**, en la que, a tenor del artículo 10.2, se reseñarán los antecedentes, los trámites practicados y su resultado y las modificaciones realizadas en el texto del proyecto para adecuarlo a las observaciones y sugerencias de los diferentes informes evacuados, y de manera especial las contenidas en los de carácter preceptivo. Pero en último lugar, también prevé que se justificarán con suficiente detalle las razones que motiven la no aceptación de las observaciones contenidas en tales informes, así como el ajuste al ordenamiento jurídico del texto que finalmente se adopte.

La Comisión ha de recordar que **no solo se ha de dar cuenta de las razones que motivan las modificaciones sino que además se ha de argumentar el porqué no se atienden las que son rechazadas**. Al amparo de la discrecionalidad propia de la potestad que ejerce, la Administración es libre de seguir o no seguir las propuestas y sugerencias que reciba; libertad que 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.

DCJA 112/2010 pár. 78 a 79

Con idéntica perspectiva, se observa que, **dada la incidencia de los cambios propuestos en el actual reparto de competencias entre las administraciones implicadas, contribuiría positivamente al mejor entendimiento de la opción adoptada que se explicaran con mayor detalle las razones que han llevado a elegir dicha solución entre las posibles, teniendo en cuenta los distintos puntos de vista expresados al respecto por las instituciones y organismos que han sido llamados al procedimiento**, cuya posición sobre aspectos importantes del anteproyecto y de su elaboración se ha mostrado dispar e, incluso —en el caso de las Diputaciones Forales de los tres Territorios Históricos—, discrepante con la orientación del mismo.

DCJA 230/2010 pár. 59

E) Negociación o consulta con los representantes del personal

Al margen de la asistematicidad del apartado 3 —que habría de merecer un precepto distinto para albergar su mensaje pues su contenido nada tiene que ver con el título que anuncia el precepto «valoración en el acceso a la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas»—, la concesión de un permiso retribuido dentro de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi a los deportistas, técnicos y jueces de alto nivel para asistir a competiciones oficiales no plantea problemas desde la perspectiva competencial.

Sin embargo, **la creación de un nuevo permiso retribuido obliga a seguir el trámite procedimental impuesto por el artículo 70.4 de la Ley 6/1989**, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, que dispone:

> Las Administraciones Públicas vascas, en sus ámbitos respectivos, podrán acordar con la representación de los funcionarios la concesión de licencias retribuidas en supuestos distintos a los contenidos en el apartado segundo de este artículo, y, en su caso, establecer para éstas plazos de duración superiores o condiciones de ejercicio más favorables que las que reglamentariamente se hubieran establecido.

De su lectura cabe extraer, una regla material, en tanto que se podrán acordar en supuestos distintos a los relacionados en el artículo 70.2 LFPV, sin que se haya producido una congelación de rango.

Una regla procedimental, siendo la materia una de aquellas que han de ser objeto de negociación, ex artículo 37.1 m) del EBEP, **deberá ser sometida a negociación en el seno de la Mesa correspondiente**, que habrá de desarrollarse conforme a los principios que desgrana el artículo 33.1 EBEP.

Pues bien, en nuestro caso, **no consta que se haya cumplimentado tal presupuesto lo que impide la determinación unilateral que el proyecto formula**.

DCJA 112/2010 pár. 154 a 158

F) Orden de aprobación previa

Respecto a la Orden de aprobación previa que prevé el artículo 7 LPEDG, señalar que este artículo sitúa el trámite «una vez redactado el proyecto y antes de evacuar los trámites de negociación, audiencia y consulta que procedan». Sin embargo, en el expediente que nos ocupa **la Orden se dicta después de expresar su opinión la Mesa de Negociación de la Ertzaintza**.

No obstante, **aunque no se haya seguido el intervalo temporal que fija la LPEDG**, una vez analizado su contenido y **aplicando un criterio material** y no me-

ramente formal del procedimiento, podemos concluir que **tal circunstancia no tiene en este caso relevancia**.

DCJA 121/2010 pár. 19 a 20

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A) Iniciación

Como hemos indicado, el hecho lesivo por el que se reclama ocurrió el 5 de octubre de 2008, y en dicha fecha ha de establecerse el dies a quo para el cómputo del plazo de un año legalmente establecido.

Por lo tanto, al presentarse la reclamación con fecha 16 de junio de 2010 se ha superado el citado plazo y la reclamación resulta extemporánea.

Esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que se formulara una primera reclamación el 19 de enero de 2009, ya que fue archivada al tener por desistida a la reclamante, con base en el artículo 71 LRJPAC. Desistimiento que confirma la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián, de fecha 19 de abril de 2010.

El desistimiento implica un abandono del ejercicio del derecho y comporta la terminación del procedimiento iniciado, de modo que la reclamación formulada y cuyo ejercicio se abandona no produce efecto interruptivo de la prescripción.

Por otra parte, y dado que la reclamante entiende que la acción no ha prescrito ya que el plazo se ha interrumpido por el procedimiento judicial seguido, debemos manifestar que no tienen virtualidad interruptiva las actuaciones que se siguieron en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, puesto que la sentencia aprecia que existe una causa determinante del desistimiento de la reclamante y estima que el archivo de las actuaciones, teniéndole por desistida, es conforme a derecho.

El instituto de la prescripción se funda en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos, y en el caso que aquí se examina ha de tomarse en consideración que el mero hecho de que el interesado desistiera de su primera solicitud no quiere decir que no pudiera volver a plantearla, ni que, por ello, no se tramitase procedimiento administrativo alguno, ya que el desistimiento lo es siempre de la petición o solicitud (y así se recoge incluso en el art. 90 LRJPAC), pero no del derecho ejercitado.

En definitiva, nada impidió a la interesada volver a plantear en tiempo otra solicitud sobre el mismo derecho y dar lugar a la iniciación de un nuevo procedimiento administrativo, sin tener que esperar a la sentencia firme del Juzgado.

DCJA 266/2010 pár. 17 a 23

B) Ordenación

Igualmente, se ha dado respuesta adecuada a la recusación del instructor y secretario planteada por la reclamante. La causa alegada para la recusación —tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar— no resulta de aplicación cuando esa relación de servicio se refiere a la propia de los empleados y cargos locales con el propio Ayuntamiento.

DCJA 188/2010 pár. 13

C) Instrucción

La obligación que tiene la Administración de impulsar el procedimiento y ordenar la realización de los trámites necesarios para el dictado de una resolución que dé respuesta a todas las cuestiones suscitadas por los interesados no alcanza a la subsanación de las omisiones, defectos o errores que éstos puedan cometer en la articulación de sus derechos y en la correcta acreditación de los hechos en que aquéllos se fundan.

DCJA 29/2010 pár. 15

Actos de trámite

También ha de llamarse la atención sobre la consideración del procedimiento que se deriva de la actuación del instructor del expediente. Concretamente, en el escrito en el que se comunica el trámite de audiencia, se señala a la reclamante que, si no se persona en trámite alguno del procedimiento y tampoco lo hace en el trámite de audiencia, el Instructor propondrá que se dicte resolución declarando el archivo provisional de las actuaciones. Señala igualmente que el archivo se convertirá en definitivo cuando haya transcurrido el plazo de prescripción de la reclamación, a no ser que el interesado se persone antes del fin del plazo.

En torno a esta cuestión, esta Comisión entiende que el planteamiento que resulta de la LRJPAC es contrario al que subyace en esta comunicación. Para ello no hay más que acudir a lo dispuesto en su artículo 74, en el cual se establece que el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites, y, sólo en el caso de incumplimiento de trámites cuya cumplimentación corresponda al propio interesado, se le podrá declarar decaído en su derecho al trámite correspondiente. Esto significa que no cualquier inactividad del interesado da lugar a la caducidad de la instancia y consecuente archivo de las actuaciones. Eso sólo pasará cuando la inactividad del interesado no pueda ser suplida por el impulso de oficio del procedimiento. Por eso, la consecuencia normal de la inactividad del interesado será la caducidad de su derecho al trámite; es decir, la preclusión respecto de ese trámite en cuestión, pero no el archivo de las actuaciones.

En el caso que nos ocupa, la actuación de la reclamante —respondiendo a los requerimientos de subsanación, proponiendo pruebas y presentando alegaciones— ha eliminado cualquier riesgo de efectiva materialización de las consecuencias de las que se advertía en la comunicación, pero no por ello resulta menos oportuno un llamamiento a la reflexión sobre esta cuestión por parte del Ayuntamiento, aunque sólo lo sea a efectos de futuros expedientes.

DCJA 199/2010 pár. 12 a 14

Audiencia de los interesados

En el expediente objeto de consulta, aunque se ha concedido al reclamante trámite de audiencia, el citado trámite no ha sido realizado como determina el artículo 11 del Reglamento, sobre la totalidad del expediente tramitado hasta dicho momento.

(…)

A su vez, tanto la resolución inicial, como la propuesta de resolución correspondiente al recurso de reposición presentado por la Comunidad reclamante, fundamentan la postura del Ayuntamiento en esas imágenes de video a las que, a través de la prueba pericial, se les otorga un valor probatorio determinante.

Sin embargo, aduciendo la negativa del concesionario a permitir el acceso a esas imágenes a la Comunidad reclamante, el Ayuntamiento ha negado a éstos la posibilidad de visionar las señaladas imágenes, tanto durante la tramitación del procedimiento inicial como en la del recurso de reposición actualmente en tramitación.

Pues bien, a**dmitido el valor probatorio de las imágenes de video y su incorporación al expediente, aunque sea de forma indirecta a través del informe**

pericial, el acceso a las mismas no puede ser negado al interesado salvo que afecte a alguno de los supuestos previstos en el 37.5 de la LRJPAC. No siendo éste el caso, con esa negativa se impide a los reclamantes el acceso a un documento probatorio fundamental y se dificulta injustificadamente la posibilidad de contrastar y contestar el informe pericial elaborado a instancia del propio Ayuntamiento.

Dada la relevancia que tiene el contenido de esas imágenes en la controversia, y a fin de evitar la indefensión del reclamante, esta Comisión considera necesario que se prosiga la instrucción, otorgando un nuevo trámite de audiencia al reclamante sobre la totalidad de las actuaciones y pruebas obrantes en el expediente, y que incluya el acceso a las imágenes de video tomadas por el concesionario con anterioridad al inicio de las obras.

ACJA 6/2010 pár. 15 a 22

La realización del trámite, una vez confeccionada la propuesta de resolución, carece de consecuencia invalidante alguna; es más, ha facilitado a los interesados el ejercicio de su derecho a ser oídos y formular las consideraciones que estimaran de interés en defensa de su pretensión.

DCJA 79/2010 pár. 36

En la medida en que se ha incorporado **nueva documentación** con posterioridad-informe del Jefe del Servicio de Explotación de Agua y Saneamiento del Ayuntamiento, de 14 de octubre de 2010—, el trámite de audiencia se tenía que haber cumplimentado nuevamente. Sin embargo, a la vista de que el citado informe **no refiere hechos o circunstancias distintas a las que ya habían sido expuestas por el servicio y son, por tanto, conocidas por la reclamante**, la retroacción del procedimiento no ocasionaría más que un retraso en la resolución del expediente que, en vez de beneficiar a la reclamante, le perjudicaría.

DCJA 212/2010 pár. 21

La prueba

En cuanto a la prueba, hemos de señalar que, además de la incorporación de los documentos facilitados por la reclamante, se han practicado las testificales de los agentes de la Policía Local que se personaron en el lugar de la caída y recogieron las declaraciones inmediatas de testigos presenciales, así como sus identificaciones. Esas personas no han sido llamadas por **el órgano instructor** para que ofrezcan su versión; sin embargo, por Resolución de 28 de abril de 2009, dicho órgano **solicita a la reclamante que emplace a los testigos, trasladando de manera in-**

correcta una función que en el iter procedimental corresponde a la Administración. De cualquier forma, no se aprecia que la falta de práctica de esas testificales coloque a la interesada en situación de indefensión, si consideramos que la Administración no cuestiona los hechos alegados por aquélla.

DCJA 42/2010 pár. 13

En cuanto a la prueba, se ha establecido un periodo para su práctica de 30 días, siendo admitidas todas las propuestas por la reclamante en su reclamación. Finalizado este periodo, y con ocasión del trámite de audiencia, **la reclamante ha solicitado la declaración de la persona por la que fue trasladada hasta el centro sanitario, lo que ha sido rechazado por el instructor por encontrarse fuera del periodo habilitado para proposición y práctica de la prueba**. Esta Comisión considera que **esta decisión no provoca indefensión,** y que la reclamante ha dispuesto de la posibilidad de señalar testigos durante el periodo de prueba específicamente previsto para ello, por lo que **la falta de práctica de esta prueba no tiene más causa que la falta de diligencia en su formulación**.

DCJA 166/2010 pár. 11

En cuanto a la prueba, se han incorporado todos los documentos aportados por el reclamante durante el periodo establecido al efecto. Por contra, **han sido rechazados los testigos ofrecidos por haberse identificado a éstos fuera del periodo habilitado para proposición de la prueba**. Resulta obligado detenerse en esta cuestión y analizar sus posibles efectos sobre el procedimiento, ya que, **a la vista del expediente, no puede hablarse de falta de diligencia en la formulación de la prueba sino, en el peor de los casos, de meras irregularidades formales en todo caso subsanables**.

En efecto, el expediente deja constancia de que, ya en el escrito presentado con fecha 19 de noviembre de 2009, **el reclamante se ofrecía a articular la prueba testifical con el número de testigos que el órgano instructor considerase conveniente, sin obtener respuesta alguna a ese ofrecimiento**. Esta situación resulta además agravada por la circunstancia de que el instructor alude a la falta de acreditación de los hechos como uno de los argumentos en los que fundamenta su propuesta negativa.

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

Esta es también la doctrina de la Comisión en relación con los vicios formales del procedimiento, pues a la ausencia de un trámite esencial «no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nulidad radical (por ser éstos de carácter excepcional e interpretación restrictiva), sino ha de estarse siempre a la posible causación de indefensión, con el sentido material y dinámico que para ésta reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso» (por todos, DDCJA 58/2003 y 21/2006).

En el presente supuesto, atendidas todas las circunstancias que lo rodean, esta Comisión entiende que **la prueba rechazada tendría como finalidad dar por cierta la versión de los hechos que presenta el reclamante**, lo que afectaría sólo de modo parcial al razonamiento esgrimido por el Ayuntamiento, y en ningún caso al sentido final de la resolución, dado que **la propuesta contempla también en su análisis** —tal y como hará también esta Comisión— **la veracidad de la versión del reclamante**. De ahí que **no** consideremos la existencia de una situación de **indefensión**, pudiendo proceder a pronunciarnos sin reparos sobre el fondo del asunto.

DCJA 217/2010 pár. 10 a 14

No obstante, merece una especial mención la denegación de la práctica de la prueba testifical propuesta por la reclamante (la declaración de los seis niños que entrenaban con el accidentado), bajo el único argumento de que los testigos propuestos son menores de edad.

El artículo 361 de la Ley1/2000 de Enjuiciamiento Civil señala que «Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente», por lo que, en principio, **la minoría de edad no impediría la admisión de la declaración testifical propuesta, que deberá realizarse con citación en la persona de quienes ejerzan su patria potestad, tutela o guarda, y estando éstos presentes en su declaración**.

DCJA 257/2010 pár. 10 a 11

Práctica de la notificación

En cuanto a la resolución se prevé que las relaciones «se comunicarán a las personas interesadas y se publicarán en el Boletín Oficial del País Vasco» (artículo 26.2), teniendo la declaración «efectos desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco» (artículo 26.3) y su vigencia temporal se contará «a partir de la publicación de dicho reconocimiento en el Boletín Oficial del País Vasco» (artículo 10.1).

En general la eficacia del acto queda supeditada a la notificación (artículo 57.2 LRJPAC), ya que han de notificarse a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses (artículo 58.1 LRJPAC).

La notificación, que debe ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto se haya dictado, debe 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 (artículo 58.3 LRJPAC).

El hecho de que la eficacia del acto quede condicionada a su notificación, de la que se hace depender que comience el cómputo del plazo a efectos de posibles impugnaciones, es una consecuencia lógica de la finalidad de la notificación, que el interesado conozca el contenido exacto del acto y, por tanto, pueda reaccionar frente al mismo —hay que recordar que la resolución puede ser desestimatoria—, 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.

Aunque la publicación puede sustituir a la notificación, ello es posible en los supuestos que contempla el artículo 59.6 LRJPAC, esto es: a) cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la notificación efectuada o; b) cuando se trata 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.

Nada de ello sucede en este caso, pues es obvio que cuando son solicitudes individuales no se produce concurrencia alguna, mientras que con la propuesta de la Federación podría plantearse la posible existencia de una cierta competencia entre los deportistas seleccionados para acceder a la condición de deportista de alto nivel, pero se trata de una competencia impropia, ya que no está limitado su número, siendo lo decisivo que cumplan los requisitos establecidos.

Entiende por todo ello la Comisión que la eficacia de la declaración se ha de hacer depender de la notificación de la Orden que resuelva la solicitud del interesado o ponga fin al procedimiento de oficio iniciado por el propio órgano competente.

No hay obstáculo, sin embargo, a que, como medio adicional, para general conocimiento y con efectos puramente informativos, se publiquen dos relaciones de deportistas de alto nivel al año.

DCJA 112/2010 pár. 173 a 180

Propuesta de resolución

A la vista de la propuesta de resolución se hace conveniente recordar que ésta **tiene la naturaleza de acto de trámite** y, por ende, **no resulta susceptible de ser recurrida**, al no decidir directa o indirectamente el fondo del asunto (artículo 107.1 de la LRJPAC).

DCJA 187/2010 pár. 17

3. ESPECIALIDADES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Procedimiento de revisión de oficio

Iniciación

En cuanto a la primera pretensión, (la anulación del PERI de Gandias), ha de tenerse en cuenta que el citado **instrumento urbanístico** fue **aprobado por la Diputación Foral** de Bizkaia, como se ha recogido en el apartado de antecedentes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.c).5 de la Ley 27/1983, de Territorios Históricos, y en el artículo 4.2 de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de Medidas Urgentes en Materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, por lo que resulta incuestionable, como señala la propuesta de resolución, la **incompetencia del Ayuntamiento** para ello, pues, **cuando el artículo 102 de la LRJPAC establece la potestad de las administraciones públicas para declarar de oficio la nulidad de los actos y disposiciones administrativas, hay que entender que se refiere a los actos y disposiciones propias, es decir, a las dictadas por la Administración que pretende revisarlas**, por lo que **el Ayuntamiento** de Gorliz **no puede entrar a conocer sobre la anulación del citado PERI** de Gandias.

DCJA 196/2010 pár. 18

Instrucción

Las especiales características del procedimiento de revisión obligan a la Comisión **a extremar las garantías de quien, de prosperar aquélla, va a verse privado de los efectos jurídicos favorables de un acto firme dictado por la misma Administración que ahora lo declara nulo**. **Entre dichas garantías**, como es doctrina reiterada, **ocupa un lugar preeminente la audiencia**, que tiene el carácter de requisito indispensable o exigencia fundamental del procedimiento revisor, hasta el punto de que, en el supuesto que se examina, una declaración de nulidad adoptada con una audiencia insatisfactoria podría quedar contaminada del mismo vicio que aquélla pretendía atajar [artículo 62.1.e) LRJPAC].

Es doctrina constante de la Comisión que en la exigencia del trámite de audiencia debe atenderse, sobre todo, a su fundamento teleológico que es el de **evitar la indefensión del interesado**, de modo tal que de ser ésta real queda justificada la retroacción de actuaciones al tiempo en que se haya producido la infracción.

ACJA 7/2010 pár. 25 a 26

Finalización del procedimiento

En el ámbito de los concejos del Territorio Histórico de Álava, la Norma Foral 11/1995, de 20 de marzo, de Concejos del THA, recoge en su artículo 6 d), entre las potestades de los Concejos, la de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

El artículo 12 t) de la misma norma dispone que al Concejo Abierto le corresponden, en general, cuantas atribuciones se asignan por la legislación al Pleno del Ayuntamiento, con respecto a la Administración del Municipio, en el ámbito de las competencias del Concejo. Consecuentemente, **será el Concejo Abierto el órgano al que corresponde resolver los supuestos de revisión de actos y disposiciones administrativa**s.

DCJA 154/2010 pár. 11 a 12

El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 9-3-2004 (RJ/2005/2624), **entiende que la Comisión de Gobierno no es órgano competente para decidir sobre una petición de revisión de un proyecto de reparcelación, debiendo hacerlo el Pleno del Ayuntamiento:** «La competencia corresponde al Pleno del Ayuntamiento, pues la Ley 30/92, en su redacción originaria, aquí aplicable, atribuye al "órgano competente en la materia" la competencia para declarar la lesividad de los actos municipales (artículo 103-4), lo que constituye una competencia análoga a la de revisarlos por nulidad de pleno derecho o por infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. Y el órgano competente para aprobar los Planes y demás instrumentos de "ordenación y gestión previstos en la legislación urbanística" es el Pleno del Ayuntamiento, tal como disponía la redacción originaria aquí aplicable del artículo 22-2-c) de la Ley de Bases de Régimen Local, antes de su modificación por Real Decreto-Ley 5/96, de 7 de junio, por Ley 7/97, de 14 de abril, y por Ley 11/99, de 21 de abril».

DCJA 196/2010 pár. 11

B) Reclamaciones de Responsabilidad Patrimonial

Iniciación

Seguidamente procede aclarar si la reclamación patrimonial presentada ha sido deducida en plazo, cuestión suscitada también en la propuesta de Osakidetza, que aprecia la **extemporaneidad**.

El artículo 142.5 de la LRJPAC establece que «en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Como es común a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la fijación del día de **inicio del cómputo del citado plazo** (dies a quo) ha de realizarse siempre atendiendo a las circunstancias que presente el caso. En el supuesto que se nos plantea, dado que los **daños** alegados son de carácter **físico**, hemos de acudir a la **fecha de su curación o determinación del alcance de las secuelas**, momento que se hace coincidir con aquel en que el perjudicado puede tener cabal conocimiento del daño, así como de los elementos fácticos y jurídicos que permitan el ejercicio de la acción de responsabilidad (como postulan, entre otras, STS de 16 de mayo de 2002).

De los documentos que obran en el expediente podemos colegir, en la consideración de la fecha relevante más reciente —y por ello más favorable al mantenimiento de la acción—, que don J.A.P.O. conocía el alcance de los perjuicios, para poder individualizar el montante económico de su reclamación por estabilización de su tratamiento y la situación física que afectaba a su ojo izquierdo, por el que reclama, cuando se emitió el Informe Médico de Síntesis definitivo de 11 de enero de 2007 —que cita otro Informe Médico de Síntesis previo elaborado en enero de 2006—, mencionado en los Hechos Probados de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 8, de 26 de abril de 2007, a que nos venimos refiriendo. Por ello, su reclamación indemnizatoria, registrada el 5 de febrero de 2008, se hizo valer transcurrido el plazo anual legalmente establecido, con prescripción del derecho a ejercitar la acción.

En este caso **no puede considerarse que el plazo haya quedado interrumpido con las sucesivas visitas médicas e informes emitidos** (entre ellos el esgrimido por el reclamante, emitido por el Instituto … —sin firmar— el 6 de marzo de 2007), **puesto que no hace sino reflejar que las lesiones y secuelas no han evolucionado desde la última exploración, lo que confirma que con anterioridad a esa fecha las secuelas del daño permanente se hallaban estabilizadas con carácter crónico**. **Otra interpretación supondría la pendencia indefinida de la acción en todos los supuestos de daño permanente sobre los que posteriormente se**

sigue tratamiento curativo o rehabilitador, la cual sería contraria a lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, que claramente fija el dies a quo en el momento en que se conoce de modo definitivo el resultado producido.

Tampoco puede admitirse que el procedimiento judicial seguido en el orden social condicione el cómputo de dicho plazo. Ha de tenerse en cuenta que en el procedimiento ante el orden social invocado por el reclamante **la parte demandada no coincide con la ahora reclamada, ni su objeto está vinculado con la pretensión que se hace valer frente a la Administración en el procedimiento de responsabilidad patrimonial** (en ese sentido mencionamos la STSJPV, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 1998 —RJCA 1998\3357-: «debe indicarse, que no basta cualquier actuación para considerar ésta como causa de interrupción del citado plazo. Es necesario por contra, que exista una identidad de sujeto, objeto y causa, entre las actuaciones judiciales o extrajudiciales, presuntamente interruptivas y la posterior petición a la Administración causante del daño, para entender que se ha interrumpido la misma»). Del mismo modo nos hemos pronunciado recientemente en el DCJA 135/2009.

En este concreto caso, **el proceso laboral en trámite no obstaculizaba la formulación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.** Lejos de discutirse el alcance de las secuelas (a diferencia del presupuesto fáctico de la consulta que dio lugar a nuestro DCJA 251/2008), **la cuestión suscitada en el pleito** seguido por don J.A.P.O. en el orden social **era si**, en consideración a aquéllas y a los antecedentes del caso, así como a su situación funcional residual puesta en relación con su profesión, **se encontraba incapacitado en el grado postulado de incapacidad permanente total**. Con anterioridad al dictado de la sentencia en el mejor de los casos para el reclamante: con la emisión del Informe Médico de Síntesis, el reclamante contaba con los elementos necesarios para instar de la Administración la indemnización por los daños ocasionados por las actuaciones médicas a que se refiere.

DCJA 13/2010 pár. 16 a 22

En cuanto al plazo de interposición de la reclamación, debe tenerse en cuenta que el artículo 142.5 LRJPAC establece que, «en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

En el presente caso, la reclamante distingue, como ha quedado señalado, una lesión patrimonial consistente en habérsele privado del derecho al acceso a la plaza de catedrático y un daño moral al constituir la actuación de la comisión calificadora

uno de los elementos del acoso laboral que ha sufrido según consta en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia.

Respecto a ésta última reclamación, no habiéndosele diagnosticado la existencia de ningún trastorno psíquico que pudiera justificar la aplicación de la regla relativa a la fecha de su curación o determinación de las secuelas, el plazo ha de empezar a computarse desde el momento en que cabe estimar se puso término a los hechos que se describen en los «escenarios» —por emplear la terminología de la Inspección— que constituyeron el marco de acción de los sujetos denunciados por acoso laboral.

Desde una visión integral y unitaria de lo sucedido a la reclamante, tales escenarios finalizaron el 4 de junio de 2004, momento de la emisión de su informe por el jefe de Prevención de la UPV/EHU, en que se da noticia de las medidas adoptadas para dar cumplimiento al requerimiento sobre medidas de prevención y protección de riesgos psicosociales en el Departamento de … cursado por la Inspección, por lo que puede considerarse que, a partir de ese momento, pudo solicitar la indemnización que ahora reclama por la situación supuestamente padecida, situación que, en todo caso, finalizó entonces.

Del examen de la documentación incorporada, la Comisión Jurídica Asesora no aprecia que exista elemento de prueba o siquiera indicio que permita sustentar la tesis de que tal situación —que se desarrolló fundamentalmente en los cursos 98/99 y 99/00— se prolongara con posterioridad.

En lo que se refiere a la denunciada conducta desplegada por el Sr. I. en la Comisión de Evaluación, si la desgajamos y separamos del resto, pese a que para que pudiera tener trascendencia desde esta perspectiva de enjuiciamiento debe ser contemplada como integrante del panorama de acoso al que se vio sometida la reclamante, también hay que recordar que la actuación del órgano concluyó de forma definitiva en la sesión de 2 de junio de 2000, en la que decidió utilizar en la selección de los candidatos el sistema de doble votación, y formuló su propuesta final de provisión a favor de don F.M.

Cabe decir, por ende, que con la cesación de su actividad desapareció el riesgo de que, a su través, se pudiera seguir ocasionando un daño a la salud de la reclamante.

De cualquier forma, se activaron los mecanismos legales para depurar la actuación de la Comisión calificadora, quedando de esa forma garantizada la objetividad del proceso de provisión.

La propia UPV/EHU rechazó la propuesta, estimando parcialmente el recurso interpuesto por la reclamante, mediante Resolución de la UPV/EHU de 16 de octubre de 2.000, por la que se declara concluso al concurso y desierta su provisión, conforme a la decisión adoptada por unanimidad por la Comisión de Reclamaciones en sesión

de 21 de septiembre de 2000. Mientras que su solicitud de recusación de don R.A.I. fue debidamente enjuiciada por la jurisdicción contencioso-administrativa y desestimada por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº … de Bilbao, de 27 de diciembre de 2002, que quedó firme.

Por ello, ha de aceptarse como señala la propuesta de resolución que **la reclamación por un daño moral**, que se vincula a la reparación del acoso laboral en el trabajo padecido, ha sido **interpuesta transcurrido el año previsto** en el artículo 142.5 LRJPAC.

Como señala la STS de 21 de marzo de 2000 (RJ 4049), «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 ese sentido, **carecen de virtualidad interruptiva las actuaciones judiciales** que han desembocado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 28 de julio de 2008, ya que **ni su objeto ni lo analizado tienen trascendencia alguna para delimitar si ha existido el denunciado acoso laboral** —como la propia reclamante refiere las circunstancias fácticas sobre las que fundamenta su reclamación al respecto aparecen constatadas en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Bizkaia—.

Es obvio que lo discutido y dilucidado por el Tribunal Superior de Justicia ha sido (i) si la Comisión de Reclamaciones puede o no rechazar la propuesta formulada por la Comisión de Evaluación y (ii) si, de ser rechazada, debe declararse concluso el procedimiento y desierta la cobertura de la plaza o, por el contrario, debe ser convocada nuevamente la Comisión de Evaluación para que formule nueva propuesta ajustada a derecho.

Por el contrario, **respecto a la reclamación principal —por la privación de su derecho a acceder a la plaza de catedrático— sí que podemos dar efecto interruptivo al complejo proceso contencioso-administrativo generado por la cobertura de la plaza**, que no concluyó hasta que fue notificada la Sentencia de 28 de julio de 2008, al que ésta puso punto final, lo que sucedió el 10 de septiembre de 2008 (según consta en el sello del Colegio de Procuradores).

El plazo, según la jurisprudencia (por todas STS de 13 de junio de 2000-RJ 5939), comienza a computarse a partir del momento en que se completan los elementos fácticos y jurídicos que permiten el ejercicio de la acción, con arreglo a la doctrina de la «actio nata» o nacimiento de la acción.

El momento inicial del cómputo, en el caso contemplado, ha de situarse cuando el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco resuelve de forma definitiva la conformi-

dad a derecho de actuación de la UPV/EHU, en el sentido de no retrotraer y declarar concluso el concurso y desierta la plaza.

Es entonces, tras agotarse la vía judicial, al notificarle la Sentencia de 10 de septiembre de 2008, cuando puede estimarse que queda definida su situación jurídica y derechos en relación a la plaza de catedrático por la que optaba en el proceso de provisión al que concurrió. El resultado del proceso sólo adquiere estado definitivo cuando se producen los pronunciamientos judiciales que resuelven los recursos, formulados por ella misma y por otro de los aspirantes a su cobertura, procesos de los que tuvo conocimiento y en los que intervino como parte y así figura en las sentencias.

Por tanto, y a los efectos del planteamiento principal que traslada la reclamante en el presente procedimiento, hemos de entender que cuando presentó su reclamación por este motivo, el 3 de septiembre de 2009, el plazo de prescripción de la acción para reclamar no había finalizado.

DCJA 94/2010 pár. 21 a 38

En el escrito presentado por los reclamantes, éstos exponen el fundamento fáctico (los hechos) y jurídico (artículo 139 y ss LRJPAC) de la acción de responsabilidad patrimonial, si bien solicitan que el mismo sirva para interrumpir el plazo de prescripción, ya que la Resolución del Director de la Agencia Vasca de Protección de Datos no es firme, para lo cual invocan el artículo 1973 del Código Civil (CC).

Sin embargo, **no puede estar a disposición de los reclamantes decidir cuándo se ha de iniciar el procedimiento, cuando es clara y manifiesta su voluntad de reclamar e identifican correctamente los elementos esenciales de una acción encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial** de la Administración.

En realidad, cabe decir que existe un ejercicio material de la acción, porque tienen pleno conocimiento de la actuación administrativa, de sus efectos y no dudan de su ilegitimidad. Lo que vienen a solicitar es la suspensión del procedimiento, a la espera de que se pronuncien los Tribunales sobre la Resolución de la Agencia Vasca de Protección de Datos, petición que no ha sido atendida por el órgano instructor, lo cual consideramos correcto, a la vista de lo que luego diremos sobre el fondo del asunto.

(…)

Uno de los reclamantes, don A.M.G., **se ha opuesto a la tramitación** efectuada, alegando que lo único solicitado fue la interrupción del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad, negativa que **no cabe entender**, sin embargo, **como renuncia o desistimiento de la solicitud**.

DCJA 210/2010 pár. 14 a 21

La reclamación ha sido presentada por un letrado que representa con poder suficiente a las personas interesadas, los padres de la menor NME. Dicha presentación se ha producido dentro del plazo legal establecido en el artículo 142.5 LRJPAC: **si bien el origen de las lesiones por las que se reclama se sitúan en el momento del parto**, que tuvo lugar el 29 de diciembre de 2006 y el escrito de reclamación se registró en el Servicio de Correos el 27 de octubre de 2008, hay que considerar que **el daño indemnizable concierne a secuelas de orden neurológico cuyo alcance se va conociendo a medida que transcurre el tiempo**, al estar sometida la menor a control periódico.

DCJA 248/2010 pár. 15

La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada puesto que don J.L.M.I. es quien ha sufrido los daños en virtud de los cuales solicita la indemnización. Sin embargo, en el curso del procedimiento se produjo su fallecimiento y se personó doña M.T.G.R. en su condición de heredera.

La pretensión patrimonial ejercitada forma parte del caudal hereditario, al comprender la herencia todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte (art. 659 del Código Civil) **y, por tanto, legitima a los herederos para intervenir en el procedimiento, continuando con la acción ejercitada** por don J.L.M.I (art. 661 del Código Civil y artículos 31.3 de la Ley 30/1992).

DCJA 33/2010 pár. 11 a 12

La reclamación ha sido **presentada por dos hijas de la fallecida** —firmando una de ellas por orden de la otra— y dentro del plazo legal establecido (artículo 142. 5 LRJPAC), ya que el auto de sobreseimiento del Juzgado de Instrucción de … se produjo el día 19 de septiembre de 2007 (notificado el 11 de octubre de 2007) y la reclamación se registra el día 4 de abril de 2008.

(…)

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 madre**, 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.

DCJA 250/2010 pár. 21 a 23

La reclamación ha sido **formulada por una funcionaria pública**, profesora titular de Universidad, por lo que antes que nada conviene recordar que, con carácter general, las incidencias sobrevenidas en el ámbito estatutario y en su régimen de prestación de servicios deben ser sustanciadas, primariamente, en el seno de esa relación específica, y no a través del régimen de responsabilidad patrimonial.

Como hemos dicho de forma reiterada, en una doctrina que ya fue enunciada en el DCJA 37/1999 (párrafos 22 a 24), el régimen general de la regulación contenida en los artículos 139 y ss de LRJPAC, donde se contempla la responsabilidad patrimonial de la Administración de carácter extracontractual, «sólo podrá aplicarse mediando título específico —según doctrina constante— a falta de una regulación específica o, aún existiendo ésta, cuando su aplicación no repare los daños causados —siempre, claro está, que concurran los requisitos exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial—».

En nuestro caso, **la reclamación realizada encuentra su apoyo en circunstancias que, en rigor, no tienen que ver con daños o perjuicios sufridos u ocasionados por razón del servicio público que presta**, sino que se producen en el acceso a otra categoría funcionarial —aunque la petición se formula en términos de reconocimiento de derechos funcionariales—, **y no existe en la legislación aplicable una regulación que permita dar cauce a la pretensión**.

Por todo ello, ningún problema suscita su enjuiciamiento en sede de responsabilidad patrimonial, al tratarse de daños que no se encuentran cubiertos por el régimen estatutario, sin que puedan repararse en el ámbito de la relación jurídica que le une con la Administración.

DCJA 94/2010 pár. 48 a 51

Instrucción

En primer lugar, cuando se insta la reclamación por un comportamiento público omisivo sólo el funcionamiento anormal del servicio resulta título suficiente de imputación.

En ese análisis conviene recordar en primer término las reglas que rigen la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial, en el sentido de atribuir, en principio, **a quien formula la acción de responsabilidad probar la certeza de los hechos 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 tanto que compete a la Administración titular del servicio, en

el caso de ser controvertido, la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial, y, en caso de su invocación, la acreditación de la existencia de fuerza mayor exonerante [así lo confirma la reiterada doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y de su inmediato antecedente: el artículo 1.214 del Código Civil, entre otras la STS, Sala Tercera, de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999/5027)].

De acuerdo con esa doctrina, es al reclamante a quien incumbe acreditar en el presente supuesto que el accidente se produjo en las circunstancias que refiere mediante las pruebas que estime oportunas.

DCJA 151/2010 pár. 25 a 27

La propuesta de resolución rechaza sin embargo la responsabilidad de la Administración municipal por entender, dicho de forma sintética, que habría incidido la propia víctima, con su falta de diligencia, en la producción de los daños sufridos, dado que la zona afectada por los defectos era visible, se situaba en zona limítrofe a la calzada y disponía de un amplio paso por el resto de la acera.

En el examen del caso que se somete a dictamen, una vez apreciadas, por las actuaciones practicadas, la realidad y certeza del hecho lesivo descrito —periciales—, así como su forma de producirse —declaraciones testificales—, cabe centrarse en su relación con el servicio público.

Y en opinión de la Comisión, resultan determinantes a este último efecto los términos del informe técnico municipal (folio 16) que confirman la apreciación del tramo defectuoso en la acera: «debo significar que la acera sita en la Rotonda …, se encontraba pavimentada con baldosa hidráulica tipo Bilbao, con algunas zonas lindantes con calzada, en la que faltaban tramos de hilera».

Considera, además, la Comisión que **no sirve para desvirtuar el citado criterio técnico que manifiesta el estado irregular del firme la opinión que se vierte en el informe pericial valorativo de los daños de la aseguradora municipal** —apartado fundamentos jurídicos (folio 30): «…salvables con la mínima diligencia debida…»—, **por ser materia ajena a la finalidad del citado informe.**

Parece ser dicha valoración subjetiva, por otra parte, la que sirve de fundamento mayormente a la propuesta de resolución para remitir en exclusiva la responsabilidad por la caída a la propia víctima, en forma de una presunta falta de la atención debida, que la Comisión no considera justificada.

La concurrencia de culpa en la víctima constituye un factor obstativo de la responsabilidad patrimonial cuya prueba corresponde al ente municipal, como se ha seña-

lado más arriba; y en el caso presente el expediente no da cuenta de ningún indicio que permita inferir una circunstancia anómala o descuidada en el deambular de la víctima.

DCJA 119/2010 pár. 24 a 29

Hemos de reparar en la **ausencia del informe que reclama el artículo 10 del Reglamento**, pues, si bien el instructor instó al Servicio de Vía Pública municipal en dos ocasiones la emisión de dicho informe (3 de julio de 2008 y 21 de enero de 2009), no consta ninguna respuesta por parte de ese Servicio.

Una interpretación del artículo 10 del Reglamento conforme con el artículo 82 LRJPAC permite afirmar que **tal informe, sin merecer la consideración de preceptivo, es necesario para resolver adecuadamente el procedimiento**. En efecto, tiene por objeto ilustrar al órgano decisor para que su decisión sea lo más acorde con el ordenamiento jurídico mediante la aportación de nuevos datos al expediente o comprobación de los existentes en el mismo. En casos como el presente tal informe permite esclarecer determinadas circunstancias técnicas del lugar en que se produce el evento dañoso, en el análisis de la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público y de la antijuridicidad del daño en conexión con el estándar de rendimiento del servicio.

DCJA 181/2010 pár. 12 a 13

Finalización del procedimiento

En lo que respecta a la terminación convencional del procedimiento, se trata de un acuerdo adoptado en el marco de la previsión contenida, con carácter general, en el artículo 88 de la LRJPAC y, en relación con el supuesto particular de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en el artículo 11 del Reglamento.

A este respecto, sobre el ámbito propio del **Acuerdo de terminación convencional**, cabe señalar que, como indica la parte expositiva del citado Reglamento, «**…no puede incluir**, como tal acuerdo con un particular, **ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y el modo**».

Del contenido del expediente y del texto del borrador del Acuerdo aportado, se estima que éste se desenvuelve en el señalado ámbito objetivo, al no contener determinaciones propias de la transacción, aceptando la Administración educativa la

existencia de responsabilidad patrimonial conforme a las reglas de general aplicación a dicho instituto, esto es, existencia de daño antijurídico causalmente vinculado a una actuación administrativa, sin que medie fuerza mayor.

(…)

No obstante, si bien el texto del borrador del Acuerdo resulta aceptable en su parte fundamental, considera la Comisión adecuado formular una serie de sugerencias formales destinadas a ir perfilando los contenidos propios de la Orden de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial y del Acuerdo de terminación convencional, sin perjuicio de la obvia vinculación entre ambos.

En este contexto, estima la Comisión que el Acuerdo de terminación convencional **debería (i) incluir expresa mención a la Orden que reconoce la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración; (ii) contener expresa cita del artículo 88 LRJPAC y al artículo 11.2 del Reglamento; y (iii) conforme a dichos preceptos, contemplar exclusivamente los aspectos atinentes a la determinación de la cuantía y al modo de pago**.

Por su parte, la **Orden de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial** debería reconocer expresamente la existencia de ésta, **incluir la expresa aceptación por el órgano competente de la propuesta de Acuerdo formulada por los interesados**, con expresa cita de los citados artículos 88 LRJPAC y 11.2 del Reglamento, y contar con un anexo en el que figure el Acuerdo aceptado.

La intervención de la Comisión Jurídica Asesora en el procedimiento debe venir recogida en la Orden de reconocimiento de responsabilidad, en el sentido que establecen el artículo 30.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora, y el artículo 33 del Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento de organización y funcionamiento.

(…)

Asimismo dicho borrador no identifica el **órgano que** por parte de la Administración **debe proceder a suscribir el acuerdo**. Debe entenderse que, conforme a los artículos 8 y 13 del Reglamento, el órgano competente **es el mismo que lo es para reconocer la responsabilidad** patrimonial de la Administración.

DCJA 74/2010 pár. 29 a 39

CAPÍTULO VII

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. GENERALIDADES

Antes que nada quiere la Comisión señalar que la **responsabilidad** resultante de los daños acaecidos en las caravanas de los reclamantes puede conceptuarse como **extracontractual o aquiliana**, en tanto que usuarios de un servicio público que han sufrido un daño derivado de su funcionamiento, por lo que procede que entremos a enjuiciarla; aunque tampoco sería descartable, si se entiende que estamos ante un incumplimiento de la obligación de un contrato de guarda y custodia que pesa sobre el titular del establecimiento de camping, que fuera exigida a través de una acción de **responsabilidad contractual,** que debe dirimirse con arreglo a las reglas específicas del contrato suscrito.

En ocasiones resulta **difícil deslindar ambas responsabilidades**, al existir entre ambas una estrecha relación, habiendo **aplicado la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la tesis de la unidad de la culpa civil, para admitir la legitimidad de plantear la demanda entre privados y en casos parecidos a través de los artículos 1902 y 1903 CC, reguladores de la responsabilidad extracontractual, en lugar de recurrir al artículo 1101 y ss CC, reguladores de la responsabilidad contractual.**

DCJA 79/2010 pár. 53 a 54

El asunto que se somete a nuestra consideración reviste cierta complejidad pues son diversas las relaciones y negocios jurídicos formalizados desde que el Ayuntamiento acordó poner en marcha el proceso de construcción y adjudicación de las viviendas tasadas. Por ello, estima la Comisión que es necesario centrar adecuada-

mente su análisis a partir de la concreta reclamación de responsabilidad patrimonial que suscita su intervención (inducida —como se ha señalado— por la decisión judicial de retrotraer el procedimiento de responsabilidad), así como de la propuesta de resolución del Ayuntamiento.

Los reclamantes fundan su pretensión en que la modificación al alza del precio de las viviendas «por mor de una nota informativa emitida por el Director de Urbanismo, contestando una pregunta de la promotora, es nula de pleno derecho por haberse dictado por órgano manifiestamente incompetente y por haberse emitido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», e instan el procedimiento de responsabilidad mientras no se produzca la declaración de oficio de nulidad de la «nota informativa» emitida por el Director de Urbanismo y la exigencia a la empresa de la devolución de las cantidades percibidas como consecuencia de esa «nota informativa».

Así, en puridad el daño que se reclama se anuda a una supuesta ilegalidad producida al modificar el precio de venta que figuraba en el pliego de cláusulas administrativas, sin seguir el cauce procedimental adecuado.

Por su parte, el Ayuntamiento reconoce en su propuesta que existe un vicio en la forma en la que se ha determinado el precio final de las viviendas y estima la responsabilidad directa y solidaria del Ayuntamiento respecto a la actuación de la Sociedad Municipal Agencia de Renovación Urbana y Vivienda, S.A., acordando indemnizar el daño en la cuantía de 1.298.184 euros más IVA. En la propuesta también se requiere a la empresa …, S.A. para que proceda al reintegro a la Hacienda Municipal, por incumplimiento de las obligaciones contractuales y enriquecimiento injusto, de la cantidad de 1.298.184 euros más IVA.

Los términos en que se plantean la reclamación y la propuesta sometida a nuestra consideración exigen algunas consideraciones previas, tanto sobre las relaciones jurídicas que mantienen los implicados en los hechos que dan origen a la reclamación, como sobre la reclamación de indemnización basada en la nulidad de un acto administrativo.

Así, respecto la primera cuestión, cabe señalar que en el caso **existen dos relaciones jurídicas bien diferenciadas**. Por un lado, nos encontramos con un **contrato administrativo entre el Ayuntamiento y la empresa** …, S.A. y, por otro, con un **contrato privado de compraventa entre la citada mercantil y los compradores de las viviendas, hoy reclamantes**.

Ambos contratos tienen diferente naturaleza jurídica y de ello se desprenden consecuencias diferentes para las partes.

En la **primera relación**, estamos ante un contrato administrativo en el que la Administración interviene bajo «el interés público de paliar el déficit de vivienda adecuada

y precio asequible que existe en el municipio al margen de intereses especulativos o económicos». Siguiendo este parámetro de actuación, el Pleno del Ayuntamiento fija las condiciones económicas y jurídicas del contrato en el pliego de cláusulas administrativas que rige la convocatoria para la enajenación de diversas parcelas residenciales a promotores de viviendas de precio tasado y, en concreto, establece el precio de venta que la empresa adjudicataria de la parcela debe cobrar a los usuarios finales de las viviendas y sus anejos vinculados.

Este pliego vincula exclusivamente a las partes contratantes, fijando los derechos y obligaciones que cada una de ellas asume.

Por ello, **la Comisión no puede abordar en el marco de un procedimiento de responsabilidad patrimonial el requerimiento que se hace a la contratista para reintegrar a la Hacienda Municipal lo recibido por los compradores, con base en un incumplimiento de las obligaciones contractuales y enriquecimiento injusto**.

Estas cuestiones escapan al ámbito de la responsabilidad patrimonial y **deben dilucidarse en el correspondiente expediente contradictorio conforme a la normativa de contratación administrativa**.

En la segunda, estamos ante un contrato civil en el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1445 Código Civil); es decir, existen prestaciones recíprocas voluntariamente pactadas.

La participación voluntaria en el procedimiento de adjudicación de las viviendas implica aceptación también voluntaria de un estatus de adjudicatario, del cual surgen derechos, obligaciones y responsabilidades que derivan de la concreta relación jurídica que mantiene con la empresa ofertante de la vivienda.

A la vista de los documentos que obran en el expediente, el precio de adjudicación de las viviendas no se ha dejado al arbitrio de ninguna de las partes (constructora y adquirentes), permaneciendo inalterado desde que se publicita la adjudicación de las viviendas. Por lo tanto, la venta se produjo en el precio convenido, que es el que figuraba en los anuncios publicados por la Sociedad Municipal Agencia de Renovación Urbana y Vivienda, S.A. y que aceptaron con su solicitud a participar en el proceso de adjudicación, y el negocio jurídico fue válido desplegando todos sus efectos.

Desde el primer momento los reclamantes conocieron el precio cierto que debían pagar por su vivienda y lo aceptaron al inscribirse en el registro de posibles adjudicatarios, por lo que, en principio, la invocada subida del precio de adjudicación de las viviendas, en el estricto ámbito de la responsabilidad patrimonial, no puede considerarse en este momento causante de una lesión —en el sentido técnico jurídico del término—. Para que el daño alegado pueda tener ese carácter debe ser antijurí-

dico, condición que en este caso, a juicio de la Comisión, reclama **analizar si la subida de precio fue materialmente contraria a derecho** y, por tanto, generadora de un perjuicio que los reclamantes no estarían jurídicamente obligados a soportar.

Esta vinculación del daño a una ilegalidad en la modificación del precio de venta —y ya entramos en la segunda cuestión a analizar— requiere, como premisa previa para el examen de la supuesta responsabilidad patrimonial, el examen de la conformidad o no a derecho de la modificación.

En efecto, en este caso, **el requisito de la antijuridicidad del perjuicio no puede hacerse descansar en la sola existencia de un cambio en el precio establecido en el Pliego, como si los hoy reclamantes, desde el momento de la adjudicación de la parcela para la construcción de las viviendas, hubieran consolidado un derecho al pago del citado precio, antes incluso de tener la condición de posibles adquirentes.**

Como ha sostenido esta Comisión, **el procedimiento para depurar la responsabilidad patrimonial no resulta vía adecuada para enjuiciar, de forma autónoma, y, en su caso, declarar la ilegalidad de un acto administrativo**. **Tal declaración reclama que previamente se acometa el examen de si tales actuaciones son o no conformes a derecho**. Y, sólo una vez declarada la no conformidad a derecho —de acuerdo con la normativa material y procedimental que resulte de aplicación en cada caso— podrá abordarse el análisis de si concurren o no todos y cada uno de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Porque, **si bien cabe acumular la pretensión indemnizatoria a la declaración de nulidad o anulabilidad de un acto** (o a la declaración de una vía de hecho) —artículos 102. 4 LRJPAC y 31 Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA—, **lo inverso no procede**: no cabe instar el resarcimiento de los daños producidos por la ilegalidad de un acto o actuación administrativa sin que dicha declaración haya sido realizada en el procedimiento (administrativo o judicial) correspondiente.

Tal criterio, estima la Comisión, es recta aplicación de la doctrina según la cual, si bien de la mera declaración (administrativa o judicial) de anulación de un acto administrativo, por no ser conforme a derecho, no cabe derivar automáticamente la existencia de responsabilidad de la Administración, dicha declaración sí es necesaria cuando el daño se conecta y vincula precisamente a la ilegalidad de la actividad, que se erige, así, en título de imputación, pues este elemento es el que permite sustentar la antijuridicidad del perjuicio padecido (requisito inexcusable de la responsabilidad patrimonial, artículo 141.1 LRJPAC).

Si esto es así, con carácter general, con mayor razón deviene de aplicación en este supuesto, pues **la Comisión, con el expediente remitido, no puede emitir pronunciamiento alguno sobre la conformidad a derecho de la «nota informativa»** y, en consecuencia, de la modificación.

Dicha valoración jurídica reclama el desarrollo de un procedimiento específico de revisión, con los trámites y garantías legalmente establecidos, en el que se depure la denunciada nulidad. Acreditada la actuación material de la Administración contraria a derecho, esta Comisión podrá examinar la viabilidad de la pretensión resarcitoria, a la luz de los requisitos exigidos por la responsabilidad patrimonial.

De lo expuesto cabe concluir que **la reclamación**, en los términos en que se formula, **resulta** ahora **prematura** al no poder ser atendida mientras no se declare, por cualquiera de los procedimientos establecidos al efecto, la disconformidad a derecho de la modificación del precio.

DCJA 184/2010 pár. 33 a 55

2. DAÑO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2008 estima el recurso de casación y declara la disconformidad a derecho de la Resolución de 30 de junio de 2002, al considerar aceptable la argumentación de la recurrente, que reitera lo manifestado en la fase ante el Tribunal Superior y ante la Administración, sobre que el tipo adecuado a los hechos probados es el del art. 38.8 del Reglamento de la Academia, en relación con el art. 9.i) del mismo, que tipifica como falta leve el incumplimiento de los deberes de régimen interior impuestos mediante orden de la Dirección o jefatura del internado, que todo lo más —art. 41.1 del Reglamento— hubieran podido determinar una sanción de apercibimiento. Así como que la aplicación del art. 37.11 del Reglamento realizada por la Administración sancionadora, y dada por buena por la sentencia impugnada, venía pues a constituir interpretación extensiva del tipo, que en el fondo era contraria a la más racional que ahora se propugna, y que, en sí misma conduce a una sanción desproporcionada a la real importancia de los hechos.

A partir de ese vicio de invalidez de que adolecía la resolución impugnada, la actuación de la Administración subsiguiente por la que se excluye a la reclamante del curso de formación que se encontraba realizando carecía de amparo y, por ello, la Sentencia declara su disconformidad a derecho. **Resulta**, por tanto, **evidente la antijuridicidad del daño cuando es ocasionado por una resolución ilegal que altera la situación jurídica en la que se encontraba la persona perjudicada antes de producirse aquella y cercena los derechos que se derivan de la misma sin que tenga obligación de soportarlo**.

En cuanto al restablecimiento de la situación creada, señala el TS que «en la fase casacional, lo único que al efecto solicita la recurrente en su escrito de interposición de la casación es, aparte de la revocación de la sentencia y de la anulación del acto administrativo sancionador, que se declare la no adecuación a derecho de la misma, y de la sanción grave impuesta a la recurrente. Sin añadir otras pretensiones indem-

nizatorias, que desde luego no se excluye que puedan llegar a ser suscitadas ante la Administración, en función de la anulación que se decreta de la resolución administrativa sancionadora».

En consecuencia, los daños invocados por la reclamante constituyen una lesión antijurídica determinante de una adicional responsabilidad patrimonial a la Administración. Por lo cual, una vez fijada la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de la misma, o, lo que es lo mismo, el quantum de la indemnización.

DCJA 142/2010 pár. 44 a 47

A) Conducta de la víctima

La propuesta resolutoria municipal acepta la existencia de ese nexo causal y que el daño sufrido por la interesada fue debido a un funcionamiento anormal de un servicio municipal, en la consideración de que la alcantarilla no se encontraba en buen estado, por lo que accede a la pretensión de aquélla.

Sin embargo, según venimos declarando, dirimir si el daño ha sido o no consecuencia del funcionamiento del servicio público en una relación de causa a efecto, lejos de un abordaje desde una perspectiva aislada, requiere el análisis y la ponderación de todas las circunstancias concurrentes. Efectivamente, casos como el analizado no se resuelven con la mera identificación de una deficiencia (tampoco con su negación apodíctica) y vinculación a un daño, pues ha de indagarse su carácter y entidad, para determinar la causalidad y examinar el carácter antijurídico del daño.

Y, valorando los datos facilitados con la consulta que se nos plantea, en este caso entendemos que **la perjudicada con su comportamiento interfirió de manera decisiva en el accidente** y provocó la ruptura del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y la caída.

En primer lugar, la reclamante se colocó voluntariamente en una situación de peligro. Las declaraciones incorporadas al expediente revelan que **aquélla cayó al cruzar la carretera por un lugar que le era conocido y que no está habilitado para el paso de peatones**, y lo hizo precisamente por un punto donde existe una alcantarilla que se halla visible.

Y, en segundo lugar, a lo anterior ha de añadirse que, una vez decidido el cruce por el lugar por donde lo hizo, la reclamante **tampoco transitó por la carretera con la atención requerida** por las circunstancias, que le hubiera permitido percatarse de la existencia de la rejilla y haberla sorteado.

Cuando se transita por una vía no destinada al uso peatonal es previsible la presencia de ciertos obstáculos no habituales en las vías peatonales. En definitiva, **no es exigible el mismo estándar del servicio a una carretera para la circulación de vehículos que a una calzada adecuada al tránsito de peatones**, por lo que la invasión de una zona destinada a vehículos requiere una mayor atención para evitar todo tipo de accidentes.

En relación con lo anterior y a mayor abundamiento, procede apuntar, además, que el desperfecto detectado en la rejilla, teniendo en cuenta su ubicación y el uso principal de la vía en que se sitúa, no constituye una irregularidad con entidad suficiente para generar un peligro para la circulación ni para los transeúntes que accedan a esa calzada atentos a las características de la misma.

En resumen, a juicio de esta Comisión, en el contexto expuesto la conducta de la propia víctima fue decisiva para provocar la caída, al colocarse en la situación de riesgo transitando por una carretera sin prestar la atención demandada por las circunstancias.

DCJA 189/2010 pár. 25 a 32

En este caso el reclamante, padre de la menor accidentada, pretende relacionar el daño sufrido por su hija con la simple existencia de una valla junto a una zona de juegos, obviando que se trata de un elemento de protección provisional y necesario cuando se desarrollan obras de urbanización en zonas urbanas.

Por otro lado, también debe tenerse en cuenta la **edad de la menor** —… años— a la que, aun sin alcanzar la mayoría de edad, **se presupone capacidad de discernimiento suficiente para diferenciar perfectamente entre un elemento de juego urbano existente en un parque y una valla de delimitación de una obra**, pudiendo distinguir también la diferente finalidad de cada una de estos objetos.

Y resulta igualmente relevante el hecho de que **el daño no se produjera por un simple contacto con la valla** —lo que permitiría presumir un mal estado de la misma y, por tanto, un anormal funcionamiento del servicio público concernido— **sino al tratar de subirse a la misma**, poniéndose voluntariamente la menor en situación evidente de riesgo que no cabe atribuir más que a la propia menor y, en su caso, a la persona a cuyo cuidado se encontraba en el momento del accidente.

Finalmente, **tampoco se ha acreditado** por el reclamante **que la valla utilizada para la separación de la zona de obras incumpla norma técnica alguna** o conlleve indefectiblemente un riesgo inasumible para los viandantes, limitándose a aportar una fotografía de una valla similar a la que, a su juicio, causó el accidente, mientras que el contratista ejecutor de la obra ha alegado que se trata de una va-

lla de delimitación de obras habitual, que cumple con los estándares entendidos al efecto. De ahí que esta Comisión **no considere probada la relación de causalidad** entre el daño sufrido por la menor y el funcionamiento del servicio público.

DCJA 217/2010 pár. 29 a 31

En relación con el deplorable aspecto que presentaba la escalera, no resulta sin embargo obviable, a ojos de la Comisión, examinar así mismo la actuación de la propia perjudicada en aras a determinar su grado de coparticipación en la producción del daño; punto de vista que acoge también la propuesta de resolución.

Para ello, ha de valorarse la conducta de la víctima atendiendo a su capacidad para introducir, entre la actuación del servicio público y la lesión padecida, un elemento cualificador con entidad suficiente para romper total o parcialmente el nexo causal, pues, como indica el Tribunal Supremo —por todas, STS 2-3-1996 (RJ 1996/2253)—, «la culpa de la víctima puede ser relevante para atemperar equitativamente la responsabilidad administrativa pero no para eliminarla, salvo que hubiere sido de tal intensidad que suponga una auténtica ruptura de la relación de causalidad» (DDCJA 18/1999 y 47/2000).

Y es que de la documentación que se adjunta a la reclamación se desprende, de igual forma, que **la reclamante era vecina del lugar** y que, por lo tanto, **resulta razonable entender que podía ser conocedora de rutas alternativas que se encontraban en el momento de producirse el accidente en óptimo estado de tránsito, pudiendo haber accedido a la playa sin necesidad de utilizar las escaleras en las que se produjo el accidente**. Tan es así que la propia reclamante en ninguna de las alegaciones formuladas por la misma refuta el argumento consistente en la existencia de itinerarios alternativos adecuados, ni defiende la ruta elegida por la misma como única posible al objeto de acceder a su destino.

Por ello, **debe considerarse la concurrencia de responsabilidad de la reclamante, dado que, pese a existir itinerarios alternativos adecuados, optó por desplazarse a través de una escaleras que presentaban un evidente estado de deterioro en sus tramos finales** en sentido descendente, **constituyendo dicha circunstancia un factor de riesgo apreciable por la víctima conforme a un criterio de elemental prudencia**, más aún tratándose de una persona cuya capacidad de deambulación pudiera verse comprometida por su avanzada edad en el supuesto de verse obligada a reaccionar con rapidez con motivo de cualquier tropiezo o desequilibrio originado por el mal estado del firme.

En este análisis, ha de estimarse por tanto que la conducta de la víctima tuvo una indudable incidencia en dicho nexo causal, por lo que se llega a la conclusión de que, aun existiendo la conexión de causa a efecto entre el actuar administrativo y el daño producido, se debe atemperar y moderar el alcance de la indemnización soli-

citada por entender que la reclamante participó con su actuación en la consecución del daño.

DCJA 245/2010 pár. 25 a 29

De otro lado, no pudiéndose atribuir al elemento urbano una incidencia relevante en el accidente, en el sentido de ser susceptible de incorporarse al curso causal, ya que cumple las condiciones requeridas por el estándar normal de funcionamiento del servicio, tendrá que buscarse la explicación de lo sucedido en otras causas.

Cabe recordar que **los supuestos de caídas de personas mayores**, como el que nos ocupa, **requieren tener en cuenta los condicionantes específicos de la edad**, ya que la literatura científica, no solo advierte de su extraordinario número —según las razones expresadas por un estudio que está llevando a cabo en la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología (SEGG), aproximadamente el 30% de las personas mayores de 65 años pueden caer una vez al año, y este porcentaje se incrementa hasta el 50% en los mayores de 80 años—, sino de la variedad de factores asociados a la presencia de caídas en este grupo de población (pagina www.segg.es). **Las caídas están consideradas un síndrome geriátrico** y muestra de su importancia es el informe de la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre la prevención de las caídas en personas mayores, elaborado en el año 2007 (cuyo contenido se encuentra disponible en la página web del IMSERSO), donde se distinguen factores biológicos (declive de las capacidades físicas y cognitivas, enfermedades crónicas…), factores de comportamiento (medicación, vida sedentaria...), factores medioambientales (en el domicilio: escalones estrechos, superficies mojadas, alfombras, luz insuficiente; en la calle: problemas de diseño urbano, superficies mojadas, aceras rotas o inestables, falta de luz) y factores socioeconómicos (rentas bajas, casas inadecuadas, falta de interacción social...). **La OMS advierte que, en general, los factores medioambientales no son por si mismos los causantes de las caídas sino que éstas se producen por la interacción de los demás factores y su exposición a tales factores medioambientales**.

DCJA 258/2010 pár. 38 a 39

B) Estándares de funcionamiento

Ahora bien, **que los servicios del camping no tuvieran participación directa en el incendio declarado y que no infringieran su deber de vigilancia de las instalaciones, no es bastante para excluir la responsabilidad municipal cuando se alega una falta de previsión en la adopción de las medidas necesarias de seguridad que hubieran evitado la propagación del fuego en el camping o hubieran facilitado su extinción**, con la lógica disminución de los daños causados por éste.

Claro está que esta perspectiva obliga a deslindar la situación jurídica del propietario de la caravana en cuyo interior se produjo el fuego, de la de los restantes propietarios. Pese a que no ha llegado a determinarse la causa concreta desencadenante del fuego, lo que resulta en muchas ocasiones difícil, ya que se consumen los elementos que la generan por la acción del propio fuego —en este supuesto al parecer han desaparecido o no se encuentran localizados—, existe coincidencia en situar su ignición en la nevera; los indicios conducen a tal conclusión, sin que exista otra alternativa igualmente aceptable que pudiera hacer verosímil otra teoría. Pues bien, sobre el titular de la caravana pesa, como titular y usuario de la cosa incendiada, una presunción de culpa, ya que existe una probabilidad razonable de que sea responsable del incendio, como dice la STS de 29 de abril de 2002 (Arz. 2471) máximas de absoluta verdad y entendimiento universal, ínsitas en la misma naturaleza de las cosas, o del elemental deber de cuidado o vigilancia que pesa sobre quien es dueño o está en contacto con las mismas, conllevan una obviedad tal como «que quien tiene la cosa, o habita un inmueble y en él se produce el evento dañoso (el incendio), en principio y salvo que se acredite un «casus», inexistente en el litigio, habrá de pechar con el resarcimiento del daño o lesiones que se produzcan».

En todo caso, siendo el resultado —la destrucción de su caravana— un hecho ajeno a la actuación del camping, no existe nexo causal que permita condenar al Ayuntamiento, por lo que atender su solicitud de indemnización resultaría contrario a la equidad y a la lógica.

O, dicho de otra forma, si lo que se imputa al servicio es una omisión en la activación de las medidas de seguridad que hubieran impedido la propagación del fuego o facilitado su extinción, tal omisión con respecto a la caravana situada en la parcela … no ha resultado relevante, o carece de entidad en relación al acontecimiento producido, porque no hubiera podido impedir que ésta resultare gravemente dañada, dado el alto grado de inflamabilidad de los materiales de los que está hecha.

Una vez precisado esto, procede entrar al análisis de la posible incidencia en el daño sufrido por los restantes campistas del posible incumplimiento por parte del servicio público de sus obligaciones en materia de extinción de incendios.

Cuando se reclama por un daño que se liga directamente **con un riesgo en cuya génesis la Administración no ha participado**, como es el caso, **si bien debe intervenir posteriormente para intentar evitar que esa potencialidad ya constituida se haga acto dañoso o mitigar el alcance de éste, el daño únicamente podrá imputarse al servicio afectado cuando éste haya funcionado anormalmente,** pues si el mismo se ha desarrollado con normalidad, no podrá sostenerse que se ha incorporado al proceso causal incrementando el riesgo preexistente, debiéndose concluir que el daño es materialización exclusiva de tal riesgo.

En el argumento que precede, el carácter del funcionamiento del servicio se contempla desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño a la Administración;

pero también puede contemplarse desde la perspectiva del requisito de la antijuridicidad del daño con el mismo resultado de exclusión de la responsabilidad.

En efecto, puede sostenerse que el Derecho impone a la víctima soportar los daños derivados de eventos desencadenados por la indiligencia de aquélla o por cualquier otra causa ajena al funcionamiento de la Administración Pública, aunque, con posterioridad a la producción de dichos eventos, intervenga ésta en funciones de extinción de incendios, salvamento o atención de emergencias, sin éxito, si tal intervención puede considerarse funcionamiento normal del servicio público.

Este deber de soportar el daño se deriva de la esencia misma de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues cualquiera que sea la forma en que se explique su fundamento (teoría del riesgo, teoría de la socialización de los riesgos o teoría de la igualdad ante las cargas públicas) no es coherente con el mismo que la Comunidad cubra los daños que, proviniendo de causas ajenas al tráfico administrativo, no hayan podido evitarse a pesar del funcionamiento normal del servicio público.

Según se dijo en el DJCA 27/1999: «Para determinar si ha sido normal o anormal el funcionamiento de un servicio público, hay que tener en cuenta no sólo las normas positivas de todo tipo que lo disciplinan (leyes, normas de derecho comunitario, de derecho internacional, reglamentos, circulares internas, etc.), sino, también, el deber de diligencia que razonablemente requieran las circunstancias de cada realización concreta del servicio y el número y grado de los riesgos que conlleve, valorándolas a la luz de los estándares mínimos de seguridad socialmente establecidos respecto de dicho servicio. De tal manera que debería calificarse de anormal, además del funcionamiento que incumpliese dichas normas, aquél que, aun moviéndose en el marco de las mismas, no respondiera a las exigencias del sobredicho deber de diligencia en concreto».

Como ya se ha señalado, el Decreto que regula los campings no establece de forma positiva una serie de deberes en cuanto al número y características de los extintores de incendios o sobre las bocas de incendio o mangueras que deben instalarse en su interior. Sin embargo, sí impone que el sistema sea el adecuado a las instalaciones y capacidad de alojamiento, debiendo instruirse a los guardas en su manejo.

Entiende la Comisión que esa falta de determinación no impide reconocer que tales medios efectivos, conforme a los estándares sociales, vienen constituidos por los referidos extintores y mangueras, en estado y número suficiente para hacer frente a un incendio en las instalaciones de un camping atendiendo a sus posibles dimensiones. Es notorio el grave peligro inherente a un incendio declarado en un lugar como un camping, en el que se produce en un espacio no excesivamente amplio una concentración importante de personas y materiales altamente inflamables (caravanas de poliéster, avances de lona, etc.), por lo que tales medios deben estar dotados de la capacidad suficiente para apagar el incendio con rapidez.

La voracidad con la que el fuego se propagó en el suceso que se analiza es meridianamente ilustrativa del riesgo. Afortunadamente, la temporada y hora en la que prendió evitó la producción de otros daños que no fueran materiales.

Pues bien, así como los extintores estaban disponibles y funcionaron correctamente o, por lo menos, los que los utilizaron no apreciaron que fallaran, no sucede lo mismo con las bocas de agua y mangueras instaladas.

El testigo del suceso declaró que «sacaron la manguera contra incendios y al ir a conectarla a la boca contra incendios la misma no funcionó (no fue posible su apertura)» y en respuesta a la pregunta formulada por los Agentes de la Ertzaintza sobre si pensaba que, siendo posible accionar la boca contra incendios, se hubiera podido sofocar el fuego, manifestó «que es muy probable que sí».

La encargada del camping nada aduce acerca de la boca de incendio y la manguera, debiendo ser ella la que asegurase su debido manejo, ya que tenía que haber estado instruida previamente.

Por su parte, los bomberos también refieren problemas con el agua. No pudiendo repostar por falta de presión en la red, tuvieron que esperar a la llegada de una unidad de refuerzo de otro parque, cargada con 8.000 litros de agua, para terminar la extinción.

En cualquier caso, la negativa a la práctica de la prueba solicitada por los reclamantes debe perjudicar al Ayuntamiento, porque a él le corresponde probar que el servicio actuó con la diligencia debida —lo que en este caso conlleva acreditar los medios disponibles— y no le es imputable omisión de cuidado en grado alguno.

A este respecto debe recordarse que el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos cuyos efectos jurídicos son favorables a su pretensión, y al demandado la de los que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores, aunque en todo caso ha de tenerse presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

En otros ámbitos de la actividad administrativa hemos señalado que 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 el caso analizado, para llegar a delimitar si el servicio público ha tenido incidencia en el accidente resulta clave fijar cuál era el sistema de extinción de incendios instalado en el camping, en particular, cómo cumplía con su obligación de contar con extintores y sobre todo con bocas de incendios en perfecto estado, visibles y de fácil acceso, para poder determinar si ha operado o no como causa eficiente del

siniestro. Sin embargo, la Administración municipal no ha realizado el esfuerzo probatorio necesario para excluir su responsabilidad.

En el caso de que tal sistema no estuviere en perfecto estado, como parece deducirse de la imposibilidad de la apertura de la boca de incendio y de la falta de caudal o presión de la toma, debían haberse explicitado las razones que motivaban tal deficiencia y que las mismas eran ajenas a su responsabilidad. La Comisión no puede aceptar como causa exoneratoria de la responsabilidad municipal el argumento que emplea el instructor en el sentido de que «cuenta con hidrantes y mangueras que las personas que en aquel momento estaban en el camping no fueron capaces de abrirlas y ponerlas en marcha pero que sí que existían».

No es suficiente para cumplir con la deuda de seguridad que tiene contraída para con los campistas con que las medidas de seguridad estén instaladas. **Es necesario que las mismas se activen y resulten efectivas**, debiéndose instruir convenientemente al personal encargado del establecimiento para que cumplan sus finalidades —obligación que se encuentra normativamente establecida—.

A la vista de la instrucción practicada la Comisión no tiene razones objetivas para poder concluir que el servicio municipal respondiera a las cotas de rendimiento mínimo exigidos, tanto en lo que se refiere a la infraestructura dispuesta para el suministro de agua en el caso de incendio, como a la capacitación del personal que debía intervenir para apagarlo.

Por todo lo cual, procede reconocer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento por un funcionamiento anormal, lo que no prejuzga las posibles acciones que pudiera entablar frente al titular de la caravana situada en la parcela ...

DCJA 79/2010 pár. 60 a 84

En efecto, según lo señalado, el expediente acredita que el día de la caída, parte de la acera estaba ocupada por restos de ramas. Pero, con igual certeza, advera no sólo que tal obstáculo no era en sí mismo un residuo peligroso y resultaba perfectamente apreciable, a distancia, por cualquier peatón, sino que las condiciones de la calle permitían sortearlo. Frente al obstáculo o irregularidad que aparece de forma sorpresiva para el viandante que transita por la vía pública, los restos de poda eran visibles sin que pueda obviarse que procedían, según declaración de la testigo, de la actuación de los vecinos de la zona o, lo que a nuestros efectos es determinante, que ningún servicio municipal había intervenido en el abandono de las ramas.

De otro lado, en el expediente obra copia del pliego de **condiciones técnicas para la prestación del servicio de limpieza viaria** y otros afines del término municipal de Donostia-San Sebastián que permite observar una adecuada previsión de las necesidades habituales, sin perjuicio de que —como señala el informe municipal, an-

tes citado— **la retirada de los depósitos incontrolados** —como el abandono por los vecinos en la calle de los restos de las podas que realicen— **se hace cuando se tiene constancia de ellos** («la actuación de este servicio en el caso de depósitos incontrolados en la vía pública es la eliminación de los mismos en cuanto se tenga constancia de ellos»), **sin que dicha constancia pueda darse por acreditada en este caso, a pesar de ser tarea que correspondía a la parte reclamante.**

Por tanto, sólo en un entendimiento de la responsabilidad patrimonial como una suerte de seguro universal —interpretación incompatible con su configuración legal— encuentra sustento la relación causal entre la caída de la reclamante y el funcionamiento del servicio municipal de retirada de residuos de las vías públicas. **El nivel de la obligación pública de mantener y limpiar las aceras** de todo el término municipal, que conlleva la reclamación, **no puede ser acogido por ser desproporcionado**, definirse al margen de las condiciones de tiempo y lugar que presenta el caso y por conllevar un nivel de prestación del servicio difícil de asumir desde la objetiva limitación de los recursos públicos.

DCJA 84/2010 pár. 34 a 36

Es exigible a los usuarios del dominio o de los servicios públicos la diligencia y atención que la generalidad pone en la utilización de los mismos, con lo que **la sola existencia de una imperfección en el servicio público no es suficiente para que surja la responsabilidad de la Administración, sino que la deficiencia debe ser relevante, en el sentido de suponer un peligro en circunstancias de utilización del dominio o servicio público con normal diligencia y atención**.

En el supuesto que analizamos ha quedado acreditado que la reclamante sufrió una caída debido a que la puerta de un ascensor del Hospital de … le atrapó el pie derecho contra el marco, recibiendo otro golpe de la misma puerta cuando estaba en el suelo, sufriendo como consecuencia de tales hechos las lesiones que se recogen en los informes médicos.

El informe del Técnico de Prevención de Riesgos Laborales señala, en relación con los hechos que nos ocupan, que, a pesar de que la célula fotosensible detecta que alguien está cruzando y las puertas retroceden, éstas son muy pesadas y debido a la inercia no frenan a tiempo de evitar el primer golpe, desconociendo las causas del segundo golpe sufrido por la reclamante por la misma puerta cuando se hallaba en el suelo, con parte del cuerpo fuera del ascensor.

La Comisión considera que el mecanismo de cierre de la puerta del ascensor actuó de forma excesivamente violenta, no resultando asumible como estándar de servicio.

DCJA 221/2010 pár. 22 a 25

La precedente conclusión no se ve alterada porque en un **momento posterior se realizara alguna reparación** por el Ayuntamiento pues, tal y como ha señalado la Comisión, **no cabe establecer una relación automática entre actuación reparadora e incumplimiento del estándar de funcionamiento** del servicio de conservación y mantenimiento de las vías públicas. Dicho entendimiento resulta incompatible con el diseño legal del instituto de la responsabilidad patrimonial que impide considerar la reparación como una suerte de reconocimiento tácito de la existencia de responsabilidad por el Ayuntamiento, pues muchas y de muy diversa índole pueden ser las razones de la actuación municipal.

DCJA 247/2010 pár. 25

C) Título de imputación

Ahora bien, dicho informe aboga por considerar que la responsabilidad es solidaria —tras descartar que se pudiera «apreciar en la conducta de los particulares, hecho o circunstancia de la que se pueda deducir alguna indebida o inapropiada, o contraria a las normas a la costumbre o a la razón, de modo que se pudiera entender algún grado de responsabilidad en los hechos»—, en cuyo caso, el Ayuntamiento debe abonar la totalidad del importe al que asciende la indemnización (artículo 1137 y ss del Código Civil).

Como consecuencia de la naturaleza solidaria de la obligación de indemnizar, los reclamantes pueden elegir a quién reclamar. En este caso han dirigido su solicitud contra quien consideraban que le había causado el daño, lo cual es correcto y nada cabe objetar a su pretensión, sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso que pueda ejercer el Ayuntamiento frente a la Administración del Estado, que deben ventilarse en otro procedimiento y que no les afectan.

En cualquier caso, la Comisión entiende que, en este caso, a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 140.2 LRJPAC.

Como señala la **STS de 23 de noviembre de 1999** (Arz. 1370/2000):

> El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 10115), de la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones no sólo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas «colegiadas» de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competen-

cial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquéllas (v. gr., sentencia de 13 de febrero de 1997 [RJ 1997, 902], recurso número 14259/1991).

Sin embargo, **tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes**. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño (v. gr., sentencia de 15 de noviembre de 1993).

Esta es la doctrina que viene hoy a consagrar la Ley 4/1999, mediante la modificación operada en el artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico citado, pues aplica el criterio de solidaridad cuando exista gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas (sin perjuicio de que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta pueda determinar la distribución de la responsabilidad), pero añade que en los demás casos de concurrencia la responsabilidad solidaria sólo jugará cuando no sea posible la determinación de la responsabilidad de cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

Estudiadas con detenimiento las circunstancias del accidente y a la forma en la que ambas administraciones ejercitaron su competencia, no cabe atribuir idéntica relevancia a su actuación, teniendo un **mayor protagonismo en la producción del daño la Administración municipal**.

(…)

Pues bien, a tenor del informe de la Asesoría Jurídica municipal —que analiza de forma completa la problemática jurídica que plantea el asunto—, dos elementos concurren en la producción del daño. El desprendimiento de rocas, que se origina en una parcela municipal, y el acceso al lugar de los jóvenes, sin que estuviera instalada ningún tipo de medida que les impidiera el paso o advertencia informada de que en dicha zona y lugar son frecuentes los desprendimientos de rocas.

En cuanto al primer elemento causal, que imputa al Ayuntamiento el incumplimiento del deber de conservación de sus bienes, estima la Comisión que las características orográficas —en una ladera al borde del acantilado— y geológicas —conformado por material de arenisca y expuesto a la acción del frío y el agua— del terreno podrían dificultar la adopción de medidas satisfactorias que evitaran los desprendimientos. Distinto es que, resultando aquéllos frecuentes, no se utilizaran medios eficaces para contener que las rocas pudieran precipitarse sobre el sendero —colo-

cando una barrera dinámica u otro tipo de protección— y frenar su caída libre desde una altura de 40 metros sobre los ciudadanos que paseaban por la zona.

En cuanto al segundo elemento causal, existe una continuidad desde el paseo … y el camino que transcurre por las faldas del monte …, siendo éste habitualmente transitado por ciudadanos con la intención de pasear hasta la punta de … y disfrutar desde allí las vistas de la bahía.

Los propios servicios municipales han venido a reconocer: (i) la certeza del riesgo, ya que han manifestado que los desprendimientos de rocas sueltas en esta zona son relativamente frecuentes, y no solo en zona no urbana, sino también en la zona urbana de la explanada de …, donde el Ayuntamiento tiene dispuestas una serie de barreras dinámicas para protegerla de estos desprendimientos; y (ii) **la posibilidad de evitarlo,** bien colocando barreras dinámicas, bien disponiendo vallas que impidieran el paso al camino o colocando señales informativas que advirtieran del peligro al final del paseo y antes del camino, solución que se adoptó después para evitar nuevos accidentes.

A juicio de la Comisión, **es este segundo factor de causalidad el verdaderamente decisivo y la imputación al Ayuntamiento descansa en las facultades que el ordenamiento le atribuye tanto en materia de seguridad en lugares públicos como en materia de protección civil,** letras a) y c) del artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local.

Las circunstancias de accesibilidad, concurrencia de ciudadanos, proximidad de la zona y conocimiento de la peligrosidad del lugar obligaban a adoptar las medidas necesarias para preservar la integridad física de los ciudadanos, medidas que son inherentes a la salvaguardia de la seguridad y protección civil que le han sido confiadas en beneficio del interés común.

A la luz de la Ley 1/1996, de 3 de abril, de Gestión de Emergencias (artículos 1, 7 y 23), el municipio no sólo debe localizar e identificar los focos de peligro susceptibles de producirse en el término municipal y, dentro de éstos, los riesgos naturales como consecuencia de movimientos de terrenos —deslizamientos y desprendimientos—, sino que también debe tomar las medidas de carácter corrector necesarias (como pueden ser la colocación de barreras dinámicas o la señalización) para hacer frente, controlar o aminorar sus consecuencias.

En orden a la imputabilidad a la Administración del Estado, ésta no se percibe con idéntica intensidad, sin que prejuzguemos la suerte que podría correr la reclamación que el Ayuntamiento podría dirigir en vía de regreso, que tendría que dilucidarse en el oportuno expediente y tras seguirse el correspondiente procedimiento.

Es cierto que **la zona donde se produjo el accidente tiene la consideración de zona de dominio público marítimo terrestre**, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 3.1.a) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Así se encuentra delimitada en el plano de deslinde aprobado mediante Orden ministerial de 4 de febrero de 2000.

Este hecho, sin embargo, no resulta concluyente, en este caso, para apreciar la existencia de un titulo de imputación del daño. Ha de recordarse a tal efecto que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, **la titularidad del dominio público estatal no supone, per se, la atribución de competencias al Estado**. Así, en las sentencias 227/1988, de 29 de noviembre (FFJJ 14 y 15), y 149/1991, de 4 de julio (FJ 4.A), se precisa que la propiedad pública de un bien es, en efecto, separable del ejercicio de aquellas competencias públicas que lo tienen como soporte natural o físico, pues ni las normas que distribuyen competencias entre las Comunidades Autónomas y el Estado sobre bienes de dominio público prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas, ni la titularidad estatal del dominio público constitucionalmente establecida predetermina las competencias que sobre él tienen atribuidas el Estado y las Comunidades Autónomas.

Tampoco excluye tal calificación la competencia propia de los Ayuntamientos, en aquellos ámbitos de actuación que les han sido reconocidos por la legislación local general o la legislación sectorial, donde se definen las tareas que dentro de la materia han de asumir los entes locales.

La competencia sobre el dominio público marítimo-terrestre se configura esencialmente como un título atributivo de facultades dirigidas a la determinación, protección, utilización y policía del mismo, para lo cual el Estado tiene que disponer de un conjunto de potestades que aseguren el ejercicio de dichas competencias, que vienen expresamente recogidas en el art. 110 de la Ley 22/1988, de Costas, y que en el supuesto analizado son ejercitadas por la Demarcación de Costas del País Vasco dependiente del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (en la actualidad).

En concreto, las facultades de tutela y policía que le atribuye el ordenamiento están orientadas a asegurar la protección del dominio público y garantizar su libre utilización (artículo 31 Ley de Costas).

Pero tales facultades no excluyen las competencias municipales que en materia de seguridad en lugares públicos dentro del término municipal ostenta la Administración Local (en lo que se refiere a las playas y lugares públicos de baño la propia Ley de Costas las preserva en su artículo 115 y en términos análogos el artículo 208 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre).

Pues bien, considera la Comisión que, e**n el supuesto examinado, desde el punto de vista del interés público tutelado tienen mayor relevancia las competencias**

que en materia de seguridad y protección civil ostenta el Ayuntamiento (facultades que no ha activado), **que la de protección del dominio público que corresponde a la Administración del Estado**, para preservar su adecuada conservación y utilización racional por parte de todos.

DCJA 22/2010 pár. 31 a 53

Pues bien, ante un supuesto en el que se aprecia una participación concurrente de varias administraciones, el artículo 140 LRJPAC plantea dos posibilidades, según esa concurrencia derive, o no, de una gestión conjunta debidamente instrumentada.

Cuando, como en este caso, esa participación no deriva de una actuación conjunta debidamente formalizada, la responsabilidad para cada Administración debe fijarse atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. Finalmente, el apartado 2 in fine de este artículo cierra el sistema señalando que, cuando esa determinación tampoco resulta factible, la responsabilidad será solidaria entre las administraciones implicadas.

En este mismo sentido, el Tribunal Supremo también señala que, en principio, **cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, bien desde el punto de vista sustantivo, acudiendo al criterio del beneficio revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las administraciones intervinientes, se impone la imputación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa, excluyendo a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias** (por todas, SSTS de 5 de mayo de 2005 y de 26 de junio de 2007). Ahora bien, sustentándose en la efectividad del principio de indemnidad, esa misma Jurisprudencia admite igualmente **la responsabilidad solidaria cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias administraciones, o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada, imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el perjudicado**.

Las circunstancias en las que se presenta el presenta caso se corresponden precisamente con la última situación descrita, de tal forma que surgen dudas sobre la Administración a cuya iniciativa debe atribuirse la existencia del hierro causante del incidente. Es decir, **se advierte con cierta claridad la implicación de ambas administraciones, pero el expediente no permite discernir el grado de participación de cada una de ellas en la producción del daño**.

La falta de esclarecimiento apreciada en torno al estado de montaje de la marquesina en la fecha del accidente debe además ser atribuida, en virtud del principio de facilidad de la prueba, a las administraciones afectadas, y no debe perjudicar a la reclamante, quien ha acreditado la existencia de los requisitos necesarios para con-

siderar que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, al señalar como causa del accidente un hierro colocado en la vía pública a unos 25 cm. de altura, sin protección alguna y en una parada de autobús —con o sin marquesina— aún carente de iluminación.

Por un lado, como decimos, no resulta controvertido el hecho de que **nos encontramos ante un elemento adscrito a una línea de transportes de titularidad foral, pero, por otro lado, ello no obsta el hecho de que se encuentre en la vía pública, cuya vigilancia y mantenimiento en condiciones de seguridad corresponden al Ayuntamiento**, título de imputación que aparece con mayor intensidad si finalmente estuviésemos hablando de los arranques preinstalados en el marco de unas obras de reurbanización realizadas por el Ayuntamiento, no señalizadas, y en un entorno sin iluminación.

En definitiva, **la concurrencia de la actuación de ambas administraciones, junto con las dudas en torno a si el factor causante de la caída se presenta como parte de las obras de reurbanización atribuibles al Ayuntamiento o como un elemento de la marquesina adscrita al servicio de Bizkaibus de la Diputación Foral, nos lleva a apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, sin perjuicio de que tampoco pueda excluirse la responsabilidad, con carácter solidario, de la Diputación Foral**, lo que permitiría a la reclamante decidir a cuál de ellas dirigir la reclamación para que responda por su integridad, al margen del posterior reparto interno que finalmente resulte entre ambas.

DCJA 58/2010 pár. 28 a 34

La reclamante considera que el daño sufrido por su hijo es consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos, dado que el accidente ocurrió por deficiencias de las instalaciones del campo de Mendizorrotza, titularidad del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

El Instructor, por su parte, propone desestimar la reclamación por no apreciar relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos municipales y los daños alegados, dado que el incumplimiento por parte de la sociedad deportiva de las obligaciones tanto legales, como del convenio suscrito entre ésta y el Ayuntamiento, hace que la responsabilidad sobre los daños del accidente recaiga exclusivamente sobre el Deportivo Alavés, debiendo la interesada dirigir su reclamación a dicha entidad.

Para la resolución del presente caso ha de dilucidarse, en primer lugar, si el accidente sufrido por el hijo de la reclamante se produjo como consecuencia del funcionamiento de algún servicio público, y a este respecto la Comisión entiende que de la documentación que obra en el expediente no puede deducirse tal cosa, pues **el hecho de la cesión de uso de las instalaciones deportivas de Mendizorrotza por el Ayuntamiento**

al Deportivo Alavés SAD, para la práctica del fútbol, no supone la asunción como servicio público por parte del ente local de la actividad que en el mismo se desarrolla, sino que constituye una actuación de fomento de la actividad, mediante la técnica de la subvención, que en este caso adopta la forma de cesión de uso de un bien público a un ente privado que es el que asume la actividad como propia.

Por otra, la causa del accidente, según señala el informe del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento, se debió a la inexistencia de asientos en las gradas situadas en la parte posterior de una de las porterías, que fueron retiradas por el Deportivo Alavés SAD, y a la presencia irregular de espectadores de pie en el mismo lugar, lo que posibilitó que se produjera, en un momento determinado, una avalancha de gente sobre la valla que separa a los espectadores de un foso y del terreno de juego, valla que, no estando diseñada para aguantar tanta presión, cedió, originándose numerosas caídas de gente al foso y consecuentemente diversas lesiones.

Interesa precisar, en relación con la presencia de espectadores de pie y la retirada de los asientos de determinadas zonas, que el artículo 100 del la Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte del País Vasco, dispone que las localidades de las instalaciones deportivas en que se disputen competiciones oficiales de carácter profesional deberán ser numeradas y disponer de asientos para todos los espectadores.

En relación con la existencia de foso y valla, aparte de lo previsto en el convenio sobre el deber del club de conservación y mantenimiento de las instalaciones, no consta en el expediente que su existencia infrinja normativa de seguridad alguna y, en cualquier caso, **corresponde al Deportivo Alavés SAD, como organizador de los eventos deportivos, el establecimiento de las medidas que sean necesarias para garantizar la seguridad de los asistentes y jugadores**.

En este sentido, el artículo 19.2 de la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, dispone que el organizador asume la responsabilidad derivada de la celebración del espectáculo o actividad, respondiendo de los daños que, como consecuencia del mismo, pudieran producirse por su negligencia o imprevisión.

Igualmente, en el artículo 5 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, Contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, se hace patrimonial y administrativamente responsables de los daños y desórdenes que pudieran producirse a los organizadores de los espectáculos deportivos.

Consecuentemente, la Comisión entiende que no existe nexo causal entre los daños sufridos por el niño A.S.A. como consecuencia del accidente sufrido en el campo de Mendizorrotza, el día 3 de noviembre de 2007, y el funcionamiento de los servicios públicos municipales de Vitoria-Gasteiz.

DCJA 185/2010 pár. 22 a 30

Sentado lo anterior, resta dilucidar si la responsabilidad es imputable al Ayuntamiento o es desplazable a la **Junta de Compensación**, como sugiere la propuesta de resolución, al estimar que era la encargada de las obras de construcción del parque, que no se hallaban finalizadas ni entregadas al Ayuntamiento en la fecha en que ocurrió el siniestro.

Como punto de partida del análisis hemos de tener en cuenta que en el Boletín Oficial de Gipuzkoa número 18, de 29 de enero de 2002, se publicó el Acuerdo del Ayuntamiento de 13 de noviembre de 2001 por el que aprueba, con carácter inicial el Proyecto de Estatutos y bases de actuación de la Junta de Compensación de la Unidad de Ejecución …, con el contenido que se publicita. Esa Junta se constituyó —según expresan los Estatutos— al amparo del Texto Refundido sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril (Ley del Suelo), que, junto con otra normativa vigente en ese momento, citada en la disposición final de los Estatutos, actúa como supletoria para regir la actuación de la Junta de Compensación.

Los Estatutos y la normativa urbanística de aplicación caracterizan la Junta de Compensación por su naturaleza administrativa y por disponer de personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (artículo 3 de los Estatutos, conforme al artículo 127.3 de la Ley del Suelo). Se configura, así, como agente descentralizado de la Administración urbanística en cuyo lugar actúa (STS de 12 de mayo de 2005). En ese sentido, según el artículo 175 del Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, «las obras de urbanización que se ejecuten en el polígono o unidad de actuación por el sistema de compensación serán a cargo de la Junta».

Asimismo, conforme a ese marco regulador, **la conservación de la urbanización será a cargo de la Junta hasta la finalización de las obras de urbanización y su recepción por parte del Ayuntamiento**, debiéndose constituir una Entidad Urbanística de Colaboración en relación con los espacios comunitarios, para su conservación y mantenimiento (artículo 23 de los Estatutos, en conexión con el artículo 182 del Reglamento de Gestión Urbanística).

En contrapartida, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 67 del citado Reglamento, **una vez efectuada la cesión de las obras de urbanización corresponde al Ayuntamiento su conservación y el mantenimiento** de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos.

En esa línea, en el régimen actual el artículo 197.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo, establece que «la urbanización es, desde el comienzo de su ejecución en el régimen público, y desde su entrega y recepción por la Administración en el régimen privado, una obra de titularidad pública que conlleva el deber de conservación por parte del ayuntamiento».

Lo anterior no permite, en cambio, obviar que, sin perjuicio de su plena capacidad jurídica, **la Entidad Urbanística actúa en el desarrollo de sus funciones bajo la tutela y control del Ayuntamiento**, que participa para el ejercicio de esas funciones como asociado a la Junta a través de un representante (así lo prevén los artículos 5 y 9.4 de sus Estatutos).

Ello es así porque con el sistema de compensación se pretende la realización, no sólo de viviendas, sino de las obras de urbanización y, por tanto, de una obra pública, cuya titularidad corresponde a la Administración municipal. Así, importa destacar, no sólo las facultades reconocidas a la Administración para vigilar la ejecución de las obras e instalaciones (artículo 175.3 del Reglamento de Gestión Urbanística), sino las cláusulas que, según el artículo 176.3 del mismo Reglamento, debe necesariamente contener todo contrato de ejecución de obra concertado por la Junta de Compensación, entre las que destaca, en lo que ahora importa, la obligación de la empresa de facilitar la acción inspectora de la Administración actuante (el artículo 6 de los Estatutos de la Junta de Compensación contiene una disposición en ese sentido).

Es por ello que en el DCJA nº 79/2005 afirmamos que, «en opinión de la Comisión, el hecho de que estemos ante un caso en el que para ejecutar el planeamiento el Ayuntamiento utilice el sistema de compensación (como uno de los tres sistemas de actuación, para la ejecución sistemática del planeamiento, que recoge el Texto refundido, caracterizado por el hecho de que los propietarios de terrenos incluidos en una Unidad de Ejecución asumen la totalidad del proceso de ejecución del planeamiento) no deja totalmente al margen a la Administración municipal, ni la exime de un deber con relación a los viandantes de garantizar unas objetivas condiciones de seguridad para el tránsito de vehículos y personas (arts 25. 1, d) y 26. 1 a) de la LBRL)».

Ahora bien, tomando en consideración las circunstancias que presenta el caso sometido a consulta, y en aplicación del marco regulador analizado, hay que aceptar (i) que las deficiencias en la disposición de la puerta de acceso al parque son de la incumbencia de la Junta de Compensación, obligada a ejecutar las obras de urbanización y a conservarlas hasta su entrega al Ayuntamiento; (ii) que a la fecha del accidente no se había producido la recepción de la obra por el Ayuntamiento, por lo que no era el momento de realizar actuaciones de comprobación de la situación en que se encontraban las obras, demorado hasta su entrega; y (iii) que el estado deficiente de la puerta no era evidente, por lo que el Ayuntamiento no tenía motivos para suponer que podía generar un peligro para los viandantes.

En definitiva, la conclusión a la que ha de llegarse es que, por las razones anteriores, **no puede apreciarse la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento al no serle imputable** el daño producido, por lo que quiebra un presupuesto esencial para exigir tal responsabilidad.

DCJA 151/2010 pár. 33 a 43

3. ANTIJURIDICIDAD

A) Deber de soportar la carga

Para dilucidar si el daño producido por una **actuación administrativa inválida** debe o no ser calificado de lesión antijurídica, la jurisprudencia (ss TS (3ª) de 5.2.1996 y 10.3.1998) distingue entre:

a) los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de **potestades regladas** en las que, mediante la aplicación de datos objetivos, hubiera debido declararse un derecho preexistente; y

b) aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de **potestades discrecionales** en las que en la aplicación de la norma al caso la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados.

En el primer caso, la lesión que pueda efectivamente producirse por el acto administrativo posteriormente invalidado **debe ser calificada de antijurídica**, dado que la persona interesada no tiene el deber de soportar el que la Administración, en la aplicación de la norma al caso concreto, haya desconocido los datos objetivos cuya atención hubiera determinado la declaración de reconocimiento de derecho a favor de la persona reclamante.

En tanto que, **en el supuesto en el que el acto invalidado dimane del ejercicio de potestades discrecionales o de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados**, en los que la Administración goza de un margen de apreciación, en estos casos **la persona afectada debe soportar el perjuicio siempre que la actuación administrativa** (aunque de forma inválida) **se haya mantenido dentro de márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir**; y sólo cuando ello no ocurre aparecería el carácter antijurídico del daño.

DCJA 97/2010 pár. 26 a 30

En relación con los supuestos de reclamación de daños y perjuicios derivados de la **anulación de un acto administrativo** —como la planteada en el presente caso—, el artículo 142.4 de la LRJPAC señala que dicha anulación no presupone derecho a una indemnización.

Esa previsión legal ha sido interpretada por la Comisión, al igual que hace el Consejo de Estado, en el sentido de que «**el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisito de acredi-**

tación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Por el contrario, para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho del particular a percibir una indemnización deben concurrir los presupuestos generales de aquélla» (Dictámenes 3/2001, 70/2003, 181/2007, y 263/2008, entre otros).

Tal declaración es compatible con la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo, en el sentido de que, como recuerda la Sentencia de 13 de octubre de 2001, «si bien es cierto que, con arreglo al art. 142.4 de la LRJAP y PAC la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, no lo es menos que este precepto (…) no establece un principio de exoneración de la responsabilidad de la Administración en tal caso, sino que, antes al contrario, afirma la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto originador para que la responsabilidad patrimonial pueda nacer siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto».

Siguiendo esta doctrina, el mismo Tribunal, en Sentencia de 16 de septiembre de 2009, advierte que en los supuestos de anulación los requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración han de ser examinados con mayor rigor que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos, en cuanto que éstos en su normal actuar participan directamente en la creación de riesgos de producción de resultado lesivo, añadiendo que: «en consecuencia el matiz diferencial, de existir, hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismos la ausencia del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, a la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

(…)

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto (…) puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado».

El mismo Tribunal, en Sentencia de 17 de marzo de 2009, declara: «Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre

la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96 (RJ 1996, 987), 4-11-97 (RJ 1997, 8203), 10-3-98, 29-10-98, 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados».

Expuesto lo anterior, para apreciar la concurrencia de antijuridicidad es necesario tener en cuenta los hechos relevantes que rodean a la autorización anulada, los fundamentos esgrimidos por el Departamento de Sanidad para autorizar el traslado y los fundamentos jurídicos de la sentencia que declara la anulación de dicha autorización.

El reclamante en su escrito inicial afirma: «El Departamento de Sanidad me concedió una autorización que posteriormente fue anulada por el TSJPV, y que, como señala el propio órgano judicial, me debería haber denegado». Por ello, alega que ha sufrido unos daños económicos consistentes en todos los gastos derivados de la financiación de la compra de local, traslado, puesta en funcionamiento y apertura de su oficina de farmacia en el local de la calle …7 y que, por el hecho de haber sido anulada la autorización de traslado, se ve en la obligación de volver a soportar dichos gastos a fin de hacer efectiva la ejecución de la sentencia mediante su traslado al local del número 21.

Con carácter previo, hemos de manifestar que, en general, los procesos sobre autorizaciones de farmacia son supuestos ampliamente discutidos a la vista de la numerosa jurisprudencia sobre esta materia, con soluciones particulares en razón de las peculiares circunstancias de cada caso, sin que en lo que se refiere al supuesto analizado estuviéramos ante una cuestión pacífica y ya resuelta de manera precedente y definitiva por los Tribunales, como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2009, dictada en un supuesto similar.

Además, atendiendo a los fundamentos de la sentencia y a los argumentos de las partes, incluidos los del reclamante, fácilmente se advierte que están basados en la interpretación del artículo 15.3 de la Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y en el forma de proceder a su medición recogida por el Decreto 430/1994, por el que se determinan las distancias entre las oficinas de farmacia y entre éstas y los centros sanitarios dependientes del Servicio Vasco de Salud/Osakidetza, así como el procedimiento para su medición.

En este caso, aunque nos encontramos ante una potestad reglada de la Administración, de modo que la autorización de traslado se encuentra vinculada a la verificación de una serie de requisitos, **la actuación enjuiciada no conlleva una aplicación mecánica de la norma extrayéndose la consecuencia jurídica con la simple subsunción del supuesto de hecho en la descripción de su proposición**

normativa. Por el contrario, es evidente que **aquella no incluye una definición agotadora de todos los elementos a valorar para alcanzar la única solución posible a la vista de las circunstancias concurrentes**, y así lo reconoce la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que parte en su razonamiento de la imprecisión normativa:

> Como hemos indicado el art. 15.3 de la Ley 11/94 contiene esta previsión específica, señalando una distancia de 150 metros entre una nueva oficina de farmacia (por nueva apertura o traslado) y un centro sanitario dependiente de Osakidetza. El D. 430/94 de 15 de noviembre, que desarrolla el art. 15 de la Ley 11/1994 de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica del País Vasco, contempla en su art. 3 como punto origen de la medición una farmacia ya instalada; y en el art. 4, como punto origen de la medición un centro sanitario del Servicio Vasco de Salud Osakidetza, señalando que, en éste caso, el punto objeto de la medición es el centro del acceso peatonal desde la vía pública, bien sea al edificio o al espacio libre privado que pueda existir ante el edificio aunque este espacio esté cerrado por puerta o valla alguna. La normativa de desarrollo parte, como puntos de origen, de elementos preexistentes: una farmacia ya instalada (para medir desde ella la distancia respecto de la de nueva instalación) y un centro sanitario existente (para medir desde el mismo la distancia de la nueva farmacia). Por O. de 5.11.95, resoluciones posteriores, y finalmente por O. de 7.5.02, del Consejero de Sanidad, se relacionan qué centros sanitarios dependientes de Osakidetza lo son a los efectos de lo dispuesto en el D. 430/1994. Se trata de centros existentes.
>
> No se contempla ninguna previsión reglamentaria concreta dirigida a evitar que entre que se proyecta un centro sanitario y se construye, y, entra finalmente en funcionamiento, se impida la instalación de nuevas oficinas de farmacia a una distancia inferior a los 150 metros que prevé el art. 15 de la ley 11/1994 (la negrita es nuestra); y ello aunque resulta claro que como sostiene la parte recurrente, conociéndose que se va a instalar un nuevo centro sanitario, puede surgir un interés entre los farmacéuticos para aproximar su oficina de farmacia al mismo; e igualmente, que si no es posible la denegación de la autorización de traslado, por razón de la distancia del centro sanitario, hasta que este incluido en la correspondiente relación (centros ya existentes) es muy probable que se produzca la instalación de una nueva oficina de farmacia, por traslado, a una distancia inferior a 150 metros de un centro sanitario, en este período intermedio entre que se proyecta, se construye y se abre el centro sanitario.

Es esa misma imprecisión la que conlleva que el Tribunal deba fundamentar su decisión, tras ponderar el alcance del límite, a la vista de dos criterios hermenéuticos, el principio pro apertura, clásico en la doctrina jurisprudencial y que guía la interpretación del régimen aplicable a las farmacias, y el principio del interés del sector farmacéutico, para evitar situaciones de privilegio por razón de la ubicación de la farmacia, que ha querido preservar el precepto legal —pese a que tal finalidad debe también inferirse, puesto que, como afirma el TSJPV en la citada Sentencia: «La Ley 11/94 en su exposición de motivos no hace una referencia explícita a las razones que llevaron al legislador a fijar un régimen de distancias concreto imponiendo la obligación (deberá) de que las nuevas oficinas de farmacia respeten una distancia no inferior a 150 metros respecto a cualquier centro sanitario dependiente del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza—».

Así lo señala expresamente: «Al tratarse de una limitación de derecho subjetivo de los farmacéuticos debe entenderse de interpretación estricta, pero en términos que permita la operatividad de la finalidad del precepto. Desde esta perspectiva interpretativa estima la Sala que cuando la Administración ya ha decidido la construcción de un centro sanitario, no podría autorizar una solicitud de traslado que tenga por finalidad el acercamiento a menos de 150 metros del lugar previsto de ubicación porque ello vaciaría de contenido la finalidad perseguida por el precepto legislativo».

Por lo tanto, **la interpretación de la norma efectuada por la Administración, si bien no fue la interpretación correcta del precepto, a la vista de una interpretación finalista del mismo, no puede negarse que tenía apoyo en la ausencia de una especificación normativa que determinara la regla aplicable en supuestos en los que todavía no existe centro sanitario y en base al principio pro apertura**.

Es por ello que la valoración que efectuó la Administración, aunque fuera desacertada, **no** puede considerarse que **excedió los límites de una interpretación razonable, ni puede calificarse de arbitraria** a los efectos de la responsabilidad patrimonial que ahora estamos examinando. Esto es, la recordada doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de las dificultades interpretativas que provocan determinados conceptos o extremos es invocable en este caso.

Además, en este contexto y para analizar la obligación de soportar el daño, cabe recordar: (i) que estamos ante una autorización administrativa fundada en la previa solicitud voluntaria del interesado y en la comprobación de una serie de circunstancias en el momento de la solicitud; (ii) que la farmacia obtuvo autorización de instalación el 10 de junio de 2004 y que la autorización para instalación en el número 21, tras la sentencia, se concedió mediante Resolución de 14 de agosto de 2009, luego no ha existido la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada; (iii) que los recursos planteados contra la resolución administrativa que han desembocado en la sentencia anulatoria han sido instados por personas legítimamente interesadas pero ajenas a la Administración, tratándose de un conflicto de intereses entre los propios farmacéuticos; y (iv) que el reclamante ha tenido conocimiento de dichos recursos y ha tomado parte en los procesos, tanto en vía administrativa como judicial, defendiendo que la resolución administrativa era legal y ajustada a derecho; esto es, el propio reclamante fue parte connivente con la Administración y beneficiario de la resolución adoptada, por lo que no puede, tras la anulación judicial, intentar soslayar las consecuencias de sus propios actos que, en un momento anterior, consideró que favorecían a sus intereses.

En definitiva, **en todo momento ha estado cuestionada la resolución de autorización previa de traslado, de manera que el reclamante en ningún momento ha actuado teniendo la certeza de contar con una resolución firme, manteniéndose la duda hasta la firmeza de la Sentencia anulatoria**.

Cuando el reclamante decidió el traslado efectivo de su oficina de farmacia lo hizo de forma voluntaria y conociendo las circunstancias que rodeaban a la autorización posteriormente anulada, **asumiendo con ello los gastos que conllevaba**. Por lo tanto, no puede imputar a la Administración los gastos que le ocasionó su decisión, ya que pudo esperar hasta que su situación jurídica quedara enteramente clarificada, conociendo perfectamente que el acto no era firme y que otros farmacéuticos exigían su revisión.

DCJA 39/2010 pár. 23 a 39

En este caso el fundamento de la reclamación reside, según afirma el reclamante, en que, debido a las obras de construcción del parking de la Plaza de …, el establecimiento de bar restaurante que regenta quedó «absolutamente bloqueado» desde el inicio de las obras hasta su finalización, teniendo que soportar también polvo y ruido, lo que le ocasionó importantes perdidas económicas.

Los servicios competentes del Ayuntamiento afirman, sin embargo, que el acceso peatonal al Bar … no se vio interrumpido en ningún momento como consecuencia de la obra, y que únicamente el tráfico rodado que comunica la calle … con la calle … se interrumpió entre el día 7 de agosto de 2008 y el 2 de noviembre de 2009, lo que no ha sido contradicho por don ARB.

Estamos, por tanto, ante un supuesto de funcionamiento normal de un servicio público, que ha podido producir un perjuicio económico a un particular, por lo que habrá que determinar si ese particular tiene o no obligación de soportarlo.

El Consejo de Estado ha venido manteniendo que la situación de contigüidad de un inmueble con una carretera no constituye un derecho, sino un simple interés sin contenido patrimonial y que deriva de la relación general de uso público de las vías. En consecuencia, cualquier alteración de las condiciones de acceso al inmueble como consecuencia de la ejecución de una obra pública, en tanto no signifique la privación de acceso a la finca, constituye una carga general que los administrados tienen el deber jurídico de soportar, sin que sus consecuencias puedan conferir efectos indemnizatorios (DCE 549/1996).

La Jurisprudencia, como dice la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 19 septiembre 2008 (RJ 2008\7102), se ha pronunciado en reiteradísimas ocasiones en relación a pretensiones de responsabilidad patrimonial basadas en la realización de obras de ampliación, mejora o cambio de trazado de carreteras, rechazando la antijuridicidad del daño y apreciando la necesidad de soportar éste, salvo en los supuestos de aislamiento total de la finca o establecimiento donde se estima se ha producido el daño.

La STS de 23 de marzo de 2009 (RJ 2009,2502) perfila las notas distintivas del daño para que pueda ser considerado ilegítimo, señalando que la cuestión consiste en in-

dagar si el perjuicio sufrido por una persona supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impone a uno exceden de las que impone al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría, singularizándose en el patrimonio de la actora.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, ha de deducirse que, **no habiendo quedado afectado el acceso peatonal al negocio del reclamante, como consecuencia de las obras, ni haberle afectado al mismo las restricciones y perjuicios generados de forma distinta a lo que lo han hecho al conjunto de los ciudadanos y actividades comerciales de la zona, los daños no pueden considerarse antijurídicos**, viniendo obligado el reclamante a soportarlos.

DCJA 229/2010 pár. 17 a 23

B) Fuerza mayor

Como viene sentando la jurisprudencia, «entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél, por lo que no son admisibles, en consecuencia, restricciones derivadas de otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que —válidas como son en otros terrenos— irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» (STS de 4 de junio de 2002 —RJ 2002\6292—).

Según esa misma línea jurisprudencial, la consideración de hechos que pueden determinar la ruptura del nexo causal, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor —única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente—, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

En la fuerza mayor hay una determinación irresistible y exterioridad (STS de 13 de diciembre 2001 —RJ 2002\5183—): determinación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986 (RJ 1986\ 4455): «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siem-

pre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido, la STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3233).

En el caso presentado, no puede ponerse en duda la ajenidad al servicio público del **viento** que se desencadenó el día del accidente sufrido por doña M.E.C.Z., quedando reducido el conflicto al elemento o requisito de la imprevisibilidad y consecuente evitabilidad. Los datos que aportan a este respecto el expediente permiten a esta Comisión concluir que **el hecho acaecido pudo haberse previsto y evitado**.

En efecto, en primer lugar, consta en el expediente (y así resulta, en especial del informe de la Policía Local) que durante el día en que se produjo el siniestro y en días anteriores hubo en el municipio rachas fuertes de viento y que ese mismo día el viento produjo también daños materiales en varios vehículos, así como que el viento levantaba las tapas de los contenedores. De hecho, la Policía Local adjunta un aviso de fenómenos meteorológicos adversos relativo al día del siniestro, en que la Dirección de Meteorología y Climatología del Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco advertía de las rachas máximas de viento y predecía aquellos fenómenos en esas horas del día. Sin embargo, **el Ayuntamiento nada aporta en relación con las medidas adoptadas ante esa alerta de fuertes vientos**.

En segundo lugar, las fotografías aportadas por la reclamante evidencian de forma incontestada por el Ayuntamiento que, **con posterioridad, los contenedores** afectados por el desplazamiento producido por el viento **habían sido anclados** con los adecuados dispositivos para evitar que se movieran desde la ubicación que tienen asignada.

No cabe deducir, por tanto, que nos hallemos ante un suceso imprevisible o inevitable —como hace el Ayuntamiento en su propuesta— sino, más bien, el expediente da noticia de que **la Administración municipal competente no tenía dispuestas las medidas adecuadas para evitar riesgos previsibles ante una situación de fuertes vientos en una zona especialmente expuesta**.

Con base en lo que antecede, podemos afirmar que la actuación administrativa fue deficiente y constituye un funcionamiento anormal del servicio público que ha ocasionado unos daños que la afectada no tiene el deber jurídico de soportar, por lo que procede reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal.

DCJA 143/2010 pár. 24 a 31

Entiende la Comisión que en el presente supuesto, tanto la **inundación** causante del daño cuyo resarcimiento se reclama, como la veracidad de los perjuicios sufridos por la mercantil, aparecen suficientemente acreditados. Ahora bien, lo esencial,

como en otros procedimientos de responsabilidad, reside en la concurrencia del nexo causal, esto es, es preciso determinar si existe la necesaria vinculación causal entre el resultado padecido por el reclamante y la actuación administrativa urbanizadora, sin la cual no puede apreciarse la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración.

Para realizar tal enjuiciamiento, parece aconsejable partir de la doctrina genérica que en supuestos de inundaciones luce, por ejemplo, en las SSTS de 31 de octubre de 2006 (RJ 8888) y 26 de abril de 2007 (RJ 3688):

> (...) la jurisprudencia reconoce la responsabilidad de la administración no sólo en los casos en que la inundación o el desbordamiento es originado por una actividad administrativa positiva o por la omisión unida a la creación de una situación previa de riesgo en una modalidad que podría caracterizarse como equivalente a la comisión por omisión, sino también en los casos en que se incumple de modo omisivo puro el deber de poner fin o impedir hechos o actos ajenos a su actuación que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que discurren por los cauces naturales. Solamente se reconocen como excepciones, en uno y otro supuestos, los **acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo**, que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la Ley.
>
> (...)
>
> El deber de responder en el supuesto de desbordamiento de un cauce en circunstancias climáticas normales como consecuencia del incumplimiento de la administración de mantenerlo en debidas condiciones o de evitar la actuación de terceros que puedan suponer un obstáculo al curso de las aguas no se manifiesta sólo, como primordialmente se ha discutido en el proceso y entiende la sentencia recurrida, en la elaboración y ejecución de planes, sino también, y de modo quizá menos característico, pero más continuo, directo e inmediato, en la función de policía de aguas que corresponde a la administración.
>
> (...) no estará de más recordar que la Ley de Aguas de 1985 (RCL 1985, 1981, 2429) dispone, en su artículo 86, que «la policía de las aguas superficiales y subterráneas y de sus cauces y depósitos naturales, zonas de servidumbre y perímetros de protección se ejercerá por la Administración hidráulica competente» y que el Reglamento que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto de 11 de abril de 1986, número 849/1986 (RCL 1986, 1338, 2149), reproduce su contenido en el artículo 235. Por otra parte, el régimen de intervención administrativa a que está sometida la zona ribereña de policía (que obliga a la autorización administrativa para cualquier obra de protección, e impone incluso la posterior legalización o demolición de las que se hayan realizado sin previa licencia por ser urgentes), no permiten duda razonable, frente a la posible actividad de protección que pudieran llevar a cabo espontáneamente los particulares, sobre el alcance de la obligación de la administración hidráulica acerca de la limpieza y dragado de los cauces cuando la sedimentación progresiva, la acumulación de maleza u otras circunstancias puedan producir desbordamientos peligrosos.
>
> (…) la Administración tiene la obligación de realizar actuaciones o impedir hechos que pueden provocar el desbordamiento y la perniciosa acción de las aguas que

discurren por los cauces naturales, con la excepción de los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo que son considerados como casos de fuerza mayor excluidos expresamente por la Ley, tal y como se recoge en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia anteriormente transcrita. La fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente (Sentencias, entre otras, de 26 de febrero de 1998, recurso de apelación número 4587/1991 [RJ 1998, 1795], 6 de febrero de 1996, recurso número 13862/1991 [RJ 1996, 2038], 18 de diciembre de 1995, recurso número 824/1993 [RJ 1995, 9408], 30 de septiembre de 1995, recurso número 675/1993, 11 de septiembre de 1995, recurso número 1362/1990 [RJ 1995, 6423], 11 de julio de 1995, recurso número 303/1993, 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8628], 10 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8787] y 4 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1502]).

En este caso, **el reclamante no atribuye la inundación padecida ni a un deficiente cumplimiento de las obligaciones de la Administración municipal en el mantenimiento del cauce del río —acción omisiva— ni a la realización de una obra, intervención o simple ocupación que hubiera provocado una alteración del cauce o de su capacidad de evacuación de las aguas —acción positiva—**.

Lo que el reclamante alega es que las obras de urbanización llevadas a cabo en el sector 7 (con la construcción de un parque) y en el sector 12 (al existir actividad edificatoria en la margen derecha del río y no en su margen izquierda) han agravado las consecuencias de la inundación en sus terrenos, haciendo que tuviera unos efectos devastadores. Esto es, **se asume que el desbordamiento tiene un origen natural, pero se considera que se ha producido una alteración de la morfología del terreno que ha hecho que el agua de la crecida encharcara su empresa**, situada en el margen izquierdo del río, en vez de repartirse en los dos márgenes o desaguar en el parque situado al otro lado de la carretera N-104.

Es, por tanto, esa relación causal la que deberá quedar acreditada y para que un hecho pueda alcanzar la categoría de causa de otro ha de existir una adecuación objetiva entre ambos, lo que se ha denominado la «verosimilitud del nexo».

Por ello, **será preciso analizar si los factores esgrimidos tuvieron una incidencia apreciable en el discurrir de los hechos y provocaron una diferente afección a la situación jurídica y derechos del reclamante o, por el contrario, resultaron irrelevantes o indiferentes para el resultado final.** Conforme a lo ya señalado acerca de la distribución de la prueba, **corresponde acreditar dicha relación causal a quien la sustenta** y el defecto de prueba debe perjudicarle.

(…)

Nuestra indagación debe partir de la premisa que establecía la STS de 7 de octubre de 2008 (RJ 6646): «si la inundación se debió a fuerza mayor —es decir, a un

suceso «inevitable», tal como lo define el art. 1105 CC—, queda automáticamente excluida la aplicación del art. 139.1 de la Ley 30/1992, que exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración en los casos de fuerza mayor. Y que en el caso de autos hubo fuerza mayor es claro, desde el momento en que la desproporción entre la capacidad del canal y el enorme caudal del agua proveniente de las extraordinarias lluvias hacía inevitable la inundación, como afirma la sentencia impugnada. En estas circunstancias, carece de sentido interrogarse si la Administración observó escrupulosamente o no su deber de velar por el buen estado del cauce: incluso si hubiera incumplido dicho deber —lo que, por lo demás, no ha sido probado— ello habría carecido de influencia en la producción del evento lesivo».

La doctrina científica y la jurisprudencia distinguen la fuerza mayor y el caso fortuito como realidades jurídicas diferenciadas: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: «falta de servicio que se ignora»); interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización. En este sentido, entre otras, la STS de 11 de diciembre de 1974: «evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida». b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; determinación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio. En este sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1986 (RJ 4455): «Aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado». En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 3233).

El reclamante sostiene que en este caso ha existido imprevisión ya que los fenómenos de inundaciones en la zona no eran desacostumbrados y se producían de forma recurrente. El Ayuntamiento, por su parte, ha acreditado que en la elaboración de los planes se confeccionaron los correspondientes estudios de inundabilidad, asumiendo la existencia del riesgo.

Ahora bien, **una cosa es que pudiera tratarse de unos terrenos inundables y otra muy distinta si se podía prever la producción de una inundación como la acontecida** el día 10 de junio de 2008 o, por el contrario, dicha inundación, que constituye un hecho exterior al funcionamiento del servicio público, resultaba imprevisible, por tratarse de un supuesto realmente insólito y extraño al campo normal de previsiones típicas, o, si siendo previsible, era inevitable, insuperable e irresistible, teniendo en cuenta el círculo de actuación del obligado y la naturaleza de la actividad administrativa comprometida por el riesgo.

Ciertamente, corresponde a la Administración municipal que alega dicha causa exoneratoria acreditar que se trata de un supuesto de fuerza mayor, pero también habrá que tener en cuenta cuáles pueden ser sus medios disponibles para ello.

(…)

En terminología hidrológica (así lo denominan las profesoras doña G.F.T., A.I.G.M. y O.O.A. del Departamento de Geografía, Prehistoria y Arqueología de la Universidad del País Vasco, en el trabajo «Inundaciones Recientes en el País Vasco. Un estudio comparado de los eventos de junio de 2008», que se puede consultar en la página web http://www.fnca.eu/congresoiberico/documentos/c0209.pdf.) lo ocurrido se ha calificado como un **fenómeno de flash flood o crecida relámpago,** que se subsumiría en los acontecimientos de lluvias torrenciales o a destiempo que son considerados como caso de fuerza mayor por la jurisprudencia.

(…)

Las graves consecuencias que produjo la lluvia hablan por sí mismas, en fin, **de su excepcionalida**d; en ese contexto, difícilmente se puede atribuir al municipio responsabilidad, sin que se vea qué actuación concreta o su falta pudo haber evitado lo sucedido en la empresa del reclamante, incluso si descartamos que se tratara de un caso de fuerza mayor.

DCJA 198/2010 pár. 27 a 55

4. INDEMNIZACIÓN

La Comisión viene aplicando el **baremo** de valoración de daños personales derivado del Texto Refundido de la Ley de responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor, porque resulta útil como instrumento adecuado para objetivar la siempre difícil y compleja cuantificación de los daños físicos y morales, pero sólo con carácter orientativo.

Hay que recordar que en lo que se refiere a **indemnizaciones por muerte** la tabla I realiza una determinación legal de los perjudicados y fija criterios de exclusión y concurrencia entre ellos.

En este caso, es de aplicación el grupo IV, «víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes», tal y como correctamente identifican los reclamantes.

En primer lugar y con respecto a la indemnización solicitada por la madre, si bien existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la STS (Sala de lo Civil) de 27 de abril de 2009 (RJ 2009\4141) establece que **en los casos**

de premoriencia, exclusión o no concurrencia de uno de los progenitores, el progenitor que solicita en solitario la indemnización debe recibir el total de la indemnización establecida en el baremo, sin que le sea reducida en un 50%.

Aunque se refiere a un supuesto de fallecimiento —en nuestro caso se desconoce por qué el padre no ha reclamado—, cabe sostener que **la ausencia por cualquier causa de uno de los padres ha de suponer el acrecimiento de la cantidad que corresponde al otro**, ya que así lo exige el principio de indemnización única por categoría.

En segundo lugar, con respecto al **hermano**, según el citado baremo, sólo tiene derecho «cada hermano menor de edad en convivencia con la victima», restricción validada por la STC 190/2005, de 7 de julio.

Cuando se produce el fallecimiento de don I.L.S. (29/12/2006), su hermano ya había cumplido los 18 años (a la luz de la fecha que consta en su partida de nacimiento y en su D.N.I. lo hizo el …) y, por tanto, era **mayor de edad** (artículo 315 CC), quedado así **excluido de la consideración de perjudicado**.

Entiende la Comisión que, atendida la circunstancia de que los reclamantes, madre e hijo, conviven en la actualidad —tal y como se deduce del poder general para pleitos mediante el que han otorgado su representación—, si bien no debe sujetarse estrictamente al baremo, considera que procede la interpretación ampliadora y restrictiva que respectivamente ofrecen ambas sentencias —del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional—, lo que a la postre resulta la solución más equitativa y justa.

DCJA 22/2010 pár. 56 a 63

Por otra parte, respecto al **artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro**, éste **no es aplicable frente a la Administración** que es a la que ha sido dirigida la pretensión y, en todo caso, con respecto a tal previsión, encaminada a gravar la demora del asegurador en la satisfacción de la indemnización de los daños y perjuicios, el número 8 de ese artículo la excluye cuando «la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable». Pues bien, **nada cabe reprochar a la actuación de la aseguradora municipal por cuanto que el pago está condicionado al reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo cual exige el dictado de un acto administrativo que así la declare**, o de ser denegada, un reconocimiento judicial.

Esa es la doctrina del Tribunal Supremo [entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 2006 (RJ 2006\6356) y 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7088)] que ha seguido el

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [STSJPV de 12 de septiembre de 2008 (JUR 2008\388975)].

DCJA 22/2010 pár. 66 a 67

Sentado lo anterior, y a mayor abundamiento, también se llegaría a la misma conclusión denegatoria del reconocimiento de la responsabilidad desde la perspectiva de la existencia y realidad de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado respecto al reclamante.

A este respecto, es necesario recordar que **el concepto de daño no puede analizarse exclusivamente desde el punto de vista del gasto**, como pretende el reclamante. **Tratándose de una indemnización compensatoria de los perjuicios causados, la determinación de éstos no puede prescindir de la toma en consideración de los ingresos económicos de la actividad desarrollada por el reclamante durante el periodo en que tuvo abierto su negocio** en el número 7.

Para determinar si ha obtenido un beneficio hay que partir de los ingresos brutos de la actividad, y descontar los costes de los productos y los gastos generales de la explotación. Estos ingresos brutos, por su parte, se calculan atendiendo a la facturación referida tanto a las ventas con receta, como a las ventas directas a los consumidores y a las ventas de productos de para-farmacia.

Según el informe jurídico, «A la vista de los datos obrantes en este Departamento de Sanidad, se desprende que el gasto farmacéutico que le ha sido abonado durante este periodo es considerablemente superior al que se le abonaba cuando se encontraba instalado en … 21».

Teniendo en cuenta que, 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 corresponde al reclamante, y que éste no ha desmentido tales alegaciones, ni ha aportado prueba alguna acerca del montante de dichos ingresos, pudiendo fácilmente haberlo hecho a través de sus datos fiscales (sólo aporta declaración de IRPF del año 2004, año en el que se concede la autorización de funcionamiento mediante Resolución de 10 de junio de 2004), hemos de considerar que efectivamente se ha producido un incremento de beneficios.

En síntesis, **el expediente permite constatar la falta de acreditación de un perjuicio efectivo, entendido como detrimento patrimonial, ya que durante el tiempo que estuvo en el número 7 los resultados de explotación del negocio fueron favorables al reclamante y no se ha acreditado que se haya dejado de obtener ganancias como consecuencia de la anulación de la licencia y del traslado al número 21**.

Pero es que, además, algunos de los **conceptos** reclamados **no guardan relación con la autorización de traslado de la oficina de farmacia** posteriormente anulada.

Así, la prueba documental aportada para justificar los gastos financieros derivados de la compra del local no acredita que el préstamo hipotecario que solicitaron el reclamante y doña P.J.C. se invirtiera en el local, aunque sí acredita que **el préstamo se formalizó antes de la autorización previa de traslado e incluso antes de la solicitud de autorización**. Se trata de unos gastos derivados de la circunstancia de haber acudido a la financiación bancaria y que también existirían si la autorización no le hubiese sido concedida. Por lo tanto, estos gastos no son consecuencia directa ni de la actuación de la Administración ni de la anulación de la autorización de traslado.

Siguiendo con el análisis, cabe señalar que las facturas de … y **la carta de pago del decorador son anteriores a la solicitud de traslado**. Asimismo, se constata que muchos de los gastos reclamados son gastos fijos, estructurales o corrientes necesarios para el funcionamiento de cualquier oficina de farmacia, pero que no constituyen inversiones propias de la instalación de la farmacia cuya autorización se anuló.

Además, no se ha acreditado de una forma suficiente y objetiva el número de días de traslado ni la necesidad de cerrar el negocio esos días. Tampoco se ha acreditado que el traslado haya generado la necesidad de compra de algunos **bienes** cuyas facturas se presentan, resultando que muchos de ellos son **susceptibles de ser empleados indistintamente en cualquiera de las oficinas de farmacia** para las que obtuvo autorización.

Por último, respecto a los **gastos de honorarios de abogados**, cabe recordar que en todo momento **la Administración ha defendido la resolución administrativa y, por lo tanto, al mismo tiempo, los intereses del reclamante, por lo que dichos gastos se deben a su exclusiva voluntad de ser parte codemandada en los procedimientos y defender sus derechos de un modo personal.** Además, en la sentencia dictada por el TSJPV no hubo pronunciamiento de condena en costas y el recurso extraordinario de casación, que fue inadmitido con condena en costas para el recurrente, fue interpuesto exclusivamente por el reclamante. Por lo tanto, no puede admitirse la pretensión de establecer un nexo de causalidad entre los gastos que ocasionaran la participación voluntaria en un procedimiento administrativo y judicial con la actuación de la Administración.

DCJA 39/2010 pár. 40 a 50

En cuanto a los 927 € de **pérdidas salariales**, el baremo prevé factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (Tabla IV), a fin de

que la indemnización se ajuste a las circunstancias personales del lesionado. Si bien esta Comisión ha considerado que no son de aplicación de forma automática, ha señalado que **de acreditarse la existencia de perjuicios económicos, al producirse una minoración en los ingresos netos de la víctima por trabajo personal, éstos deben ser compensados**, como aquí sucede.

DCJA 46/2010 pár. 31

En relación con la cuantía de la indemnización por responsabilidad patrimonial, cuando esta responsabilidad resulta compatible con otros títulos indemnizatorios, la jurisprudencia ha señalado que **no cabe prescindir de las cantidades percibidas en otras vías al objeto de fijar la cuantía de la indemnización** que, si bien es cierto que debe conseguir la plena indemnidad o reparación integral, también lo es que **no puede dar lugar a un enriquecimiento ilícito**. En palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de 2010, (JUR /2010/287998): «el que los títulos indemnizatorios sean diferentes y compatibles no significa, como parece entender el actor, que por la vía de la responsabilidad patrimonial pueda obtener una reparación alternativa e integral por todos los daños sufridos haciendo abstracción de lo ya obtenido por el otro título. Como se indica en la meritada sentencia de 12 de marzo de 1991 (RJ/1992/4870) la razón de la compatibilidad no es otra que la insuficiencia reparadora de la pensión extraordinaria, lo que exige, o permite, el complemento que puede obtenerse por la vía de la responsabilidad patrimonial, pero siempre con el límite del enriquecimiento injusto, enriquecimiento que se produciría si por los mismos daños el actor obtuviera de la Administración General del Estado una doble compensación, la correspondiente a la pensión extraordinaria y la derivada de la responsabilidad patrimonial».

DCJA 221/2010 pár. 29

A) Por daños materiales

Estima la Comisión que al haberse considerado que no existía responsabilidad ello ha supuesto que la Administración actuante no se haya pronunciado acerca de las cuantías solicitadas por los reclamantes, por lo cual deberá continuarse la instrucción, pudiéndose establecer como criterios para determinar el importe de la indemnización, los siguientes:

a) Tratándose de daños materiales, **la indemnización debe alcanzar a su valor de reposición**, a fin de que los perjudicados queden en situación igual o similar a la que tenían antes de producirse el siniestro, o su equivalente económico.

b) **La reparación no sólo alcanza a las caravanas dañadas sino también a los bienes muebles contenidos en las mismas**, si bien ha de tratarse de los **obje-**

tos usuales o comunes que pueden encontrarse en su interior, esto es, lo que se espera razonablemente que contenga una caravana, debiéndose exigir prueba fehaciente de su presencia caso de que no lo sean.

c) No solo deberá **calcularse el valor de depreciación** por el uso de las caravanas, sino que también deberá calcularse el valor de depreciación de los restantes bienes muebles, sin que se produzca un enriquecimiento injusto.

DCJA 79/2010 pár. 86

Ahora bien, cabría la producción de tres hipótesis, siendo todas ellas alternativas y no acumulativas: (i) que la Administración, como promotora de la obra causante del daño realizara la **subsanación y reparación in natura de los desperfectos**; (ii) que la Comunidad de propietarios realizará las obras restauradoras y reclamara después las cantidades invertidas, y (iii) que la Comunidad de propietarios cuantificara el importe del daño sufrido para atender por sí misma el costo de los trabajos y actividades necesarias para la reparación.

Es obvio que lo sucedido en este caso ha sido lo indicado en primer lugar, al entender la Administración que tal solución era el remedio más adecuado para lograr la reparación debida, existiendo para ello el inexcusable acuerdo —tácito o expreso— de la Comunidad de propietarios, sin el cual no podría haberla llevado a cabo.

Por tal motivo, **no cabe el abono de cantidad alguna a la Comunidad de propietarios, ya que de producirse supondría un enriquecimiento injusto** en su favor, y un empobrecimiento simultáneo de las arcas públicas, sin que tampoco se haya discutido ni la forma ni los términos en los que se produjo el arreglo.

DCJA 160/2010 pár. 34 a 36

B) Por lesiones

Por lo tanto, en este momento, se cierne una considerable incertidumbre en torno al alcance preciso de la lesión sufrida por la reclamante, apuntando los propios escritos de la reclamante que se trata de una valoración provisional dada la **imposibilidad de poder cuantificar la reclamación por estar la paciente de baja médica**. En este sentido, el informe de valoración aportado por la reclamante y el de la aseguradora también reflejan que se trata de una valoración provisional.

En definitiva, **en tanto que el daño no esté consolidado no se podrá determinar su trascendencia lesiva**, por lo que, estando a punto de cumplirse los seis meses previstos por el traumatólogo para evaluar la recuperación de la paciente, **habrá de**

proseguirse la labor instructora y abrir un trámite contradictorio para determinar el montante indemnizatorio, prestando especial atención al carácter impeditivo o no de los días totales de incapacidad y a las secuelas resultantes.

DCJA 241/2010 pár. 32 a 33

En este caso, se da una coincidencia básica entre la solicitud de la reclamante y el informe pericial de la aseguradora municipal con respecto a los dos únicos conceptos por los que solicita indemnización la interesada, que cabe determinar de forma objetiva tomando como referencia los informes médicos aportados por la interesada: siete días de ingreso hospitalario y 206 días de incapacidad.

La discrepancia se centra en el reconocimiento o no como impedientes de los días de incapacidad, que resultan todos impeditivos para la reclamante y no impeditivos para la pericial.

Al respecto es de considerar que la pericial basa en parte su valoración desestimativa en que en el informe médico de alta aportado por la víctima (folio 22) no se refleja el periodo de rehabilitación a que estuvo sometida la víctima, ni los periodos de evolución, ni una baja laboral.

Sin embargo, como observa el escrito de alegaciones de la reclamante, también es verdad que en dicho informe se señala una continuidad entre la finalización de la rehabilitación para la recuperación del brazo derecho de la víctima y la fecha de recepción del alta médica; en el que se especifica, por otro lado, que llegó a recuperar una movilidad completa.

No resulta descabellado por ello pensar que durante el tiempo anterior al alta médica la reclamante hubiera podido estar realmente incapacitada para desempeñar válidamente sus quehaceres —máxime si se considera el material que se le tuvo que implantar por la fractura del antebrazo—, por todo o durante, al menos, parte de ese tiempo; sin que, por otra parte, **dicho periodo de imposibilidad se tenga por qué referir exclusivamente a una inactividad estrictamente laboral.**

Teniendo en cuenta que la víctima llegó a recuperar la movilidad completa del brazo tras completarse la rehabilitación, es presumible apreciar cierto **tiempo de transición y**, por tanto, **de evolución en la lesión padecida**, por lo que le parece factible a la Comisión poder reconocer en el caso también un periodo de incapacidad de carácter impediente; periodo que, a falta de mayores precisiones conforme a los datos del expediente, requeriría de una instrucción complementaria a fin de poderse acreditar el tiempo que realmente estuvo la reclamante impedida para sus ocupaciones habituales.

DCJA 119/2010 pár. 33 a 38

C) Por daño moral

En cuanto a la **calificación de daño moral de la supuesta privación en el goce de una segunda vivienda**, resulta preciso formular una serie de consideraciones añadidas.

En primer lugar, con la indemnización reconocida para reparar la pérdida de la caravana, quedara restituido el daño ocasionado por su privación.

En segundo lugar, **en modo alguno cabe calificar a la caravana como una segunda vivienda**: la reglamentación de campings caracteriza este tipo de recurso por su utilización temporal, prohibiendo su confusión con urbanizaciones residenciales (artículo 19.4 LOT, parte expositiva del Decreto 178/1989 y artículo 1).

En tercer lugar, la citada pretensión implica solicitar una indemnización por dejar de disfrutar de determinados beneficios que se desconoce si son ciertos. **Que los reclamantes fueran a disfrutar de su caravana todos los fines de semana** durante el resto del plazo de vigencia del contrato suscrito **no deja de ser una mera hipótesis, conjetura o probabilidad sin entidad real** —es lo cierto que ninguno estaba en el camping cuando sucedió el incendio y no es extraño que se mantenga el contrato durante la temporada baja, ya sea para poder contratar en el período de temporada alta, en el que realmente se hace uso de la caravana, obteniendo de esa forma una preferencia en la adjudicación de las parcelas, ya sea para evitar su traslado a otro lugar en el que depositarla, lo cual acarrea también una serie de costes a su titular—.

Distinto sería —lo que no ha sucedido— **es que se hubiera acreditado que tuvieron que alquilar otra caravana** para poder acudir a un camping y seguir disfrutando así de la «vida al aire libre, con fines vacacionales o de ocio» a los que éste da satisfacción (definición de camping contenida en el artículo 19.1 de la LOT). En tal caso, qué duda cabe que estaríamos ante un perjuicio cierto, real y efectivo que **resultaría indemnizable**.

DCJA 79/2010 pár. 87 a 91

Por último, respecto al daño moral solicitado por la reclamante y que cuantifica en 18.000 euros, al entender que **el desplazamiento que se vio obligada a realizar ha incidido negativamente en su tiempo de ocio, dedicación a la familia o en su propio trabajo**, ha de recordarse que tanto el Tribunal Supremo como esta Comisión moderan la exigencia de prueba cuando se trata de daños morales, pero ello no puede traducirse en que la mera invocación genérica de su existencia por parte de la reclamante implique su automática aceptación. A ello debe añadirse que **por**

la cercanía del puesto de trabajo, no se aprecia un daño especial, por lo que entiende la Comisión que no procede su aceptación.

DCJA 97/2010 pár. 42

Véase DCJA 101/2010 pár. 47

En cuanto a los **factores de corrección** solicitados, no cabe reconocer el factor de corrección por perjuicios económicos, ni el correspondiente a los perjuicios morales complementarios por la sustancial alteración de la vida de sus familiares, ya que, no siendo de aplicación directa al caso el Sistema de Baremo, éste no debe aplicarse de forma automática, y el perjuicio patrimonial y moral producido, en su caso, debe ser debidamente acreditado. Además, incluso aplicando estrictamente el señalado Baremo, **el reconocimiento de los perjuicios morales complementarios quedaría descartado, ya que aquél sólo prevé esa posibilidad cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen las 90**.

DCJA 174/2010 pár. 41

Con relación a este tipo de daños la Comisión tiene declarado —DCJA 97/2001— que «Aunque los **trastornos de la mente**, a diferencia de otras dolencias, **no se manifiestan de forma que puedan ser apreciados y valorados mediante medios físicos** como la vista, análisis, aparatos de medida, etc. y su diagnóstico no sea una ciencia exacta, no encontramos, ni se indican en la propuesta de Resolución, motivos por los que dudar de la corrección de los certificados aportados, más aún cuando los trastornos depresivos son exógenos, como en este caso, que no suelen necesitar intervención de médico especialista».

Y esta conclusión encuentra su fundamentación en la **doctrina relativa a la carga del daño moral**, en la que por la propia naturaleza del daño se matiza la exigencia de acreditar la realidad y alcance del mismo: «Cuando el daño moral emane de un daño fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la "in re ipsa loquitur", o cuando se da una situación de notoriedad (SS 15 de febrero 1994 y 11 marzo 2000), no es exigible una concreta actividad probatoria». (FJ 2º STS de 31 de mayo de 2000. Arz 5089).

Todo ello, permite concluir a la Comisión que **los perjuicios morales existieron, pues se encuentran acreditados por los certificados médicos aportados**, y entre la Resolución de 30 de julio de 2002, posteriormente declarada jurisdiccionalmente ilegal, y los perjuicios morales por la situación de desempleo e inestabilidad

laboral y la depresión psíquica que afectó a la salud de la reclamante se aprecia un evidente vínculo de causalidad.

DCJA 142/2010 pár. 41 a 42

En relación con los daños morales, un aspecto que requiere especial detenimiento es el correspondiente a la **acreditación** de los mismos. A este respecto, la Comisión ha indicado que el daño cuyo resarcimiento se pretende debe ser alegado y probado, si bien esta exigencia de prueba pueda matizarse, y así, en el DCJA 97/2007, respecto de la doctrina de la carga de la prueba, se precisó que **no es exigible una concreta actividad probatoria cuando se da una situación de notoriedad**. **Este criterio resulta de aplicación**, a salvo de prueba en contrario, **cuando se trata de relaciones paterno filiales o entre cónyuges o personas que acrediten una relación análoga**.

DCJA 264/2010 pár. 21

D) Lucro cesante

Ha de tomarse en consideración que solicita la cantidad de 157.531,33 €, que a su entender constituye el **lucro cesante derivado del no reconocimiento de su condición de catedrática**, cantidad que calcula partiendo de las diferencias en las retribuciones entre un profesor titular de universidad y un catedrático, proyectándolas hasta la fecha previsible de jubilación y aplicando un incremento constante y a futuro.

Comenzando por el último de los requisitos mencionados, es sabido que para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración el primer presupuesto es que exista un daño o perjuicio real.

Ciertamente ello exige, en este caso, un reconocimiento d**el derecho de la reclamante a la provisión de la plaza de catedrático**, lo cual **no ha sido declarado en ningún momento**, no siendo tampoco el procedimiento de responsabilidad patrimonial al cauce adecuado para ello.

La situación creada por las **sentencias dictadas** en el proceso de cobertura es muy clara: **la plaza ha quedado desierta**. Ni le han reconocido a la interesada el derecho al nombramiento, pronunciamiento que resultaría incompatible con ese resultado, y menos aún el derecho a que se le concedan cuantos efectos económicos se deriven del citado nombramiento, entre ellos, a percibir las retribuciones que corresponden a los catedráticos de universidad —al margen de que las variables escogidas para determinar el importe de la indemnización atienden a factores imprevisibles como pueden serlo que va a continuar al servicio de la Universidad del País Vasco

toda su vida laboral y que no va acceder a la condición de catedrática en otro proceso—.

Qué duda cabe que, tras frustrarse el proceso, tendrá que ser en otro procedimiento de provisión, conforme a las bases que lo regulen —que son la ley de la convocatoria y vinculan a la Administración y a los aspirantes que participen— y a la puntuación que se otorgue a los distintos aspirantes, donde se dilucidará cuál de ellos merece el acceso a la plaza. Hoy por hoy, para la reclamante, **ese acceso no deja de ser una mera posibilidad o expectativa, que como tal no resulta indemnizable**.

Como se cita en la propuesta de resolución, es doctrina jurisprudencial consolidada la que declara que las expectativas, desprovistas de certidumbre, no son indemnizables, SSTS, entre otras, de 18 de octubre de 1993 [RJ 7498], 11 de febrero de 1995 [RJ 2061], 14 de febrero de 1998 [RJ 2204], 10 de octubre de 1998 [RJ 8835], 20 de febrero de 1999 [RJ 3016], 29 de marzo de 1999 [RJ 3783] y 2 de octubre de 1999 [RJ 8323]).

En la actualidad, son los artículos 62 a 66 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (con las modificaciones introducidas por la Ley 4/2007, de 12 de abril), los que disciplinan el régimen de los concursos, las garantías de las pruebas, los nombramientos de los seleccionados y la composición y funcionamiento de las comisiones de reclamaciones.

Quiere la Comisión destacar asimismo que nada tiene que ver este supuesto con el resuelto en la STS de 21 de octubre de 2004 (RJ 7337), en el que la peticionaria ostentaba el derecho al cargo «que, como resulta de lo dispuesto con carácter general en el artículo 36 de la Legislación de Funcionarios de 1964, se adquiere por el interesado, una vez superadas las pruebas de selección, previo al nombramiento conferido junto con la correspondiente toma de posesión, precepto, éste, aplicable al profesorado universitario en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria».

La reclamante no ha visto anulado su nombramiento en virtud de la anulación por razones formales de la convocatoria, ni tan siquiera ha existido una propuesta de nombramiento a su favor, habiendo sido otro el candidato propuesto, sin que de tal circunstancia tampoco quepa derivar ningún derecho para aquél al estar sometida la propuesta a su confirmación o rechazo por parte de la Comisión de Reclamaciones.

DCJA 94/2010 pár. 53 a 61

E) Otros gastos

Por otra parte, se comparte el criterio implícito de la propuesta de **no admitir la retribución abonada por la asistencia domiciliaria prestada a una persona im-**

pedida que reside en el hogar de la reclamante, al haberse acreditado documentalmente que **el grado de minusvalía que padece esa persona comporta el reconocimiento de una prestación económica pública por su situación de dependencia**.

DCJA 75/2010 pár. 31

Ha de hacerse notar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Decreto 16/1993, de 2 de febrero, sobre indemnizaciones por razón de servicio, los **desplazamientos** se efectuarán con carácter general **en medios de transporte público colectivo**, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, se autorice el uso de vehículo particular.

Disposición que **nos obliga a conocer la posibilidad de que la reclamante efectuara los desplazamientos en medios de trasporte público** colectivo, en cuyo caso se deberá proceder al pago de las cantidades que hubiera abonado por la utilización de dicho trasporte, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso y habida cuenta de los inconvenientes y dificultades que suscitaría el desplazamiento, resultara necesario la utilización del vehículo particular.

DCJA 97/2010 pár. 40 a 41

Véase DCJA 101/2010 pár. 44 a 45

F) Pago

Antes de proceder al abono se habrá de requerir a los reclamantes para que aporten una declaración responsable mediante la que manifiesten que no han recibido indemnización alguna por los daños cuya reparación es objeto del presente expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tratándose de daños materiales, la indemnización debe alcanzar a su valor de reposición, por lo que los perjudicados no tendrán derecho al pago si ya han sido resarcidos, y se encuentran en situación igual o similar a la que tenían antes de producirse el siniestro, o su equivalente económico.

DCJA 114/2010 pár. 27

5. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Ahora bien, como hemos señalado, 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, que en el supuesto examinado está conectado con las **obras que llevaba a cabo la contratista por medio de empresas subcontratadas**, en el marco de una actividad urbanística [artículo 25.2.d) LBRL].

(…)

En ese contexto, coincidimos con la propuesta de resolución en la **imputación** de la precedente indemnización **a la empresa adjudicataria de la concesión,** una vez aclarado en apartados anteriores el marco que rige las relaciones entre la Administración y concesionaria, centrado en la entonces vigente LCAP, tal y como reconoce el propio Pliego que regula aquélla. Ello **sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda ejercer frente a las empresas subcontratistas**.

La conclusión anterior encuentra su fundamento inmediato en el apartado III.6 del Pliego que rige la concesión que, en cuanto a responsabilidades mutuas y frente a terceros, establece directamente que el concesionario, cualquiera que sea el contrato que suscriba con terceros, responderá por sí y frente al Ayuntamiento de la correcta ejecución de los trabajos, vigilando los mismos con sus propio medios humanos y materiales, y que «responderá, además, frente a terceros de cuantos daños y perjuicios se les irrogaren como consecuencia de la infracción de lo dispuesto en el párrafo precedente, así como de los daños, perjuicios o accidentes derivados de la ejecución de los trabajos y obras encomendados». En ese sentido, según hemos expuesto, la empresa concesionaria realizó inicialmente las actuaciones precisas para que las subcontratistas asumieran la reparación de los desperfectos que iban apareciendo.

DCJA 36/2010 pár. 22 a 36

Partiendo de lo anterior, la propuesta de resolución se limita a desestimar la reclamación, excluyendo la responsabilidad del Ayuntamiento, aludiendo a la exclusiva responsabilidad del contratista, y remitiendo al reclamante a plantear su reclamación ante la jurisdicción civil.

(…)

En el supuesto que se nos presenta, el Ayuntamiento deriva directamente la eventual responsabilidad al contratista aunque, al remitir finalmente al reclamante a los órganos judiciales de la jurisdicción civil, parece eludir un pronunciamiento de fondo sobre

la existencia de responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio público. Esta impresión se ve además reforzada por la ausencia de un adecuado análisis de la actuación de la propia víctima, tal y como exigen las circunstancias del caso.

Es por tanto preciso señalar que, **antes de determinar el patrimonio al cual debe imputarse la eventual responsabilidad patrimonial, esta Comisión debe pronunciarse sobre su existencia**, analizando todos los requisitos necesarios para su surgimiento.

DCJA 52/2010 pár. 26 a 31

6. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR SECTORES

A) Actuaciones policiales

La Comisión comparte el sentido y fundamento de la propuesta de resolución que niega la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración solicitada.

En efecto, tal y como allí se razona la reclamación debe ser desestimada en aplicación de la doctrina de esta Comisión (por todos DDCJA 33/2001 y 70/2202), así como de la del Consejo de Estado (entre otros, DDCE 3388/2003, 3442/2003 y 3139/2004).

Basta así señalar que está acreditada la existencia de un daño real, efectivo e individualizable, pero de igual modo lo está que ese daño no constituye lesión en el sentido técnico-jurídico que dicho término tiene en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

En el examen de casos como el planteado, la Comisión ha construido su opinión sobre el examen de dos elementos básicos: el referido a las circunstancias de la concreta **actuación policial** a fin de su catalogación como funcionamiento normal o anormal del servicio policial y, tratándose de una actuación de **entrada y registro de una vivienda**, el atinente al resultado positivo o negativo obtenido.

En el caso suscitado, como razona la propuesta de resolución, la valoración de lo instruido permite dar por probado que **la actuación policial, además de encontrar expreso amparo en el Auto de entrada** y registro de 25 de enero de 2010 **dictado por el Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción Nº 6 de la Audiencia Nacional, se desarrolló de acuerdo a las prescripciones legales, con respeto al principio de proporcionalidad y de sacrificio mínimo.**

El señalado respeto debe, como corresponde a la naturaleza de los citados principios, enjuiciarse en función de las circunstancias del caso. Y en el aquí examinado, como señala la propuesta de resolución, se utilizaron los medios adecuados (voladura

controlada con explosivo de la puerta de entrada) a la peligrosidad del presunto delincuente, sin que tal actuación pueda reputarse desproporcionada (en el sentido de constituir un supuesto de funcionamiento anormal del servicio policial), si se atiende como es obligado a las circunstancias que identifica la propuesta: (i) el peligro potencial que para los agentes intervinientes representa la detención de un presunto terrorista armado y peligroso y (ii) la obligación de salvaguardar en todo momento la seguridad de los agentes, de los vecinos del inmuebles y de la persona detenida.

La precedente valoración no puede verse en ningún modo alterada por la opinión, huérfana de razón y soporte probatorio, del reclamante, quien reputa desproporcionada la actuación policial al considerar que la detención podía haberse practicado, sin causar daño alguno a su vivienda, en el portal. Como señala la propuesta: «...entra dentro del más puro sentido común pensar que una actuación sorpresiva… (de madrugada, con medios contundentes pero proporcionados) era al fin y a la postre el modo más correcto de llevar a buen fin una actuación policial como la presente con el mínimo riesgo para la integridad de todas las personas que potencialmente pudieran verse implicadas por la misma. El hecho de haber actuado de distinta forma, como por ejemplo sugiere el reclamante,… hubiera supuesto un riesgo mucho mayor para la integridad tanto de los agentes de policía como del propio detenido o de cualquier ciudadano que estuvieran las inmediaciones».

Acreditado el funcionamiento normal del servicio policial, la aplicación del segundo criterio conduce al mismo resultado. En efecto, tal y como hemos indicado, tratándose de daños originados en el curso de registros policiales la exoneración de responsabilidad de la Administración se hace depender del resultado positivo de la intervención policial (al margen de la suerte que depare el proceso judicial subsiguiente).

Y, en este caso, **la actuación policial tuvo un resultado positivo pues terminó con la detención del sospechoso, cuya conducta** (presunta comisión de un delito de terrorismo) **era el motivo de la entrada y registro. Esa circunstancia exonera**, también en este caso, **a la Administración de la acción de responsabilidad entablada por el reclamante, pues la persona detenida**, tal y como él mismo reconoce, **era a la sazón pareja de hecho y compañero sentimental de su hija, con la que tenía fijado su domicilio en la vivienda de su propiedad**; circunstancias que al igual que en los casos resueltos en los citados DDCJA 33/2001 y 70/2002) impiden considerar que el daño alegado sea antijurídico y que el hoy reclamante no tenga el deber jurídico de soportarlo.

DCJA 146/2010 pár. 13 a 21

(…) En efecto, tal y como hemos indicado, tratándose de daños originados en el curso de **registros policiales** la exoneración de responsabilidad de la Administración se hace depender del resultado positivo de la intervención policial (al margen de la suerte que depare el proceso judicial subsiguiente).

Y, en este caso, **la actuación policial tuvo un resultado positivo pues terminó con la detención de cuatro personas**, cuya conducta (presunta pertenencia a una banda de delincuencia organizada) era el motivo de la entrada y registro. Esa circunstancia exonera, también en este caso, a la Administración de la acción de responsabilidad, pues **las personas detenidas tenían una relación directa con el señor GK, con el que el reclamante tenía suscrito un contrato de arrendamiento —dos de ellas además convivían con él en el citado inmueble—**.

Esta Comisión comparte la **doctrina del Consejo de Estado** establecida en relación a supuestos como el presente y que se reproduce el Dictamen 962/2009, de 9 de julio de 2009:

> En el dictamen de 29 de noviembre de 1990, número de expediente 55.509, se decía: «... **los arrendatarios de la vivienda dieron lugar con su conducta a la legítima actuación policial; son ellos los generadores del eventual daño producido** para acceder la policía a la vivienda. **Su reparación,** pues, debe hacerse en el marco de la relación arrendaticia, en cuanto con (su) comportamiento (...) los arrendatarios se hicieron deudores frente al propietario, y es a aquéllos a los que el reclamante debe dirigirse. La acción policial, en cuanto realizadora materialmente de los desperfectos en la puerta de acceso, no es responsable de los daños que dice el reclamante, con origen causal en la propia conducta de los ocupantes de la vivienda...» (en el mismo sentido, dictamen de 19 de julio de 1990, número de expediente 54.358, dictamen de 27 de enero de 2000, número de expediente 3.615/99, dictamen de 12 de diciembre de 2002, número de expediente 2.998/2002, dictamen de 27 de marzo de 2003, número de expediente 274/2003, dictamen de 24 de abril de 2003, número de expediente 515/2003, dictamen de 12 de febrero de 2004, número de expediente 3.388/2003, dictamen de 18 de marzo de 2004, número de expediente 280/2004, dictamen de 20 de mayo de 2004, número de expediente 1.035/2004, dictamen de 2 de diciembre de 2004, número de expediente 2.880/2004 y dictamen de 3 de marzo de 2005, número de expediente 3.139/2004).
>
> Esta doctrina, que considera roto el nexo causal entre el daño en una vivienda arrendada y el funcionamiento del servicio público cuando el registro se deba a actividades delictivas del arrendatario, tiene pleno sentido si se considera que **el arrendador dispone de una fianza del arrendatario en garantía del cumplimiento de sus obligaciones** (artículo 36, apartados 1 y 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), una de las cuales es precisamente la conservación del bien en buen estado (artículos 1561, 1562 y 1563 del Código Civil). **Por esta vía en muchos casos podrá resarcirse de los daños que resulten en la vivienda de la intervención policial** provocada por las actividades delictivas del inquilino, que no suelen ser muy cuantiosos (dictamen de 3 de marzo de 2005, expediente número 3.139/2004).

En consecuencia, el vínculo causal alegado respecto de la actuación policial hay que predicarlo, por tanto, de la conducta del arrendatario, de acuerdo con la doctrina expuesta.

DCJA 243/2010 pár. 24 a 27

La doctrina nuclear del citado DCJA 26/1999 consiste en sostener que, en principio, «no es posible imputar como factor normalmente idóneo ni previsible para provocar el daño a la víctima tal como éste se produjo una caída por derribo de tercero a considerable distancia de donde se produce la acción policial a la acción de una carga policial que se realiza con suficientes advertencias, moderada intensidad y sin utilización de medios lesivos de largo alcance». En tales casos se sostuvo allí, la caída provocada por un tercero se revela como factor eficiente y determinante del daño, sin que éste quede vinculado al funcionamiento del servicio público policial.

En el supuesto ahora examinado, sin embargo y a diferencia del allí resuelto, el informe policial centrado en describir las circunstancias generales que siguieron a la disolución de la manifestación ilegal, no sólo no resulta incompatible con la versión de la reclamante, sino que el mismo señala la ausencia de dato alguno para negar el relato de ésta.

Con la instrucción practicada **la versión de la reclamante resulta verosímil y se ve plenamente corroborado por las declaraciones de las dos testigos, quienes confirman que el día de los hechos la reclamante,** junto con otras personas que **paseaban por la Avenida …, sin nada que lo advirtiera, se vieron sorprendidas por una intervención policial inesperada con pelotas de goma que motivó el sobresalto entre quienes paseaban** la tarde del sábado por el centro de Bilbao, **provocando la caída de la reclamante** (el informe elaborado con ocasión de la asistencia en el Servicio de Urgencias alude a también a un «... traumatismo directo sobre las dos manos tras caída de personas encima»).

De ahí que, acreditada la existencia de alteraciones del orden público que motivó la intervención policial y sin prejuzgar que ésta se desplegara con los medios adecuados, considera la Comisión que, del análisis de la forma y circunstancias en las que han quedado acreditados los hechos en el caso, el daño alegado sí queda causalmente unido al funcionamiento del servicio policial.

Asimismo, examinado el supuesto a la luz del requisito de la antijuridicidad, se observa que **no hay título alguno en el que sustentar el deber jurídico de soportar el perjuicio padecido por quien, sin tomar parte en los incidentes que motivan la intervención policial, pasea por un lugar bastante alejado del sitio donde aquellos se inician y, como consecuencia de una intervención policial inesperada, cae empujada, no por participantes en las algaradas, sino por otros transeúntes** que como ella se han visto sorprendidos por la carga policial.

Siendo éstas las específicas circunstancias probadas, estima la Comisión que **procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración**, pues no hay obligación de soportar las consecuencias negativas de una **actuación policial debida pero que la reclamante no estaba en condiciones de advertir o evitar y que en el caso ha sido factor eficiente del daño**, **sin que la acción de terceras**

personas pueda en este caso romper el nexo causal entre la intervención policial y el perjuicio padecido, ya que dicha intervención y sólo la misma es la causante de la conducta de los viandantes que hace caer a la reclamante.

DCJA 190/2010 pár. 17 a 22

B) Control del ruido

Tratando el caso suscitado de una reclamación por daños originados por contaminación acústica, conviene recordar, en primer lugar, que supuestos similares han sido objeto de examen por esta Comisión (entre otros, DDCJA 13/2006, 119/2007 y 151/2008).

(…)

Puesta esa doctrina en conexión con el caso que nos ocupa, en éste hay prueba plena sobre la **exposición de los reclamantes durante, al menos, un año a un nivel de ruido en su domicilio que superó los niveles normativamente fijados y que, al generarse cada vez que se accionaban los pivotes que regulaban el acceso de vehículos, se producía tanto de día como de noche**. Está acreditado, así, una inmisión acústica indebida en el domicilio de los reclamantes en tanto el nivel de decibelios ha rebasado el estándar normativamente fijado.

Asimismo, en el caso, el responsable del ruido no es, como suele ser habitual, un tercero, ni es por tanto el título de imputación a la Administración municipal una actitud pasiva u omisiva a la hora de atajar intromisiones acústicas indebidas en la vida personal y familiar de los vecinos, supuestos en los que, en sede de responsabilidad, ha de valorarse el tiempo que la Administración pública tarda en adoptar las medidas para proteger el derecho fundamental lesionado. Por el contrario, aquí **se trata de una actuación llevada a cabo por la propia Administración que es la titular del sistema que ha generado el ruido, la que ha elegido el lugar de ubicación y la que posteriormente modifica dicha ubicación, evidenciando que el ruido era evitable**.

Considera la Comisión que concurre en el caso un **daño antijurídico** pues ninguna duda existe sobre la potencialidad de los ruidos constatados para ocasionar a los reclamantes un perjuicio que no tienen obligación de soportar. A diferencia de lo que viene a sostener el Ayuntamiento consultante y sin prejuzgar —pues es cuestión que excede el ámbito de nuestra intervención— la procedencia de las actuaciones que pueda realizar aquél en relación con otras cuestiones suscitadas al hilo del procedimiento de responsabilidad, tales como la titularidad, pública o privada, de la escalera de acceso al inmueble de los reclamantes o la situación de su domicilio en relación con las normas urbanísticas aprobadas, o, ya en fin, si los reclaman-

tes han incumplido o no algún deber de comunicar al Ayuntamiento la compraventa del inmueble para su uso como vivienda, la Comisión estima que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, ninguna de dichas cuestiones permite sustentar la existencia de un deber jurídico de soportar el daño que excluya la responsabilidad municipal.

En efecto, siendo correcto que en el análisis de los requisitos que deben concurrir para afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración se examine la posible concurrencia del perjudicado o de un tercero en la producción del daño reclamado, tal examen viene siempre condicionado por las circunstancias del curso causal, de tal forma que si en éste uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, las demás actuaciones deben reputarse adjetivas o sin entidad suficiente para fundar la exoneración de la responsabilidad patrimonial.

En el caso, la producción del daño se explica por la actuación municipal, sin que de lo instruido derive una conducta acreditada de los reclamantes que pueda reputarse concausa del perjuicio sufrido.

Cuestiones distintas son las referidas a la **acreditación del daño alegado** por los reclamantes y a su cuantificación.

Los reclamantes sustentan su pretensión indemnizatoria (seis mil euros cada uno) en el tiempo transcurrido (390 días), el tipo de ruido (elevado y generado tanto de día como de noche) y en el padecimiento de un estado de ansiedad, irritabilidad, insomnio y dificultad de concentración, así como en problemas de concentración para el estudio —en el caso de doña O.M.I.— y de repercusión negativa de la falta de sueño en su rendimiento y actividad laboral —en el caso de don J.A.M.G.—.

Por ello, conviene clarificar, en primer término, que tanto el daño físico alegado como el perjuicio sufrido por los reclamantes en sus respectivas actividades habituales no han sido debidamente acreditados, siendo extremos que sólo a ellos cumple probar en aplicación de las reglas que rigen la carga de la prueba (artículo 217 Ley de Enjuiciamiento Civil).

El daño físico y sus negativas consecuencias en la vida laboral y académica de los reclamantes se sustenta en sendas copias de unos volantes de derivación que, a su vez, se limitan a recoger lo referido al médico por don J.A.M.G. y doña O.M.I., respectivamente. No hay documento posterior alguno que deje noticia de la asistencia médica y, en su caso, tratamiento seguido o, en otras palabras, **nada acredita en el expediente que la exposición al nivel de ruido haya puesto en peligro la salud de los reclamantes**, por lo que la Comisión no puede dar por probada la vulneración al derecho a la integridad física y moral (art.15 CE); carencia probatoria que se extiende también —según lo dicho— al perjuicio que se afirma sufrieron los reclamantes en su trabajo y en sus estudios.

Sin embargo, **de ello no deriva la inexistencia de daño indemnizable**. Como viene admitiendo la jurisprudencia, **para que surja la obligación de indemnizar no es necesario acreditar la existencia de una enfermedad producida por el ruido**; **ello servirá, en su caso, para incrementar el importe indemnizatorio**, en función del tipo de enfermedad y tiempo de curación.

En casos como el examinado, **el daño susceptible de ser indemnizado está representado por la imposibilidad de utilizar el domicilio habitual y la correlativa necesidad de buscar otro distinto para evitar las molestias o, cuando se continúe en el propio, por la incomodidad o sufrimiento moral experimentado en la vida personal, daño para cuya existencia basta** —como aquí sucede— **la constancia de un ruido continuado en niveles que exceden los normativamente fijados**.

La conversión de ese daño moral en una cantidad indemnizatoria entraña, como es obvio, una gran dificultad al requerir la valoración de circunstancias complejas y subjetivas. La **jurisprudencia**, en búsqueda de criterios que objetiven, en la medida de lo posible, el cálculo del quantum en supuestos en los que, como el aquí suscitado, versan sobre ruidos generados a lo largo del día y la noche, viene acudiendo al criterio de **indemnizar con el precio del arrendamiento de una vivienda en el municipio, de iguales características** (extensión, situación, etc.) **a la de los perjudicados, durante el periodo en el que se hayan prologando las emisiones acústicas indebidas** (entre otras, SSTS de 14 de abril de 2003 y de 2 de junio de 2008).

DCJA 163/2010 pár. 16 a 31

C) Función pública

Los procesos selectivos, en los que participan un número importante de ciudadanos en condiciones de concurrencia competitiva, son procedimientos caracterizados por su elevada complejidad técnica y un nivel de exigencia máximo en la ordenada gestión de los mismos. Dada la multiplicidad de actuaciones administrativas vinculadas a dicho tipo de procesos, la **eventual comisión de un error en la transcripción de un dato o en la emisión de una información** resulta posible. Es por ello que, ante tal circunstancia, **no resulte suficiente** —como propone el reclamante en la tesis que sustenta su pretensión indemnizatoria— con **alegar el error en la información sino que resulte necesario analizar otros elementos, tales como la reacción de la Administración tras el error cometido y**, muy detenidamente, **la trascendencia de éste en el concreto procedimiento selectivo en el que se produjo** y su virtualidad para provocar el daño alegado.

(…)

En efecto, considera la Comisión que un **principio de elemental prudencia por parte de cualquier aspirante hubiera conllevado posponer la adopción de decisiones concluyentes en el ámbito personal o laboral ligadas al proceso selectivo, hasta que no se estuviera en posesión de la certeza absoluta de que se reunían las condiciones para ser nombrado, al menos, funcionario en prácticas**.

Frente a ello, la consulta traslada un escenario en el que el interesado toma la importante decisión de renunciar a su contrato de trabajo con carácter inmediato a la recepción de la comunicación errónea, sin haber procedido previamente a contrastar dicha información con los listados hechos públicos por el Tribunal calificador, ni tener la certeza absoluta de poder acreditar la totalidad de los requisitos exigidos en la convocatoria.

(…)

Llegados a este punto cabe recordar que, entre las diversas ópticas bajo las cuales puede ser valorada la relación de causalidad como requisito para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, ha de imponerse la teoría de la **causalidad adecuada**, tal y como la expone la jurisprudencia: «El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda de su individualidad, en mayor o menor medida, de incierto poder causal, reduciendo el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera normal del curso de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios». (STS de 28 de noviembre de 1998).

En el supuesto objeto de consulta, **la comunicación errónea alegada por el reclamante carece de virtualidad para provocar el daño reclamado**, no queda vinculada a éste en la relación causa a efecto que exige la responsabilidad patrimonial, en los términos descritos.

La llamada telefónica no tenía efecto vinculante, sino un mero carácter informativo anticipatorio. **Conforme a la convocatoria, faltaban varios trámites para que se produjera el nombramiento de funcionario en prácticas**. Y, conforme al relato fáctico, **la Administración, si bien cometió un error inicial** en la transmisión de la información, enseguida **procedió diligentemente a subsanar el mismo, pues lo hizo casi de forma inmediata**. Por su parte, **el reclamante puso fin a su contrato laboral sin consultar antes los listados oficiales y sin haberse cerciorado de si podía o no cumplir todos los hitos del proceso selectivo hasta ser nombrado funcionario en prácticas**. Siendo esto así, parece a la Comisión que **el error** en la transmisión de la información **no reúne por sí mismo la condición de causa idónea y eficiente para producir el daño** cuyo resarcimiento solicita el reclamante, que resulta ser consecuencia de su precipitada decisión, viniendo obligado a soportar las consecuencias de ésta.

DCJA 231/2010 pár. 24 a 36

En el presente caso, como hemos indicado, la reclamante solicita una indemnización en concepto de **daño moral, por el desasosiego producido por la actuación de Osakidetza**, que implicó una reagudización de un cuadro depresivo.

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 la 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, este caso, no cabe duda que **las actuaciones de la Administración se han sujetado en todo momento a las bases de la convocatoria**, **pues la posibilidad del recurso interpuesto por doña M.G.R.F.G., 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, implícitamente**, tanto **el mejor derecho de otra aspirante a ocupar la plaza** de la Comarca Interior … y, atendido el orden de prelación que estableció en su solicitud, la conformidad a derecho de la adjudicación de la vacante en la Comarca Guipúzcoa Oeste …

Además, **dejó sin recurrir las decisiones adoptadas** en el procedimiento, 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 cuestiona es que no se hubiera corregido la valoración con mayor diligencia, porque ello le hubiera permitido renunciar a la vacante que le fue finalmente adjudicada, al preferir la plaza que venía ocupando en su destino anterior —en el centro de Salud … —**a la nueva**— Comarca Guipúzcoa Oeste …—.

Lo que sucede es que, como se argumenta en la propuesta de resolución, **en modo alguno tenía reconocido tal derecho**. Las bases disponían de forma meridiana que se podría renunciar a la participación en el concurso —pese a haber cursado la solicitud— pero la misma se debía formalizar en el improrrogable plazo de de los diez días hábiles anteriores a la publicación de la primera resolución provisional de asignación de destinos.

Una vez traspasado dicho límite, en el que lo que se materializaba era la exclusión del concurso cuando todavía no se había producido la adjudicación de una plaza en concreto —ni aún de forma provisional—, el proceso debía seguir hasta su conclusión, **resultando los destinos adjudicados irrenunciables**, debiendo los concursantes que obtuvieran destino cesar en el que, en su caso, vinieran desempeñando.

Esa fecha límite viene a garantizar la regularidad formal de todo el procedimiento, sin que sea objeto de permanente revisión a expensas de las preferencias que manifiesten los aspirantes durante su desarrollo.

Decaída una de las premisas del silogismo, ya que una vez asumida su participación en el proceso carecía de un derecho a optar por la plaza anterior, la conclusión también decae: **la falta de diligencia en la resolución del recurso interpuesto por otra aspirante no le ha privado de ejercer un derecho que no tenía**.

En cualquier caso, 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, sólo 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.G. el 24 de octubre de 2006 fue estimado mediante Acuerdo de 7 de mayo de 2007 del Consejo de Administración de Osakidetza, 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 el régimen general a fin de que se encuentre amparado en su condición de particular, hay que decir que esta Comisión ha situado fuera del sistema objetivo de cobertura (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 este caso **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**.

Si posteriormente ha entendido que se equivocó al solicitar el destino de la Comarca Guipúzcoa Oeste …, que le hubiera resultado más satisfactorio seguir en su puesto anterior, ese supuesto error de apreciación le es enteramente imputable a ella misma, sin que la Administración venga obligada a abonarle una cantidad a tanto alzado que de alguna manera lo mitigue, ya que no otra cosa pretende con su reclamación.

DCJA 194/2010 pár. 30 a 54

D) Mantenimiento de vías públicas

Pues bien, en este caso, y una vez acreditadas la realidad y certeza del hecho lesivo causante del daño y su forma de manifestarse, la Comisión no comparte el parecer expresado en la propuesta de resolución de estimar procedente la desestimación de

la reclamación porque el agente que causó los daños, una empresa, resultara ajena a la organización municipal o a la prestación de los servicios municipales. Considera, por el contrario, debidamente probado que, ante la caída debida al estado deficiente de la acera, la Administración resulta, por una actuación omisiva, imputable en la reclamación formulada.

A este fin conviene recordar que la Administración Local tiene la inexcusable obligación de mantener las vías públicas abiertas a la circulación peatonal, en condiciones tales que la seguridad de quienes la utilicen normalmente esté garantizada, al menos en cuanto a los aspectos materiales de mantenimiento de esas vías para su fin específico, sin que sea permisible que presenten dificultades u obstáculos a la normal circulación peatonal, sin al menos estar adecuadamente señalizados o con la adopción de las medidas pertinentes para la prevención de posibles eventos dañosos.

El mal estado de la acera es fácilmente apreciable en las fotografías, y así lo reconocen los propios servicios municipales: «Según se puede comprobar en las fotografías adjuntas en el informe de la Guardia Municipal, el mortero se deshizo, con el tiempo y prácticamente en su totalidad frente al paso de cebra situado en …, generando un peligro patente para el peatón y demostrando una ejecución deficiente de esta reposición provisional».

Sin embargo, la propuesta, haciendo caso omiso de dicha apreciación técnica, remite la causa del accidente, y con ello la responsabilidad, fuera de la órbita municipal, al círculo de la empresa actuante, basándose en que la citada empresa ejecutante de la obra no pertenecía a la organización municipal, ni realizaba una prestación correspondiente a los servicios municipales; añadiendo que tampoco el hecho de haber actuado con autorización municipal permite alterar esa posición jurídica inicial de la empresa actuante, que resulta obligada frente a un tercero del resarcimiento de los daños causados con arreglo al artículo 1902 del Código civil.

Considera la Comisión, al respecto, que **las irregularidades materiales que pueda haber causado en una vía pública el promotor de una obras determinadas no exoneran a la Administración municipal de sus funciones de policía general de las vías públicas urbanas**, **ni pueden quedar enervadas o resultan, en todo caso, compatibles con las funciones específicas de policía urbanística, con intervención en la actividad de los particulares**, que le puedan corresponder sobre un ejecutor de obras y eventual causante de irregularidades en la vía pública —funciones éstas que, efectivamente, se habían materializado en este caso mediante el otorgamiento de una autorización para la realización de una zanja mayor de 25 metros para un nuevo suministro eléctrico que demandaba la construcción de un inmueble situado en la calle en donde se produjo el accidente—.

En cualquier caso, es buena muestra de la permanencia de la tutela administrativa municipal sobre el ejecutor de la obra el clausulado de condiciones generales, parti-

culares y específicas a cuyo cumplimiento quedó sujeta la **autorización concedida**, entre las que cabe significar, las medidas concretas de advertencia y señalización a adoptarse durante la ejecución de la obra, las salvaguardias a tomar a fin de mantener la apertura del tráfico y el acceso a portales y locales de la calle, o las acotaciones de calzada y acera que debían respetarse en la ejecución de la zanja proyectada.

Se preveían también en las condiciones de la autorización estipulaciones sobre la restauración de las vías al estado anterior una vez terminada la obra, señalándose aspectos concretos, como la obligación de reponer el embaldosado del mismo tipo y calidad que el existente y los detalles de la combinación a respetarse entre el embaldosado y la cenefa de las aceras.

Es obvio que **las condiciones de restauración de embaldosado que pesaban sobre la ejecutante de la obra no se llegaron a materializar** en ningún momento —el informe y las fotografías constatan la única existencia de material de relleno granulado y capa de mortero—, sin que conste en el expediente ninguna señal de advertencia municipal al respecto, al menos con anterioridad al accidente.

Es también claro que **el estado de deterioro del relleno de la zanja se alargó en el tiempo** —sin poderse concretar cuánto, aunque probablemente muy por encima del plazo máximo de veinticinco días otorgado para la ejecución y reposición del tramo de acera, teniendo en cuenta que la autorización se otorgó el 8 de febrero de 2007 y el accidente acaeció 12 de agosto de 2008—, ya que el repetido informe afirma que en la fecha del accidente la capa de mortero se encontraba prácticamente deshecha en su totalidad.

Se puede concluir, así, ante el riesgo que presentaba objetivamente el estado de la acera, que la entidad municipal incurrió en una dejación de sus funciones, ya de policía general de las vías públicas urbanas, ya de las específicas de policía urbanística; funciones que le hubieran permitido adoptar, entre otras medidas imaginables, al menos las de advertencia y señalización del punto de riesgo; y desde luego, las de dictar comunicaciones, avisos u órdenes de ejecución a la empresa actuante autorizada o para, bajo advertencia, adoptarlas por sí mismo a su cargo, en fase de ejecución subsidiaria.

La consecuencia que se sigue de ello es que procede reconocer la responsabilidad patrimonial directa de la Administración municipal por el daño que se reclama, sin ser factible en este caso pensar en una remisión o traslado de la responsabilidad; circunstancia que esta Comisión ha llegado a admitir en ocasiones y siempre bajo determinadas condiciones procedimentales, en aquellos casos de responsabilidad patrimonial derivados de actuaciones de la Administración mediando la intervención de terceros sujetos a las normas de la contratación pública.

La señalado en cuanto a la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal no resulta, sin embargo, óbice para que se pueda **reclamar de la empresas**

o empresas autorizadas el reintegro de la cantidad indemnizatoria reconocida, al figurar al cargo de éstas, por virtud del clausulado de la autorización, el abono de los daños que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución de la obra (F, Condiciones especiales, número 8).

DCJA 62/2010 pár. 27 a 38

La aplicación de los anteriores razonamientos al caso que nos ocupa, y partiendo del hecho no discutido de la existencia de una **inclinación en la rejilla de recogida de aguas pluviales**, en una calle de Donostia-San Sebastián, **debido a asentamientos diferenciales de dos pavimentos contiguos**, nos ha de llevar a valorar si tal deficiencia resulta compatible con el estándar de servicio exigible.

La reclamante aduce por una parte infracción del Documento Básico sobre Seguridad de Utilización, del Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, concretamente el documento SU1.2 apartado 1, letras a) y b), relativas a la seguridad frente al riesgo de caídas por discontinuidades en el pavimento, en zonas no restringidas ni exteriores.

Sobre ello hay que decir que, aparte de que la citada normativa pueda no ser aplicable al caso por no tratarse de una edificación el lugar donde la reclamante sufrió la caída, como señala el Técnico municipal, el Código Técnico de la Edificación resulta de aplicación a las obras iniciadas con posterioridad a su entrada en vigor, siendo la construcción de la Plaza … anterior a esa fecha.

A mayor abundamiento, a los espacios exteriores, como es el lugar donde ocurrió el accidente, no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado 1 del Documento SU1.2.

En cuanto a la infracción de los artículos 3.2 y 3.3 del Anejo II (condiciones técnicas sobre accesibilidad en el entorno urbano) del **Decreto 68/2000**, de 11 de abril, [sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos y espacios públicos] que aduce la reclamante, hay que decir que tal Decreto tiene como **finalidad garantizar la accesibilidad del entorno urbano de las personas de forma autónoma, particularmente a las personas de movilidad reducida, con dificultades de comunicación o cualquier otra limitación psíquica o sensorial**. Por ello, en relación con los itinerarios peatonales (artículo 3.2), dispone que el trazado y diseño de los itinerarios públicos o privados de uso comunitario, destinados al tránsito de peatones o al tránsito mixto, de peatones y vehículos, se realizará de forma que se garantice la accesibilidad, estableciendo unas especificaciones técnicas (pendiente longitudinal inferior o igual al 6%, o al 2% cuando es transversal) con la clara finalidad de posibilitar la accesibilidad de personas minusválidas.

Lo mismo hay que decir del artículo 3.3 relativo a las características de los pavimentos duros, que han de ser antideslizantes, y sin resaltes entre piezas.

La reclamante no menciona que esté afectada por alguna de las minusvalías recogidas en la norma analizada, por lo que las anomalías que señala no suponen para ella un impedimento de la accesibilidad, no existiendo, por ende, infracción del Decreto 68/200, de 11 de abril.

Por otra parte, atendiendo a los datos recogidos en el informe del Ingeniero Técnico municipal —inclinación entre el 2 y 4 por ciento en la zona central, de 4 metros de ancho, siendo el desnivel en los extremos inferior al de un bordillo de calzada—, así como a las fotografías aportadas con el escrito de reclamación, la Comisión entiende que **la rejilla resulta bien visible, sin que su inclinación suponga un obstáculo problemático para el paso de personas sin problemas de movilidad, por lo que considera que cumple con el estándar de calidad de servicio exigible**.

DCJA 110/2010 pár. 25 a 32

La reclamante, durante el trámite de audiencia, cita en apoyo de su pretensión el **Decreto 68/2000,** de 11 de abril, por el que se aprueban las normas técnicas sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación, así como el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

Pretende, así, configurar la supuesta omisión de la Administración municipal como un supuesto de incumplimiento del estándar de funcionamiento normativamente establecido.

Sin embargo, **las citadas normas como corresponde a su carácter (prospectivo) y finalidad (no discriminación de personas con discapacidad para el acceso y uso de los espacios públicos urbanizados y edificaciones) no resultan de exigencia inmediata y directa para todas las administraciones públicas y para todos los espacios públicos, elementos de urbanización y mobiliario urbano**.

En efecto, la disposición final quinta del **Real Decreto 505/2007**, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, determina que tales condiciones básicas «… serán obligatorias a partir del 1 de enero de 2010 para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes, y a partir del 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables».

Y, por su parte, el Decreto 68/2000, de 11 de abril, por el que se aprueban las normas técnicas sobre condiciones de accesibilidad de los entornos urbanos, espacios públicos, edificaciones y sistemas de información y comunicación, aunque carece de una norma similar a la transcrita en el párrafo anterior, como corresponde a su finalidad (conseguir en un plazo razonable la accesibilidad de las personas con dificultades), también sujeta su aplicación a un régimen escalonado que fuerza a distinguir si se trata o no de proyectos nuevos y si se trata de normas técnicas para edificios (distintas en función de su destino) o espacios públicos.

Centrando el análisis en las exigencias técnicas para los espacios públicos, del régimen transitorio que establece deriva su inmediata aplicación para los proyectos de obras de nueva construcción, ampliación, reformas y mejoras de espacios exteriores, no así para los ya construidos cuando el citado Decreto 68/2000, de 11 de abril, entró en vigor.

Más precisamente, en lo que se refiere a las normas técnicas del Anejo II referidas a las «Condiciones Técnicas sobre Accesibilidad en el Entorno Urbano» que recoge las atientes al diseño de los pasos de peatones y a los alcorques no puede obviarse que, de acuerdo con el Anejo V, **no toda obra de reforma, ampliación o modificación en las urbanizaciones y edificaciones conlleva la obligación de su inmediata y plena adaptación** (artículo 1 en relación con el artículo 2, ambos del citado Anejo V). Pues, en este análisis abstracto, ha de tenerse en cuenta también que, incluso, **las normas técnicas aplicables a los proyectos nuevos admiten modulaciones, en función de las características orográficas, estructurales o de forma de los lugares objeto de remodelación**, **así como del presupuesto económico disponible, que pudiera convertir en desproporcionado el gasto de adaptación.**

En suma, **la citada norma no conlleva** como parece sostener la reclamante **que, tras su entrada en vigor, todos los municipios de la Comunidad Autónoma del País Vasco con independencia del tipo de intervención proyectada** (mantenimiento o reforma estructural) **y del concreto espacio público de que se trate vengan obligados a emprender obras para eliminar de los pasos de peatones cualquier elemento del mobiliario urbano y que, no puedan, sin contravenir la referida normativa, contar con alcorques, debidamente delimitados, pero en forma distinta a la establecida en dichas normas técnicas.**

Por el contrario, **tratándose de espacios públicos, es esencial conocer si se ubican en zonas que han sido objeto de remodelaciones estructurales vigente el Decreto 68/2000, de 11 de abril y no de espacios públicos objeto de obras de mantenimiento y reparación puntuales**.

En el caso que se examina, no cuenta la Comisión con elemento alguno que, siquiera indiciariamente, permita sustentar la aplicación al lugar de la caída de las normas técnicas de accesibilidad para los pasos de peatones y los alcorques.

DCJA 29/2010 pár. 34 a 43

En realidad, el defecto causante de la caída fue consecuencia de una incorrecta instalación de la **rejilla que cubría el alcorque, al encontrarse descolocada o fuera de sitio, originando un resalte de dimensiones considerables en una zona de tránsito reservada principalmente a los peatones** y que, por su localización y su actividad comercial, tiene en ocasiones un uso que puede ser considerado incluso como masivo.

En cuanto a la participación de un tercero en la incorrecta colocación de la rejilla, y su posible efecto sobre el nexo causal, tampoco podemos compartir la tesis municipal que, finalmente, no hace sino traer la teoría jurisprudencial construida principalmente sobre aquellos casos en los que se examina el deber de vigilancia y conservación de la Administración sobre las carreteras, cuando aparece un obstáculo en éstas derivado de la actuación de un tercero. No es éste, sin embargo, el supuesto al que nos enfrentamos, siendo notorias las diferencias entre ambos supuestos.

Por un lado, es el propio Ayuntamiento quien atribuye el defecto en la colocación de la rejilla a un uso normal de la vía pública, al señalar que se debe al paso de algún vehículo realizando labores de carga y descarga. Debe tenerse en cuenta que, **aunque se trata de un itinerario principalmente peatonal, no se excluye**, tal y como reconocen los informes técnicos, **el paso limitado y a determinadas horas de ciertos vehículos** que desarrollan labores de carga y descarga, o incluso de los propios residentes.

Por otro lado, **es responsabilidad del propio Ayuntamiento instalar los elementos urbanos en la forma y calidad suficientes para cumplir con ese uso normal**, sin que pueda atribuirse responsabilidad alguna a los particulares por los defectos en su estado o colocación, salvo que se acredite que esos defectos son consecuencia de un uso antijurídico o anormal.

DCJA 240/2010 pár. 27 a 30

La propuesta de resolución desestima la reclamación, señalando que no procede reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial por considerar: (i) «que los hechos ocurrieron el 7 de marzo, periodo invernal, que semanas anteriores y próximas a finales de enero tuvo lugar en Vitoria-Gasteiz, una **fuerte nevada**. Por su parte, la Unidad de Parques y Jardines informa que el estado vegetativo del árbol causa del accidente era bueno. Por lo que es posible que **la causa de la caída de la rama del árbol** de Paseo de … **fuera el temporal de nieve acaecido semanas antes,** ya que las fuertes nevadas pueden provocar que las ramas de los árboles se resientan y, ante cualquier otra inclemencia metereológica de menor intensidad, habitual en periodo invernal, estas cedan».

(ii) «que, la Unidad de Parques y Jardines informa que la ciudad de Vitoria-Gasteiz cuenta con 52.000 árboles en alineación y 47.000 en parques y jardines, a los que

se realiza las correspondientes y regulares revisiones anuales, en las que no se detectó ningún problema fisiológico, patológico o de estabilidad en el árbol causa del accidente. Los hechos descritos anteriormente, ponen de manifiesto que el Ayuntamiento actuó correctamente, dentro de los márgenes de estándar normal de funcionamiento de los servicios públicos, y que el resultado dañoso se produjo por una causa ajena al mismo sin que pudiera evitarlo».

Sin embargo, antes que nada se ha de advertir que tales afirmaciones se formulan huérfanas de todo apoyo probatorio en el expediente. No se ha acreditado que se produjera una fuerte nevada en las fechas que se indican de manera bastante aproximativa —finales de enero—. Tampoco consta informe alguno de la Unidad de Parques y Jardines que corrobore el número de árboles que son objeto de su atención ni, lo que es más importante, que lleva a cabo un programa de revisiones de los árboles para garantizar su adecuado estado de conservación y prevenir y evitar los daños ocasionados por la caída de árboles o de ramas de árboles a la vía pública. No hay documental que certifique la existencia de tal programa, ni de su contenido, sin que tampoco se haya llegado a determinar cuándo fue objeto de revisión el árbol causante del siniestro.

La Comisión estima que incumbía la prueba de tales hechos a la Administración municipal, porque en definitiva lo que se viene a sostener es que la caída de la rama del árbol obedeció a una situación de fuerza mayor —el fenómeno metereológico debe ser tenido como factor exclusivo e irresistible—, sin que tuviera intervención alguna el funcionamiento del servicio público —ya que se desplegó cumpliendo el estándar de eficacia exigible—, por lo que las consecuencias lesivas han ser soportadas por la persona perjudicada.

Ese defecto de prueba, tanto la falta de aportación de un documento que certifique los datos metereológicos en que se fundamenta para exonerar su responsabilidad, como los datos de funcionamiento del servicio municipal de cuidado y conservación del arbolado de titularidad municipal, impide que podamos entrar siquiera a valorar que pudiera haberse producido una situación de fuerza mayor o que el susodicho servicio se prestara en condiciones de suficiencia.

En cualquier caso y a los solos efectos dialécticos, es de ver que, aún aceptando que una fuerte nevada pudiera constituir un factor irresistible y exterior al servicio público, ya que en algunos casos nada cabe hacer para evitar la caída de ramas o árboles, en este en concreto no puede decirse que no concurriera un factor interno de funcionamiento ineficiente del servicio público, a la vista del tiempo trascurrido entre aquella (producida al parecer a finales de enero) y la caída de la rama (7 de marzo).

Según se dijo en el DJCA 27/1999: «Para determinar si ha sido normal o anormal el funcionamiento de un servicio público, hay que tener en cuenta no sólo las normas positivas de todo tipo que lo disciplinan (leyes, normas de derecho comunitario, de

derecho internacional, reglamentos, circulares internas, etc.), sino, también, el deber de diligencia que razonablemente requieran las circunstancias de cada realización concreta del servicio y el número y grado de los riesgos que conlleve, valorándolas a la luz de los estándares mínimos de seguridad socialmente establecidos respecto de dicho servicio. De tal manera que debería calificarse de anormal, además del funcionamiento que incumpliese dichas normas, aquél que, aun moviéndose en el marco de las mismas, no respondiera a las exigencias del sobredicho deber de diligencia en concreto».

Si una nevada de tales características genera un grave riesgo de caída de ramas, el hecho de que no se compruebe el estado de los árboles o se tomen medidas preventivas adecuadas, atendiendo a unos parámetros razonables del deber de cuidado y vigilancia, y a la vista tanto de los medios disponibles cuanto de las circunstancias concretas, también puede actuar como elemento desencadenante del daño.

En el caso analizado, para llegar a delimitar si el servicio público ha tenido incidencia en el accidente era preciso fijar cómo el Ayuntamiento desarrolla su actividad preventiva y de vigilancia —sobre todo en zonas con afluencia de peatones y vehículos— cuando se produce una gran nevada —tanto ese día como en días posteriores—, teniendo en cuenta la carga de peso añadido que reciben los árboles, lo que puede producir su rotura. Sin embargo, la Administración municipal no ha realizado el esfuerzo probatorio necesario para excluir su responsabilidad.

A la vista de la instrucción practicada la Comisión no tiene razones objetivas para poder concluir que el servicio municipal respondiera a las cotas de rendimiento mínimo exigidos y no le es imputable omisión de cuidado en grado alguno en la conservación y que cuidado de los árboles de los que es titular y, en definitiva, de la seguridad en la vía pública.

Por todo lo cual, procede reconocer la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento ante la ausencia de acreditación del hecho impeditivo alegado —la fuerza mayor— sin que haya probado tampoco que haya existido un funcionamiento normal.

DCJA 162/2010 pár. 27 a 36

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 la actividad municipal respecto de las aceras, cuya finalidad es precisamente facilitar el tránsito de personas, la mera constatación de **la existencia de un vado autorizado a un particular por el Ayuntamiento 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 169/2010 pár. 14

La propuesta de resolución desestima la reclamación por «falta de elementos para la concurrencia de una relación de causalidad entre lo solicitado en su instancia y el desarrollo de las actuaciones municipales correspondientes a la prestación de los servicios públicos en la ciudad»; argumento que, a falta de mayor concreción, reclama ser conectado con lo instruido, remitiéndonos, por un lado, a la **titularidad privada del lugar de la caída** y, por otro, a la imputación de ésta a una distracción de la reclamante, motivos que se aducen durante la tramitación y que se contestan por la interesada en sus alegaciones tras la audiencia del expediente.

En efecto, el informe técnico señala que «existe una plataforma de acceso al local que se ubica en el bajo del inmueble y que se sitúa en el terreno privado de la finca, con una diferencia de 15 cm. aproximadamente con el pavimento de la acera pública de paso peatonal lindante con ella, Esta plataforma, cuya superficie no se ajusta a la existente de la acera perimetral forma parte del forjado del sótano de garajes de la finca».

Pero **ese solo dato no permite clarificar la situación jurídica del lugar donde se produce la caída, ni servir para exonerar a limine la responsabilidad municipal cuando**, como trasladan las fotografías, **para las personas que caminan se trata de una zona de tránsito abierta al paso de peatones sin restricción alguna.** En suma, la titularidad privada del terreno —que se afirma en el expediente— carece de la virtualidad exoneradora de la responsabilidad municipal que parece querer otorgársele por la Administración municipal consultante

La reclamación presentada se desenvuelve, por tanto, en el ámbito de la competencia que los municipios ostentan en materia de pavimentación y mantenimiento de las vías públicas urbanas, tanto calzadas como aceras [art. 25.2.d) y 26.1.a) LBRL], a fin de garantizar unas objetivas condiciones de seguridad para el tránsito de vehículos y personas.

DCJA 183/2010 pár. 16 a 19

En primer lugar, con respecto a la forma en la que se produjo la caída, hay coincidencia entre el conductor y el testigo del accidente —don JAP— en que fue debido

a que el conductor perdió el control de la motocicleta; sin embargo, es el propio accidentado el que manifiesta que esa pérdida de control lo fue «al tocar un parche de brea existente en el lado derecho de la calzada».

En segundo lugar, con respecto al estado del firme, cabe otorgar mayor poder probatorio al referido informe, ya que los agentes refieren lo que pudieron comprobar in situ, para describir la vía de esta forma: «superficie: mojada; condiciones atmosféricas: buen tiempo; luminosidad: pleno día.» Asimismo constatan que 8 metros antes de la huella de arrastre de 18,5 metros de longitud existe un parche de brea de 22 metros que presenta incluso una diferencia de cotas en el firme, si bien no precisan su altura.

Por su parte, el Servicio de Vías Públicas expresa las razones por las que el pavimento presenta ese firme: se produjo una grieta en la carretera al asentarse la explanada que la sustenta, siendo tapada con una emulsión de betún y arena especial para estos casos.

Pues bien, es obvio que **la grieta no podía quedar abierta y que no se ha puesto en duda la solución técnica escogida para cubrirla,** sin que pueda hacerlo esta Comisión sin prueba en contrario que la cuestione.

En principio, ese estado del firme no es ajeno al estado actual de las carreteras en numerosos lugares y puntos de la red, en especial tratándose de vías urbanas, **sin que supongan la creación de un riesgo específico para el tráfico, menos aún ante los rigurosos límites de velocidad establecidos para la circulación de vehículos a motor en ciudades y núcleos urbanos**.

Es obvio también que la conducción en ciudad exige extremar la atención y sobre todo prestar la adecuada a las condiciones de la vía.

Las fotografías que acompañan el informe, pese a la escasa calidad de la reproducción, revelan que **el parche era evidente** (y lo era desde su inicio y a lo largo de sus 22 metros, sin que se haya llegado a concretar dónde se produjo el contacto) y muestran un firme raseado, por lo que **la elevación detectada tenía que ser de escasos milímetros, lo que no plantea ningún problema a la conducción si esta es atenta y se observa la prescrita velocidad**.

De otro lado, una moto deportiva de esas características (750 cc de cilindrada y más de 140 caballos de potencia) reclama también la adopción de las precauciones necesarias, teniendo en cuenta las condiciones del lugar.

Por tanto, no pudiéndose atribuir al parche de brea una incidencia relevante en el accidente, en el sentido de ser susceptible de incorporarse al curso causal, ya que cumple las condiciones requeridas por el estándar normal de funcionamiento del servicio, cobran mayor fuerza como hipótesis plausibles, bien que la víctima iba dis-

traída, bien que no pudo controlar la frenada al tomar la curva, por estar el suelo mojado e ir a una velocidad inadecuada.

DCJA 259/2010 pár. 28 a 36

Finalmente debemos señalar que en el supuesto de que la caída se hubiera producido en el lugar relatado por la reclamante, la verificación de una deficiencia o anormalidad en el funcionamiento de un servicio público no determina, sin más, la declaración de responsabilidad de la Administración en supuestos dañosos relacionados con aquél.

Esta Comisión ha venido subrayando, en numerosas ocasiones, la necesidad de atender a las circunstancias del caso concreto, prestando especial **atención a la diligencia observada por la lesionada cuando le es posible percatarse de las deficiencias y riesgos existentes y sortearlos**.

En el supuesto concreto examinado, resulta importante tener en cuenta que **la arqueta se encuentra en la parte de la calzada o vía pública destinada a la circulación de vehículos y no al tránsito de personas**, así como que la incorporación de un peatón a la misma debe realizarse, tal y como indica la propuesta de resolución, por el lugar expresamente habilitado para peatones.

En definitiva, en el supuesto analizado, no ha quedado debidamente acreditado en el expediente que el funcionamiento del servicio público fuese causa directa e inmediata del daño, por lo que no existe base para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

DCJA 116/2010 pár. 23 a 26

Esta Comisión no puede dejar de advertir que la propuesta de resolución trasluce una equiparación automática de la parte de la acera que se acerca al bordillo con el mobiliario urbano, y, por ello, con elementos consustanciales a las vías urbanas en las que —como hemos expuesto en el párrafo 23—, con carácter general, no se aprecia la concurrencia del requisito del nexo causal con el funcionamiento del servicio público.

Es preciso aclarar al respecto que el hecho de que la ubicación de **las deficiencias de la acera se sitúen en zona cercana al bordillo no permite un análisis del que concluir de forma automática la exclusión de la exigencia del estándar medio de mantenimiento del resto de la acera, porque, pese a estar muchas veces reservados para mobiliario urbano, no dejan de ser zonas de tránsito peatonal**, y en numerosas ocasiones —y tal y como evidencian las fotografías del expediente, así ocurre en este caso— la acera permite el acceso a la calzada donde se encuen-

tran aparcados vehículos a lo largo del bordillo, hacia la que los viandantes han de dirigirse para ocuparlos en las mismas condiciones de seguridad que si transitaran por otros puntos de la acera.

No se puede, por tanto, considerar en todos los casos mobiliario urbano ajeno al tránsito de personas la disposición de adoquines en torno al **alcorque de un árbol:** en este caso forman un cuadro de bastante dimensión, perfectamente integrado en la acera, equiparado en armonía estética con el diseño de otras zonas de la acera en las que aparecen también mosaicos dispuestos con los mismos adoquines que los que rodean los árboles (como se aprecia en las fotografías que comprenden toda la acera).

En la misma línea **tampoco puede aceptarse con carácter general que la anchura de la acera determine de forma exclusiva el estándar medio exigible en la pavimentación de aquélla**, que exija una determinada conducta al viandante. **La naturaleza de la deficiencia no puede quedar compensada por el estado del resto de la vía para circular** porque es inevitable que en determinados momentos las personas circulen por zonas más cercanas al bordillo, lo que no justifica que hayan de ser desatendidas en el marco de obligación de mantenimiento de las vías públicas.

DCJA 42/2010 pár. 33 a 36

Por otra parte, también **es exigible a los usuarios del dominio o de los servicios públicos la diligencia y atención que la generalidad pone en la utilización de los mismos, con lo que la sola existencia de una imperfección en el servicio público no es suficiente para que surja la responsabilidad de la Administración, sino que la deficiencia debe ser relevante**, en el sentido de suponer un peligro en circunstancias de utilización del dominio o servicio público con normal diligencia y atención.

La aplicación de los anteriores razonamientos al caso que nos ocupa, y partiendo del hecho no discutido de la diferencia de alturas entre dos pavimentos de la misma acera, como se puede apreciar en las fotografías, nos ha de llevar a valorar si tal deficiencia resulta compatible con el estándar de servicio exigible.

El Instructor considera que no debe estimarse la reclamación, dado que el accidente se produjo con un elemento consustancial a la acera, no apreciándose una actuación omisiva por parte de la Administración municipal.

Desde una perspectiva aérea (fotografía inferior folio 9), se puede apreciar que la acera esta dividida funcionalmente en dos partes: una de ellas, la más ancha, para la normal circulación de las personas, está pavimentada de baldosa clara; la otra, más estrecha y delimitada por una cenefa de baldosas más oscuras, es donde se

ubican los árboles con sus alcorques, farolas, papeleras y otros servicios. Cada parte es de diferente pavimento, existiendo entre ambas una diferencia de altura que oscila entre cero y cuatro centímetros.

La Comisión considera que **el desnivel del lugar en el que cayó la reclamante (3 centímetros) entra dentro del estándar de servicio exigible** a la Administración, considerando, por otra parte, que **la diferencia de alturas resulta bien perceptible a lo largo de la acera, estando**, además, **delimitados visualmente los diferentes pavimentos mediante una cenefa de baldosas de diferente color,** por lo que entiende que **el obstáculo pudo haber sido librado con una normal atención de la viandante**.

DCJA 130/2010 pár. 22 a 26

Véase DCJA 145/2010 pár. 23 a 24

Así, el informe técnico afirma que se aprecia un asentamiento de un tramo corto de escalón. Y la propia documental fotográfica sólo pone de manifiesto la existencia de una grieta con un ligero asentamiento en una esquina del último escalón, que, por sí mismo, no puede calificarse como factor de riesgo para los viandantes del que derive un título de imputación hacia la Administración.

Además, las fotografías evidencian que **la escalera tiene una anchura suficiente para transitar por ella sin dificultad, evitando la deficiencia que afecta a un mínimo espacio y que se encuentra en la esquina exterior del escalón en una zona de tránsito no habitual y más arriesgado por no disponer de barandilla en ese lado**. La barandilla, en cambio, está dispuesta en la zona central de la escalera, que queda así dividida en dos partes y se encuentra diseñada para facilitar apoyo a los transeúntes al ascender y descender por la escalera, presentándose, así, como el lugar más adecuado para circular por la misma.

Es opinión de esta Comisión que *la existencia de una ligera anomalía en un lugar de paso público* —máxime **cuando**, como en este caso, **dispone de unas determinadas características que permiten un tránsito en condiciones seguras** (anchura del espacio, disposición de elementos protectores, como barandillas, etc.)— **no infringe el estándar** que, de acuerdo con la situación social y económica, es exigible para el mantenimiento de las vías públicas, siendo esperable y previsible para los viandantes que puedan darse mínimas irregularidades.

DCJA 159/2010 pár. 32 a 34

Así, centrada la cuestión, el caso nos enfrenta a la determinación del estándar, más precisamente, de los contornos que debe alcanzar la exigencia de prestación del servicio de mantenimiento de las vías públicas.

Y, en este marco, la Comisión estima que la tesis de la entidad reclamante, según la cual es bastante con la existencia del obstáculo para que surja la responsabilidad de la Administración, sin tener en cuenta las circunstancias fácticas que presenta el caso, no puede ser admitida porque supone que su prestación ha de permitir que la calzada se encuentre siempre en perfecto estado y sitúa el estándar en lo óptimo pero no en lo razonable.

A este respecto, debe decirse que el Ayuntamiento ha aportado datos suficientes en relación con el funcionamiento del servicio que permiten concluir que el accidente tuvo lugar a pesar de que éste ofreciera el estándar de calidad exigible a los diferentes servicios implicados (vías públicas y policía local), siendo imposible evitar hechos como el producido.

Debe tenerse en cuenta, a efectos de determinar ese estándar, el entorno en el que **se produjo el accidente**, esto es, una carretera de acceso a **un barrio alejado del centro de la ciudad que**, como señala el informe municipal, **transcurre junto a terrenos en talud en los que son posibles los desprendimientos por la acción de fenómenos metereológicos (lluvia y viento) y por el crecimiento de las especies arbóreas y la incidencia de sus raíces en la roca**.

De otro lado, **cabe conceptuar como medida positiva para evitar los accidentes la limitación de velocidad de 30 km/h vigente en la zona**, en tanto que permite, bien frenar en poco espacio y evitar el choque, bien esquivar el obstáculo y salvarlo sin grandes dificultades, cuando no ocupa toda la calzada.

Finalmente, **no pudo activarse la respuesta para eliminar la piedra porque su presencia no fue advertida por ningún conductor, ni por la Guardia municipal —a la que tampoco cabe pedir que vigile al mismo tiempo todas las aceras y calzadas de todos los rincones del municipio**— que, una vez producido el accidente, se presentó en el lugar y garantizó la seguridad de los conductores, no quedando obstáculos una vez terminada su actuación.

DCJA 244/2010 pár. 34 a 39

E) Protección de datos

La ley de creación de la Agencia, LFDP, configura ésta como un ente público que actúa con plena independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 10), entre las que se incluyen, en relación a los ficheros de las administraciones que relaciona su artículo 2.1, la de velar por el cumplimiento de la legislación de protección de datos y controlar su aplicación [artículo 17.1 a)], así como la de ejercer la potestad sancionadora contra quienes estime responsables de las infracciones tipificadas en la ley [artículo 17.1 g)].

Tiene, en suma, una labor de carácter tuitivo o preventivo de policía administrativa en materia de protección de datos, que se desenvuelve en labores tanto de inspección como de sanción.

En ejercicio de la misma ha considerado, de forma sintética, que los datos aportados por los denunciantes fueron utilizados para una finalidad incompatible (distinta) para la que fueron entregados a la Administración, sin que obrare consentimiento por parte de éstos o habilitación normativa para un uso diferente.

Además de los datos de nombre y apellidos de los denunciantes, constan en los escritos sus DNI y domicilios, datos de carácter personal que, independientemente de que pudieran obrar en los ficheros de la Administración, no eran públicos al tratarse de un proceso selectivo.

Tomando en consideración lo actuado por la Agencia, aún no siendo firme su resolución, corresponde a esta Comisión enjuiciar los hechos desde el específico ámbito en el que el legislador ha querido que se desenvuelva su intervención que, en este caso, es el de la responsabilidad patrimonial. Ambas intervenciones responden a distintas caracterizaciones y entendemos que nada impide el análisis del asunto, pese a que la declarada lesión a un derecho fundamental se encuentra sometida a revisión ante los Jueces y Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, sencillamente, porque, como luego veremos, no existe automaticidad entre la infracción y el derecho a una indemnización.

(…)

Es importante, por tanto, retener que lo que se somete al examen de la Comisión es una **reclamación de responsabilidad que se construye sobre la presunta lesión a un derecho fundamental**.

En efecto, para la posición doctrinal mayoritaria avalada por el Tribunal Constitucional (por todas STC 292/2000 de 30 de noviembre) **la LOPD preserva como bien jurídico protegido un nuevo derecho fundamental, el de autodeterminación informativa**, que, en síntesis, define la facultad de cada persona para disponer de sus datos y, por tanto, acota una esfera más amplia que el derecho a la intimidad, pues se refiere aquél al control sobre el recorrido de los datos propios (íntimos y no íntimos), garantizando la facultad de las personas de conocer y acceder a los bancos de datos donde se archivan las informaciones que las conciernen, de controlar la calidad de los datos (con la consiguiente facultad de cancelación y rectificación de los inexactos o indebidamente procesados), así como de disponer sobre su uso.

Por tanto, a lo que aquí interesa, debe tenerse en cuenta que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional (por todas, STC 254/1988, de 21 de diciembre), «...es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los

mismos. Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10 de la CE como «fundamento del orden político y la paz social». Se produce, así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio viene a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que **los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y esencia de tales derechos**».

La LOPD resulta de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de esos datos por los sectores público y privado. Esto es, no sólo comprende los datos en soportes automatizados, sino también los registrados manualmente, siempre que estén incorporados a los ficheros y sean susceptibles de tratamiento (automatizado o no).

Como segunda cuestión liminar, debe señalarse que **la LOPD en su artículo 19 (derecho de indemnización) reconoce dicho derecho** en los siguientes términos: «....Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados».

El precepto distingue, a continuación, **el régimen de la responsabilidad según la titularidad, pública o privada, de los ficheros**.

Para los de **titularidad pública**, la LOPD remite a la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas. Respecto de este precepto, crucial para resolver el caso planteado, debe resaltarse que en la LOPD se regula de forma separada la tutela de los derechos y el derecho de indemnización, y conviene advertir que el literal del **precepto conecta la procedencia de la indemnización al incumplimiento de la LOPD**.

Por ello, **esta Comisión**, aún reconociendo la novedad del régimen indemnizatorio, la ausencia de jurisprudencia consolidada sobre el precepto y la existencia de opiniones doctrinales diferentes (especialmente en torno a si el precepto establece o no un régimen de responsabilidad objetiva para los privados), **entiende que, tratándose de ficheros de titularidad pública, no hay ningún problema para reconocer la responsabilidad objetiva**, por ser ésta ya elemento clásico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en nuestro ordenamiento, instituto al que la propia LOPD reconduce el sistema indemnizatorio para los ficheros de titularidad pública.

Y así, sin negar los problemas que el precepto suscita en orden a si cabe un funcionamiento normal (esto es, sin incumplimiento de la LOPD) como presupuesto habilitante de una acción de responsabilidad contra las administraciones titulares de ficheros, es lo cierto que, en opinión de la Comisión, lo que sí admite el artículo 19 es objetivar la existencia de una lesión antijurídica al bien jurídico protegido (derecho fundamental de autodeterminación informativa) por la LOPD, siempre que se aprecie un incumplimiento de la misma. Decisión del legislador que, a juicio de la Comisión, adquiere cabal sentido si se toma en consideración la dificultad de acreditar autónomamente (esto es, al margen del incumplimiento) la lesión al citado derecho fundamental.

Ello, claro está, no obsta (1º) para que el nacimiento de la obligación de responder por la Administración que haya funcionado incorrectamente exija el cumplimiento de los demás requisitos que el instituto de la responsabilidad administrativa reclama, y (2º) para que, además del daño antijurídico delimitado por el incumplimiento legal, pueda el caso concreto añadir nuevos y distintos perjuicios.

Los requisitos para apreciar la responsabilidad de la Administración:

Como es constante en la doctrina y la jurisprudencia, son requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial: la efectividad del daño o perjuicio evaluable económicamente e individualizado, en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal —es indiferente la calificación— de los servicios públicos en una relación directa e inmediata de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que puedan alterar el curso causal; la inexistencia de fuerza mayor; y, finalmente, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Aún partiendo de que se haya podido producir un funcionamiento anormal de la Administración, al remitir las reclamaciones de don A.M.G. y don J.A.Z.M, a otros 12 aspirantes, con lesión del derecho de ambos a disponer de sus datos —de momento lo decidido por la Agencia no ha sido revisado—, ello no releva de efectuar el análisis necesario para determinar si procede estimar la pretensión indemnizatoria.

Cabe trasladar, al respecto, la **doctrina sentada por esta Comisión en los supuestos de reclamación de daños y perjuicios derivados de la anulación de un acto administrativo**, y de la interpretación del artículo 142.4 de la LRJPAC que señala que dicha anulación no presupone derecho a una indemnización.

Esta previsión legal ha sido interpretada por esta Comisión Jurídica (siguiendo al Consejo de Estado) en el sentido de que «el efecto indemnizatorio no se asocia automáticamente a la anulación de una resolución administrativa, de suerte que tal anulación se erija en título por sí suficiente, y sin más requisito de acreditación necesaria, para que surja el derecho a indemnización. Por el contrario, para declarar la responsabilidad patrimonial y el derecho del particular a percibir una indemniza-

ción deben concurrir los presupuestos generales de aquélla» (DDCJA nº 3/2001 y 70/2003, entre otros).

En igual sentido, **el artículo 19.2 LOPD remite a la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas, porque no basta que quede acreditada la vulneración del derecho a la protección de los datos de carácter personal para que automáticamente nazca la obligación de la Administración titular del fichero al pago de una indemnización**.

El vigente régimen legal contempla que el interesado, además del cese de las actuaciones de la Administración lesivas o contrarias al derecho fundamental, dentro de la corrección de los efectos de la infracción, podrá incluir la reparación de sus consecuencias, incluida la indemnización que proceda si ha sufrido un daño.

En este caso, para que la reclamación prospere **es necesario que los reclamantes justifiquen el daño sufrido como consecuencia del traslado a otros 12 aspirantes de sus datos personales y acrediten su efectividad**. Esto es, conforme a los requisitos que hemos dejado apuntados, que el daño sea efectivo, individualizado y evaluable económicamente.

Los reclamantes se limitan a calificar lo sucedido de una gravedad manifiesta y consideran que los daños y perjuicios causados son de carácter moral.

Ciertamente es objeto de reparación en la actualidad el daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que, junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del «lucro censans» o «damnum emergens», la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral que, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

Ahora bien, **nada aportan los reclamantes** —ni acreditan mínimamente— **que lo sucedido les ha provocado un sufrimiento psíquico**, un estado de incertidumbre, ansiedad, angustia, zozobra o frustración, o que les ha afectado a sus relaciones sociales o a su prestigio profesional, **lo cual**, por otra parte, **parece poco probable**, atendidas las circunstancias del caso:

– (i) **Los datos fueron remitidos a un muy reducido número de personas, perfectamente identificados, sin que hayan tenido trascendencia pública, ni**

quepa prever una utilización por parte de aquellos para lograr finalidades espurias.

– (ii) **Los datos personales transmitidos** (DNI y domicilio) **son datos que no son especialmente protegidos** (ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, salud y vida sexual), **ni son realmente íntimos, ya que de los mismos no cabe extraer datos que revelen ningún aspecto de su personalidad** —el domicilio incluso figura en fuentes de acceso público al alcance de cualquiera—.

Pero, según lo razonado, no es suficiente con constatar que existe una infracción del derecho fundamental sin necesidad de mayor aditamento. Para que se pueda dar ese reconocimiento es de todo punto obligado que el reclamante, en primer lugar, alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama y que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar el padecimiento moral sufrido y su reconocimiento.

En la medida en que no hay ningún elemento que permita calibrar la afección a su derecho de protección de datos de carácter personal, la propia declaración de la existencia de un comportamiento infractor por parte de la Administración sería suficientemente reparadora.

De otro lado, sin poner en cuestión la ponderación realizada por la Agencia Vasca de Protección de Datos, es de ver que **en este caso se deben conciliar dos derechos constitucionalmente reconocidos, como son el derecho a la protección de datos** (art. 18.4 CE), que persigue proteger la privacidad de las personas, **y el derecho al acceso a archivos y registros públicos**, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas [art. 105 b) CE], que persigue garantizar la obtención de la información que sea necesaria para que aquellos puedan hacer valer sus derechos y que, indirectamente, actúa también como una forma de verificación de la actuación legal, objetiva y transparente de las administraciones públicas.

En concreto, el artículo 31 LRJPAC define el concepto de interesado y su artículo 35.a) dispone que los ciudadanos tienen el derecho a «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos».

Es más, **tratándose de una reclamación efectuada a la actuación de la Administración —en este caso del Tribunal Calificador—, encaminada a revisarla, parece a priori preferente el derecho de acceso**; solo así se comprende que el artículo **112 LRJPAC contemple como un trámite formal preceptivo la audiencia de**

los demás interesados, a los que «se les dará, en todo caso, traslado del recurso» para que aleguen cuanto estimen pertinente, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la anulabilidad del acto por causar indefensión (han de tener la oportunidad de defenderse en términos reales y efectivos y, en su caso, replicar dialécticamente las posiciones contrarias).

Incluso ni siquiera es preciso tener la condición de interesado —como lo serían las personas a las que le fue facilitada una copia de la reclamación efectuada al Tribunal calificador— **para tener acceso a documentos que formen parte de procedimientos terminados**. El artículo 37 LRJPAC distingue «el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas estará reservado a éstas» (apartado 2), mientras que «el acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo» (apartado 3).

En suma, desde una perspectiva sustantiva, **estima la Comisión que la LRJPAC contempla un régimen en el que importan más los bienes jurídicos públicos que tratan de conseguirse** (información necesaria para que los interesados puedan hacer valer sus derechos, garantía de la actuación legal, objetiva y transparente de la Administración) **que el derecho a la privacidad —que no intimidad— de una persona**.

Lo que, además, **resulta fundamental en procesos selectivos en los que se encuentra afectado además otro derecho fundamental, el de igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido por el artículo 23.2 CE**, derecho de contenido eminentemente reactivo que no podría activarse si los interesados no tuvieran acceso a los documentos que forman parte del mismo.

Ello no excluye que, con ocasión de la tramitación de un procedimiento administrativo, se deban tomar, tratándose de datos personales que afecten al honor o a la intimidad personal y familiar —entre ellos, muy singularmente, los especialmente protegidos—, aquellas medidas que siendo perfectamente razonables y adecuadas permitan compaginar ambos derechos.

DCJA 210/2010 pár. 26 a 62

F) Servicio educativo

Es esta circunstancia acreditada junto a la corta edad de la menor la que permite trabar adecuadamente en el caso la imputación de una responsabilidad objetiva a la

administración educativa, toda vez que si, precisamente antes del accidente, otros menores estaban desarrollando sus juegos en la barandilla —cuya distancia del suelo 1,80 m es considerable— debía extremarse el rigor y las cautelas. Como señala el Tribunal Supremo, «No puede exigirse a los menores el mismo grado de madurez en su actuar que a una persona adulta, de donde resulta que no se excluye por completo la responsabilidad del colegio, ni estima como causa única eficiente del evento la conducta de la niña» (STS de 14 de abril de 2002).

En el caso, **dado que los niños y niñas de corta edad no son capaces por sí mismos de sopesar los peligros de sus propios actos ni la forma de evitarlos, la adecuada satisfacción de sus necesidades de seguridad hubiera demandado la atención continuada, extremando la vigilancia para impedir la materialización de accidentes como el acaecido, ya que los sucesivos intentos por parte de algunos menores de acceder a la barandilla hubiera requerido adoptar las medidas adecuadas para impedir de manera absoluta y taxativa cualquier posibilidad de acceso a la misma por parte de dichos alumnos**.

De la misma manera, **la edad de la menor invita a excluir la posibilidad de apreciar una concurrencia de culpas**, en igual grado y con igual virtualidad, que pueda derivar en una moderación de la obligación resarcitoria de la correspondiente Administración.

DCJA 117/2010 pár. 38 a 40

G) Servicios sanitarios

La propuesta resolutoria, con apoyo en los informes médicos del Servicio de Oftalmología del Hospital de … y de la Inspección Médica, asume un error inicial en la colocación de una lente intraocular de distinta graduación a la programada, pero, una vez conocidos y valorados los efectos de esa actuación, niega cualquier mala praxis en las actuaciones e intervenciones posteriores, atribuyendo el desprendimiento de retina y la posterior pérdida total de visión, a la materialización del alto riesgo asumido por el paciente en la intervención de sustitución de la lente intraocular.

El informe de la Inspección Médica añade un análisis científico del cual se deduce que el desprendimiento de retina (DR) entra dentro del riesgo tras una intervención de estas características, y que ese riesgo se agrava en miopes, existiendo una clara relación entre la miopía y el DR aumentando aun más su incidencia en la alta miopía: «Según autores consultados, está demostrado que el DR debe ser considerado como una lesión potencial de las lentes fáquicas de cámara anterior».

Entre los factores de riesgo del DR se encuentran la cirugía previa del ojo, miopía, antecedentes familiares de retinopatías, traumatismos y diabetes incontrolada.

En el presente caso confluían varios de los factores de riesgo avanzados (cirugía previa, miopía rnagna con atrofia corioretiniana importante y señales de tratamiento antiguo con láser), por lo cual el riesgo de DR era muy elevado.

El reclamante, por su parte, tampoco aporta prueba alguna que permita a esta Comisión cuestionar las conclusiones de carácter técnico contenidas en dicha propuesta, lo cual nos lleva también a excluir una mala praxis a partir de la segunda intervención. A partir de su ejecución el paciente estuvo siendo revisado y reevaluado en todo momento, aplicándosele según las pautas los tratamientos necesarios indicados.

Ahora bien, **al considerar los efectos derivados del error en la graduación de la lente en la primera intervención, se han tenido en cuenta únicamente, como decimos, los daños directos e inmediatamente asociados a la misma, considerados por comparación con la situación anterior a esa operación. No se tiene en cuenta, por el contrario, que la realización de la intervención de cambio de lente intraocular fue una consecuencia derivada del error producido en la primera intervención.**

Además, los informes médicos incorporados al expediente coinciden al señalar que la realización de esta primera intervención, unida a otros factores como la miopía magna y anteriores tratamientos con láser, incrementaban de modo significativo el riesgo de sufrir complicaciones, como el desprendimiento de retina, a la hora de someterse a la segunda intervención para sustituir la lente. Por tanto, incluso asumiendo que nos encontramos en el marco de una medicina de medios, es una cuestión no discutida —incluso apuntada por los informes técnicos— que con la ejecución de la primera operación de cataratas se incorporó al posterior proceso un nuevo factor de riesgo de sufrir complicaciones, reduciendo, por tanto, las posibilidades de éxito de la segunda intervención.

Por tanto, si bien no puede afirmarse que exista certidumbre causal, **no resulta quimérico pensar que de haberse colocado la lente indicada en la primera de las intervenciones se hubieran evitado los daños surgidos tras la segunda**. Aunque la Administración sanitaria se ha esforzado en probar la correcta actuación de los servicios implicados tras la intervención de cataratas, **el error en esa primera intervención**, **además de los concretos efectos negativos en la visión del ojo derecho del reclamante, supuso también una merma de sus expectativas de mejora; efecto nocivo que también resulta antijurídico** y que, por tanto, también debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar los daños provocados como consecuencia del error en la graduación de la lente colocada en la intervención de cataratas.

Con ello, en definitiva, no se quiere decir que la actuación de los servicios sanitarios haya provocado por sí sola el desprendimiento de retina y la posterior pérdida de visión del paciente, pero sí que no se aplicaron correctamente todos los medios preci-

sos para resolver el padecimiento del reclamante, lo cual denota la existencia de un nexo causal entre los graves daños derivados de la segunda intervención y la asistencia sanitaria recibida, entendida de forma global, y esto debe ser reconocido, a juicio de esta Comisión, como una pérdida de oportunidad terapéutica para el paciente.

En segundo lugar, debe ser objeto de análisis específico lo señalado por el reclamante en cuanto a la **información facilitada antes de la ejecución de la segunda intervención**.

La Administración alega que de manera previa a esa segunda intervención se facilitó al paciente información suficiente y adecuada sobre la misma y sus riesgos. En este sentido, el informe del Servicio de Oftalmología del Hospital de … señala textualmente que «El paciente asume los riesgos que son similares a la intervención previa de cataratas y por ello firma de nuevo el consentimiento de cataratas, asumiendo los riesgos que se recogen del mismo».

Pues bien, ya de inicio se constata la **utilización por parte de los servicios sanitarios de un formulario específico para intervención de cataratas, cuando en este caso**, aun asumiendo que se trate de objetivos y riesgos similares, **se trataba de una intervención diferente**, cuyo objetivo era sustituir una lente intraocular anteriormente colocada en una operación de cataratas. A este respecto, 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» (SSTS, de 23 de julio de 2003, 13 de abril de 1999 y 2 de febrero de 1997).

Tal y como señala en ese mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007, 339906), «si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecue a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido».

Por otro lado, se detecta también cierta contradicción en la información facilitada al paciente en torno a las expectativas aparejadas a esa segunda intervención y, más concretamente, en torno a la necesidad de utilizar gafas tras su ejecución.

El informe del Servicio de Oftalmología del Hospital de … señala al respecto que, aunque se le hubiera colocado la lente de - 9 dioptrías que indicaba la biometría, dicho paciente se hubiera quedado hipermétrope en más o menos + 4 dioptrías y por ello también debería utilizar gafas o, en su defecto, proceder al recambio de lente.

El reclamante, por su parte, sostiene que esa valoración sólo le fue comunicada con posterioridad a la intervención y que, en cualquier caso, no es lo mismo una miopía de - 6 dioptrías, que elimina cualquier posibilidad de visión sin gafas, que una hipermetropía de + 4 dioptrías que afecta únicamente a la visión de cerca, posibilitando un uso eventual de las mismas.

Pues bien, ante tal disparidad de versiones, es el propio informe del Servicio de Oftalmología quien aporta el principal argumento a la versión del reclamante, cuando señala literalmente en torno a la información facilitada al paciente antes de la segunda intervención que «se le informa que el único modo de poder prescindir de las gafas es someterle a una nueva intervención de recambio de lente».

Señala también que con respecto a esta segunda intervención no fue informado: i) de las características y riesgos típicos de la intervención de cambio de lente; ii) de que en la segunda intervención el riesgo de desprendimiento de retina era muy elevado y, iii) de las alternativas a la intervención.

El informe de la Inspección Médica, por su parte, señala en sus conclusiones que «el paciente fue informado a través del CI [consentimiento informado] específico y también de forma verbal, previamente a sus intervenciones del mayor riesgo que representaba en su caso, debido a su miopía magna, y en la 2ª IQ, debido además a la cirugía previa», pero no especifica cuándo se transmitió esa información de forma verbal, ni cuál fue el contenido de la misma. A este respecto, el informe del Servicio de Oftalmología sólo señala así consta en su historia clínica que, previamente a la primera operación y ante su gran miopía, se le informó que su recuperación visual sería incierta o limitada, además de lo anteriormente señalado en torno a la similitud de los riesgos de ambas intervenciones (cataratas y sustitución de LIO lente intraocular).

En este contexto, cabe recordar que la regulación del consentimiento informado exige, no sólo que se preste información genérica sobre los riesgos que los tratamientos médicos generan, sino también sobre los específicos en atención a las circunstancias de cada paciente, y, en relación a esta cuestión, no podemos sino constatar el hecho de que **ni en el documento de consentimiento informado firmado con ocasión de la segunda intervención, ni tampoco en el firmado con ocasión de la intervención de cataratas, se incorporó consideración alguna sobre los especiales riesgos derivados de sus circunstancias y antecedentes personales**, y ello pese a que el citado impreso contiene un apartado referido específicamente a «Otros riesgos relacionados con sus circunstancias personales específicas».

A la vista de todo lo anterior, podrían plantearse dudas en torno a si cada uno de **estos defectos** en el suministro de información, analizados individualmente, tendría la relevancia suficiente para alterar la capacidad del paciente para tomar una decisión; sin embargo, apreciadas en su conjunto, permiten advertir que **afectan tanto a las expectativas positivas** (necesidad o no de utilizar gafas tras la operación) **como a los potenciales riesgos derivados de la misma** (superiores a los recogi-

dos con carácter general en el modelo de consentimiento informado), l**o que conduce a sostener** —pues la Administración, que es a quien corresponde la carga de la prueba, no ha demostrado lo contrario— **que la información que se le facilitó para efectuar la segunda intervención,** materializada en el formulario referido a la intervención de cataratas, **no fue completa, de manera que al reclamante se le privó de información esencial para tomar la decisión que en uso de su autonomía y dignidad personal considerase más oportuna**. Todo ello, en las condiciones que recoge actualmente el artículo 10 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 (LRAP).

Dado el resultado de la primera intervención y el aumento, como consecuencia de la misma, del riesgo de sufrir serias complicaciones al sustituir la lente, resultaba más necesario, si cabe, el cumplimiento estricto del deber de informar adecuadamente al paciente, consecuencia que se desprende incluso de modo directo del artículo 10.2 de la propia LRAP, el cual recoge el deber del médico responsable de ponderar en cada caso el resultado dudoso de la intervención, de manera que, **cuanto más dudoso sea ese resultado, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente**.

El consentimiento informado aparece además como un elemento integrante de la lex artis ad hoc, y los defectos advertidos en este caso en su obtención revelan una manifestación autónoma del funcionamiento anormal del servicio sanitario. La imputabilidad de ese anormal funcionamiento a la Administración requiere, no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se haya ocasionado un resultado lesivo vinculado causalmente a las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento (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 o, aun más recientemente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009).

En el caso objeto de nuestro análisis se aprecia que **de la intervención se ha derivado una lesión**, al sufrir el paciente un desprendimiento de retina y una progresiva pérdida de la agudeza visual del ojo derecho hasta producirse la perdida total de visión en el mismo. Aunque esa lesión no puede ser atribuida en su totalidad a la actuación médica, ya que ésta ha transcurrido de un modo correcto a partir de la segunda de las intervenciones, **debe repararse también el daño moral derivado de la imposibilidad del reclamante de ejercer correctamente su derecho a la autonomía como paciente**.

Procede, por último, abordar la extensión de la obligación indemnizatoria. El reclamante cuantifica en 120.000 € los daños sufridos, pero no aporta dato o desglose alguno que sustente esa valoración que, en las citadas circunstancias, consideramos desproporcionada.

A juicio de esta Comisión, a la hora de valorar los daños reflejados en el cuerpo de este dictamen deben tenerse en cuenta: i) los daños ocasionados como consecuencia directa de la implantación en la primera intervención de una lente equivocada; ii) la pérdida de oportunidad curativa sufrida como consecuencia del incremento del riesgo que supuso la realización de la primera intervención y; iii) el daño sufrido como consecuencia de las deficiente información facilitada al paciente antes de la intervención de cambio de lente.

El primero de estos conceptos ha sido cuantificado por la propia Administración atendiendo a la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor), criterio que esta Comisión viene admitiendo con carácter orientativo.

Como consecuencia de esa valoración, se han cuantificado las secuelas en 17 puntos, y se ha apreciado como periodo de sanidad el que transcurre desde la realización de la primera intervención hasta la fecha de realización de la segunda, lo que supone un periodo de 41 días. Todo ello, conforme al baremo correspondiente al año 2010, supone una valoración de 13.617,60 €.

Esta Comisión considera, no obstante, que el criterio utilizado no da debida satisfacción al principio de indemnidad que debe regir la responsabilidad patrimonial.

Por un lado, la aplicación en este caso del baremo presenta problemas, ya que éste parte de la existencia de una pérdida de agudeza visual, lo cual, en este caso, aplicando la corrección óptica, no se produce tras la primera intervención. Por otro lado, en ese importe no se tiene en cuenta ni la pérdida de oportunidad terapéutica que supuso la primera intervención, ni las carencias detectadas en el consentimiento informado con respecto a la segunda.

Dadas las condiciones que se aprecian en el caso, consideramos que para valorar la indemnización definitiva han de tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: (i) que en la segunda intervención la insuficiente información no es la causa de los daños por los que se reclama, sino que la misma reside en una intervención realizada conforme a la lex artis, (ii) que no hubo ausencia total de información, sino que ésta fue incompleta; (iii) que la no realización de la intervención no comprometía la vida o integridad física del paciente; (iv) el grado de probabilidad del riesgo y su incremento como consecuencia de la primera intervención; (v) su edad, superior a los 60 años; vi) el abandono de su profesión de modisto, para la cual se le ha concedido la Incapacidad Permanente Absoluta y; (vii) la gravedad de las secuelas.

Y teniendo en cuenta estos criterios, esta Comisión estima adecuado fijar la indemnización en 30.000 €, cantidad en la que debe entenderse incluidos todos los da-

ños derivados de la asistencia médica recibida, incluido el daño moral derivado de la falta de información.

DCJA 107/2010 pár. 42 a 73

La Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, en los apartados 5 y 6 de su artículo 10, disponía que los pacientes tienen, frente a las administraciones públicas, entre otros, el derecho a que se les dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Tienen, igualmente, derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en determinados casos.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, dispone en su artículo 4 que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

En su artículo 8, la misma ley dispone que el consentimiento será verbal por regla general, aunque habrá de prestarse por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La jurisprudencia ha entendido que la inexistencia de consentimiento informado constituye por sí mismo una mala praxis (SSTS 20.4.05 RJ 2005/4312, y 26.2.2004 RJ 2994/3889, entre otras). **También ha entendido que la falta de constancia de consentimiento informado por escrito no implica que deba tenerse por inexistente, sino que su falta lleva a 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**.

La STS, sala de lo Civil, de 13-10-2009 (RJ/2009/5564), dice que «es reiterada doctrina de esta Sala —STS 21 de enero 2009 (RJ 2009, 1481)— que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997 (RJ 1997, 7405) ; 26 enero (RJ 1998, 123) y 10 noviembre 1998 (RJ 1998, 8819); 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002

(RJ 2002, 5514); 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638), para garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), que debe al menos «quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002, doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios».

Expuestas las precedentes consideraciones procede abordar su aplicación al caso planteado.

Como se ha dicho, **los reclamantes consideran que en la intervención se conculcó la lex artis por falta de consentimiento informado, entendiendo que tal consentimiento no existió dado que no se encuentra documentado por escrito.**

De los informes del cirujano que operó a doña JRF, y del Inspector Médico, se deduce que la paciente fue informada de los riesgos de la intervención quirúrgica, y que, en cualquier caso, en el presente caso nos encontramos ante una asociación de un factor externo la intervención quirúrgica y una predisposición primaria a la hipercoagulabilidad, sin que existan pruebas clínicas que la detecten en pacientes sin antecedentes previos conocidos, por lo que la falta de consentimiento no supondría vicio alguno, pues el escrito en el que se prestara no contemplaría un riesgo que no es inherente y típico de este tipo de cirugía.

Los reclamantes se oponen a las razones relativas a la imprevisibilidad del riesgo, aduciendo que en las hojas impresas donde se recogen los riesgos de la cirugía de varices en extremidades inferiores se recogen, entre los posibles riesgos y complicaciones, la trombosis venosa y la embolia pulmonar, por lo que no era imprevisible.

La Comisión considera, con la cautela propia de reconocer que estamos ante razones dadas por peritos, en una materia eminentemente técnica, y que las razones de los reclamantes no vienen avaladas por conocedores del tema, que **si la embolia pulmonar está prevista como riesgo de este tipo de intervenciones quirúrgicas, como se deduce de la hoja de consentimiento estándar de estas intervenciones, y la causa de la muerte es debida a embolia pulmonar, carece de trascen-**

dencia que la concreta causa o forma en que se ha originado la embolia fuera imprevisible.

En cuanto a la realidad de la existencia de **información sobre los riesgos de la intervención**, como se ha visto, la jurisprudencia no equipara la ausencia de documento escrito con inexistencia del mismo, como hacen los reclamantes, sino que hace recaer la carga de la prueba en quien afirma que tal información fue dada a la paciente.

En este caso, no podemos conocer por parte de la paciente si fue o no informada sobre los riesgos de la intervención a que fue sometida, así como de las posibles alternativas a la misma, por lo que **las únicas evidencias al respecto son la declaración del cirujano que llevó a cabo la operación y la hoja de evolución de 19 de diciembre de 2007 que consta en la historia clínica** de la paciente.

Como se ha recogido en el capítulo de antecedentes, el facultativo que operó a doña JRF dice que la paciente fue informada verbalmente de los riesgos quirúrgicos en consulta de 19 de diciembre de 2007, entregándosele modelo de escrito de consentimiento informado e incluyéndosela en la lista de espera para ser intervenida, y así consta en la hoja de evolución de la misma fecha que obra en la historia clínica de la paciente.

La Comisión entiende que **estando la declaración del cirujano corroborada por la historia clínica**, **y no existiendo otra versión que la contradiga, debe considerarse que existió consentimiento informado** para llevar a cabo la intervención quirúrgica.

DCJA 216/2010 pár. 24 a 37

En el presente caso, la reclamante solicita una indemnización que compense la **muerte de su madre al tener mal colocada la sonda nasogástrica y no detectarse, lo que motivó que la alimentación administrada se fuese directamente a la zona torácica**. En el escrito de alegaciones recuerda que en el hospital le informaron que el problema radicó en la defectuosa colocación de la sonda.

Con independencia del contenido del informe de la Directora de Enfermería y de lo anotado por la enfermera sobre la vigilancia de la permeabilidad de la sonda nasogástrica en el plan de cuidados y en la hoja de evolución de enfermería, lo cierto es que la sonda estaba en el pulmón y que la disnea apareció tras la administración de alimentos a través de la sonda, dando lugar a una insuficiencia respiratoria secundaria a hidroneumotórax y neumonía de aspiración bilateral, hemorragia digestiva alta y encefalopatía secundaria a hipoxia, tras lo cual la paciente falleció.

La Comisión viene reiterando la importancia de los informes periciales en los supuestos de responsabilidad patrimonial por la prestación del servicio sanitario y,

dentro de los que aporta la Administración sanitaria, ha señalado la especial relevancia que cobra el elaborado por los inspectores médicos, por las notas de especialización técnica e imparcialidad que aúnan.

En el caso que se nos somete a consulta debe reiterarse que **lo decisivo es que se administraron nutrientes a través de una sonda ubicaba en el pulmón**, desencadenando un cuadro clínico de graves consecuencias para la paciente que llevaron a su muerte.

En el informe que elabora la inspectora médica para analizar las circunstancias concurrentes en el caso, se afirma que la paciente fue diagnosticada y tratada en todo momento con la urgencia que demandaba el cuadro clínico, y plantea dos hipótesis para explicar lo sucedido que, en cambio, no nos permiten concluir una adecuada actuación sanitaria.

En el examen que efectúa la inspectora de las complicaciones secundarias a la colocación de una sonda nasogástrica no contempla la penetración de la sonda en el pulmón, que sólo explica por su inadecuada colocación por el personal de enfermería o por maniobras bruscas de la paciente para la extracción de la sonda.

En relación con la primera justificación ofrecida, insiste en que dos enfermeras distintas comprobaron la correcta ubicación de la sonda —aunque las comprobaciones no las refiere al momento inmediato previo a la administración de la alimentación por esa vía—, y la segunda hipótesis queda huérfana de prueba alguna en el expediente.

Al margen de cualquier discusión sobre el mayor o menor acierto en la colocación de la sonda a una paciente con las características físicas y neurológicas que presentaba, el informe de enfermería no ofrece detalle sobre cuál fue la técnica empleada para su inserción, cómo se fijó para impedir su retirada accidental, cuál fue el método empleado para la confirmación de su correcta colocación (tan sólo se menciona el procedimiento B.09 C0908), y si, lo que es más importante, se verificó nuevamente antes de introducir la alimentación. Tampoco obra en el expediente informe alguno sobre el procedimiento y sus técnicas, su adecuación al caso clínico que presentaba la paciente y su fiabilidad, a fin de probar la debida diligencia en la colocación de la sonda.

Además, considera la Comisión que en el marco del servicio examinado y atendiendo a las características físico-psíquicas de la paciente (estado cognitivo deteriorado con agitación manifiesta el día de su ingreso en urgencias que requirió sujeción por 5 puntos, bajo nivel de conciencia, esofagitis de grado IV y que la víspera se había quitado la sonda), ésta requería una atención mayor, y permite considerar que, en este caso, la utilización de la sonda sin modulación alguna en virtud de aquélla —pues nada hay acreditado sobre su toma en consideración— ha podido contribuir a generar un plus de riesgo en la materialización del daño y, no es, por ello, ajena al curso causal de éste.

En definitiva, ante la constatación de una incorrecta ubicación de la sonda nasogástrica, desencadenante de las causas del fallecimiento, no ha quedado acreditado por la Administración que se adoptaran medidas específicas adecuadas para impedir la concreción dañosa de los riesgos derivados de esa incorrecta ubicación, por lo que **puede concluirse que objetivamente el fallecimiento se produce como consecuencia de un funcionamiento anormal del servicio**.

DCJA 220/2010 pár. 39 a 48

H) Urbanismo

Antes de proceder a realizar nuestro análisis, cabe decir, en primer lugar, que de lo instruido resulta acreditado que la Administración municipal cambió enteramente de criterio desistiendo del procedimiento de modificación —más precisamente, la nueva corporación surgida de las elecciones locales—, así como que la empresa reclamante vincula causalmente su perjuicio a tal desestimiento, ya que incurrió en una serie de gastos que han resultado la postre inútiles, no habiendo obtenido el beneficio que esperaba de los mismos: la instalación del vertedero controlado de inertes.

En segundo lugar, se ha de insistir que en modo alguno es objeto de enjuiciamiento el acuerdo municipal de desistimiento que, a los efectos del presente expediente, no deja de ser más que un mero dato fáctico a tomar en consideración. **El procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento está constituido por tres fases distintas pero concatenadas y sucesivas —aprobación inicial, provisional y final—, siendo la naturaleza de las dos primeras de actos de trámite, permiten un posible cambio de criterio inherente a la función planificadora, en cuanto que esta es dinámica**, lo que puede deberse a una valoración de las alegaciones o del contenido de los documentos que se han incorporado en la tramitación u obedecer a otras circunstancias que conducen a que la Administración municipal haya variado su intención original en ejercicio de su ius variandi.

Como es sabido, en el ámbito de la responsabilidad de las administraciones públicas no basta el daño efectivo, real e individualizable causalmente unido a una actuación pública, sino que aquél debe merecer técnicamente la calificación de lesión, esto es ha de ser antijurídico, con el sentido que de antiguo se expresa en la locución «que quien lo padece no tenga el deber jurídico de soportarlo».

En el siempre complejo examen de una responsabilidad patrimonial anudada a una actuación urbanística, conviene recordar:

a) que la acción urbanística de las administraciones competentes constituye, sin duda, un servicio público, por lo que no escapa a este régimen de responsabili-

dad patrimonial al encajar plenamente en la cláusula «funcionamiento de los servicios públicos».

b) asimismo, que como señala el actual artículo 3.1 del Texto Refundido de la ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes». O en el artículo 18.3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo (en adelante LSU), «la ordenación urbanística no confiere a los propietarios de suelo derecho alguno a indemnización salvo en los supuestos previstos en la Ley y de conformidad, en todo caso, con el régimen general de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas».

c) por último, que la determinación de unos supuestos indemnizatorios en la legislación urbanística (en la actualidad artículo 35 TRLS, previamente artículo 30 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y de forma antecedente artículos 41 a 44 de la Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones) no significa que lo sean a título exhaustivo. Antes bien, la Administración urbanística responderá por éstos y por cualquier otro que pudiera darse siempre que concurran los requisitos exigidos legalmente para que nazca la responsabilidad. Esa relación, al igual que sucedía anteriormente, no tiene otro alcance que el simplemente enumerativo para facilitar el control jurisdiccional y garantizar los derechos de los particulares.

Pues bien, **lo que en este supuesto se plantea es si una alteración sobrevenida en las condiciones de ejercicio de la facultad de planeamiento que ostenta la Administración municipal** —inicialmente favorable a la modificación, posteriormente contraria a la misma— **puede provocar una lesión en los particulares que habían confiado en que culminará tal y como había sido prevista, lo que les indujo a realizar gastos que han devenido inútiles.**

Aún salvadas las distancias, consideramos que **es posible trasponer los principios de una jurisprudencia que ha declarado que son indemnizables los ocasionados para la preparación y aprobación de los instrumentos adecuados para el desarrollo y ejecución de la ordenación vigente cuando se produce una alteración anticipada del planeamiento**. La base de la indemnización es que el particular haya desarrollado gastos y actividades confiando en la subsistencia de la ordenación urbanística, que devienen inútiles por virtud de la alteración anticipada.

Es la **doctrina de la confianza legítima** la que sustenta dicha responsabilidad. **La Administración ha generado una situación jurídica y el interesado ha actuado de buena fe confiando en su permanencia, y si bien ello no empece a que se pueda realizar la modificación que se considere oportuna en aras a los inte-**

reses generales y sacrificar de esa forma el interés particular del interesado, el perjuicio que a éste se le ocasiona debe ser sufragado por la colectividad como expresión del interés público superior a cuya satisfacción se orienta la potestad planificadora urbanística.

La argumentación de la STS de 15 de noviembre de 1993 (RJ 10115), aunque con cita de normativa hoy derogada, mantiene su plena vigencia:

> ha de recordarse que la ejecución del planeamiento reclama una importante participación de los ciudadanos —art. 4.2 del Texto Refundido de 1976 y hoy, con matices, art. 4.4 del Texto Refundido de 26-6-1992—. Y es claro que tal participación, que exige importantes gastos, sólo podrá producirse cuando esté garantizada la permanencia del planeamiento durante un cierto lapso de tiempo: así derivaba claramente de la Exposición de Motivos de la Ley de 2-5-1975 que se refiere expresamente a la seguridad del tráfico jurídico.
>
> Incluso, muy intensamente, esa participación de los interesados en la ejecución del planeamiento les otorga la condición de colaboradores de la Administración: cumpliendo las exigencias de la función social de la propiedad cooperan aquéllos con la Administración en la realización de los fines de interés público a que tiende el planeamiento. Y esta relación de la Administración con sus colaboradores ha de estar profundamente sujeta a las exigencias de la buena fe —art. 7.1 del Título Preliminar del Código Civil—.

Tales principios de buena fe y de confianza legítima también resultan aplicables, cuando la situación de confianza ha sido generada por la Administración, frente a las innovaciones legislativas que la sacrifican en aras de los intereses generales de la comunidad, así lo han declarado las SSTS de 17 de febrero de 1998 (RJ 1677) y 6 de marzo de 1998 (RJ 2491), cuya doctrina ha quedado consolidada en posteriores sentencias del alto Tribunal.

Ahora bien, como ya hemos advertido, **no nos encontramos en este supuesto ante una alteración anticipada del ordenamiento, sino ante una negativa a modificarlo. Sin embargo, cabe considerar que la actuación municipal, tanto previa** —al realizar la permuta del terreno— **como durante la tramitación del procedimiento** —al asumir la iniciativa presentada y dar curso al procedimiento, aprobándola inicial y provisionalmente—, **ha podido generar una confianza legitima en el propietario del terreno de que ésta se iba a materializar o, cuando menos, que era favorable a la misma, sin perjuicio de lo que pudiera derivarse de los informes a emitir en el procedimiento o de las aportaciones que resultaran de la exposición pública. Dejando a salvo también, como no, la posibilidad de que la Diputación Foral desestimara motivadamente su aprobación definitiva**.

Al margen de una serie de datos que ofrece la mercantil sobre la idoneidad del emplazamiento derivados de hechos antecedentes, no cabe olvidar que la permuta —cuya autorización y materialización debía responder a una finalidad concreta de interés público— y la posición favorecedora de la iniciativa privada asumida por el Ayuntamiento, mostrando una actuación activa para dar curso al procedimiento de

reforma, avalan la existencia de una coincidencia común en llevar adelante la transformación del territorio inherente al cambio de calificación.

Es más, el propio Ayuntamiento, de una parte, dejó a salvo el derecho a reclamar por la infracción de ambos principios que asistía a la mercantil al resolver el recurso de reposición interpuesto por la reclamante contra el Acuerdo del Pleno de 20 de julio de 2007 sobre desistimiento del procedimiento de modificación de las NNSS [Normas Subsidiarias], y de otra, no ha puesto en duda ni ha negado la buena fe con la que se ha conducido aquélla, habiendo reconocido que lo sucedido ha supuesto una quiebra de la confianza legítima generada mediante sus actos anteriores.

El planeamiento es una potestad irrenunciable de la Administración y, en el caso del Plan general, tanto su formulación como su modificación corresponde, sin duda, al Ayuntamiento (artículo 90.1 LSU y 103.3 LSU).

Pero también es cierto que **la ley no descarta la participación de los particulares en la redacción del planeamiento**, en general (artículo 84.1 LSU) y, en particular, en la formulación de determinados planes (artículo 93 planes de sectorialización y artículo 95.1 planes parciales).

De otra parte, el Decreto 183/2003, de 22 de julio, por el que se regula el procedimiento de evaluación conjunta de impacto ambiental, dispone que los órganos administrativos o personas físicas o jurídicas que formulen un plan deberán incorporar al mismo un estudio de evaluación conjunta de impacto ambiental (artículo 7), que será remitido junto al primer documento del plan al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma u órgano foral de los Territorios Históricos para la emisión del informe preliminar de impacto ambiental (17) y, tras ser aprobado provisionalmente, el Plan será sometido a informe definitivo de impacto ambiental (artículo 20).

En este caso, **tratándose de una iniciativa municipal** —ya que el Ayuntamiento tiene el monopolio planificador—, **éste ha trasladado a la empresa el impulso en la modificación de las NNSS, al ser sus intereses los directamente afectados, siendo la empresa la que ha corrido con todos los gastos necesarios para la confección de la documentación técnica sin la cual no era posible la tramitación.**

Aunque no se ha suscrito ni formalizado un convenio urbanístico, cuyo contenido podría ser el previsto en la disposición adicional 7ª.3 a) LSU sobre ordenación urbanística «para la determinación del contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor», como hemos visto, **todos los indicios —permuta inicial y aprobación sucesiva de la reforma— apuntan a la existencia de una voluntad concurrente entre empresa y Ayuntamiento a fin de colaborar en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística**.

Como en el caso de tales convenios, el Ayuntamiento ha conservado la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público —como dice la ley, és-

tos quedan automáticamente resueltos si finalmente no se aprueba el cambio de planeamiento—, pero no hay que olvidar que tal resolución lleva aparejada que la Administración esté obligada a responder por los daños y perjuicios causados.

Como adecuadamente traslada la STS de 29 de febrero de 2000 (RJ 2330):

> Los convenios urbanísticos constituyen una manifestación de la participación de los administrados en el ejercicio de las potestades urbanísticas que corresponden a la Administración. El carácter jurídico-público de estas potestades no excluye, en una concepción avanzada de las relaciones entre los ciudadanos y la Administración, la intervención de aquéllos en aspectos de la actuación administrativa susceptibles de compromiso. La finalidad de los convenios es servir como instrumento de acción concertada para asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general.
>
> Las exigencias del interés público que justifican la potestad de planteamiento urbanístico, manifestada mediante la promulgación de los planes como normas reglamentarias de general y obligado acatamiento, impiden, sin embargo, que aquella potestad pueda considerarse limitada por los convenios que la Administración concierte con los administrados. La Administración no puede disponer de dicha potestad. La potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible. La falta de cumplimiento por el poder público comprometido de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento sólo podrá tener consecuencias indemnizatorias o de otra índole si concurren los requisitos para ello (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1677], que cita las de 23 de junio de 1994 [RJ 1994, 5339], 18 de marzo de 1992 [RJ 1992, 3376], 13 de febrero de 1992 [RJ 1992, 2828] y 21 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6818]).

En nuestro asunto, el planeamiento no recogió finalmente unas expectativas en torno a las cuales la empresa realizó una serie de gastos en la confección de los documentos técnicos, que le fueron requeridos por la propia Administración municipal para su tramitación, expectativas defraudadas únicamente como causa del cambio de criterio de aquélla.

Los pagos efectuados por la actora para la tramitación de la modificación no pueden calificarse de aportación voluntaria y a título de mera liberalidad, sino como contraprestación fundamental para alcanzar el propósito al que se había comprometido el Ayuntamiento —que en cuanto ha tomado forma de actos administrativos se ha revelado de una forma que cabe calificar de inequívoca y concluyente— y, por consiguiente, **al devenir imposible su cumplimiento ha de imponerse a éste la devolución de las cantidades satisfechas**.

En el supuesto suscitado, por tanto, concurre el requisito de la antijuridicidad del daño, sin perjuicio de la necesidad de concretar el alcance de éste, lo que se aborda a continuación.

El Ayuntamiento comparte tales consecuencias indemnizatorias, pero discrepa del montante solicitado por la empresa, al incluir trabajos que no eran necesarios para la tramitación de la modificación y debían ser acometidos posteriormente una vez ésta se hubiere aprobado.

De forma preliminar conviene recordar que sólo resultarán indemnizables los daños efectivos y reales (y, por tanto, debidamente probados) padecidos por la empresa que sean consecuencia de la actuación municipal, de acuerdo con el requisito del nexo causal que resulta exigible en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

En este caso, **la Comisión estima que han de ser indemnizados únicamente los gastos que aparecen causalmente vinculados a la decisión de desistir del procedimiento de modificación de las NNSS**.

De otra parte, era carga de la reclamante probar que la totalidad de los gastos reclamados eran de documentos que eran imprescindibles para llevar a cabo la modificación de las NNSS y que, por tal motivo, le fueron exigidos por el Ayuntamiento, carga que no ha cumplido, limitándose a señalar, tras conocer el criterio técnico del arquitecto municipal, que distingue la documentación básica y necesaria de la que no lo es, que no está de acuerdo.

Por ello, se estima que **deben ser extraídos** del montante indemnizatorio **aquellos gastos que**, no habiéndose demostrado lo contrario, **obedecen a la voluntad unilateral de la empresa de anticipar la confección de una serie de documentos técnicos que hubieran sido precisos para solicitar, en su caso, las posteriores licencias de actividad y obras**, al tratarse de una actividad clasificada sujeta a las prescripciones de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del medio Ambiente del País Vasco.

DCJA 37/2010 pár. 29 a 55

CAPÍTULO VIII

REVISIÓN DE OFICIO

1. ÁMBITO DE LA POTESTAD REVISORA

Comenzaremos por ello señalando que, en **materia de nulidad de disposiciones generales, esta Comisión comparte las tesis mayoritarias que mantienen los tradicionales caracteres de eficacia ex tunc** —pues de otro modo la anulación de la disposición quedaría virtualmente equiparada a su derogación—, **e imprescriptibilidad o no sumisión a plazos de caducidad en el ejercicio de las acciones de nulidad**.

En efecto, como se refleja en la jurisprudencia ya consolidada, de la que es muestra la Sentencia de 31 de enero de 2000 (RJ 2000, 1929), la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho conforme a lo dispuesto actualmente en el artículo 62.2 LRJPAC, produce efectos ex tunc y no ex nunc, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula.

Ahora bien, esa característica general tiene una importante **matización** derivada del principio de seguridad jurídica y plasmada legislativamente, en la actualidad, en lo dispuesto, por un lado, en los artículos 102.4 LRJPAC y 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJ) y, específicamente referido a las **ordenanzas fiscales** —como es el caso—, en el artículo 19.2 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LHHLL). Conforme señala este segundo artículo, **si por resolución judicial firme resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las ordenanzas fiscales, la entidad local vendrá obligada a adecuar a los términos de la sentencia todas las actuaciones que lleve a cabo con posterioridad a la fecha en que aquélla le sea notificada**. Añadiendo seguidamente que, **salvo que expresamente lo prohibiera la**

sentencia, se mantendrán los actos firmes o consentidos dictados al amparo de la ordenanza que posteriormente resulte anulada o modificada.

Aunque lo señalado en este artículo no ha sido incorporado a la NFHLA —cosa que sí ha ocurrido en las Normas Forales homólogas de los Territorios Históricos de Bizkaia y Gipuzkoa—, no plantea duda alguna, dado los ámbitos materiales en los que incide —validez de actos administrativos y alcance de las resoluciones judiciales—, la plena aplicabilidad de esta regla también en el ámbito de las haciendas locales del Territorio Histórico de Álava.

(…)

De acuerdo, por tanto, con lo dispuesto en los artículos 102.4 LRJPAC y 73 LJ, así como en el artículo 19.2 LHHLL, **la anulación de una disposición general mediante resolución judicial no conlleva,** por ese exclusivo motivo y **con el automatismo que sustenta la solicitud de revisión, la nulidad de los actos dictados al amparo de la misma, siempre que se trate de actos firmes o consentidos**; conclusión que cuenta, a su vez, con una precisión legal para el caso de las ordenanzas fiscales, pues, en tal caso, la propia resolución judicial que determine su nulidad puede añadir algún pronunciamiento sobre los actos firmes dictados al amparo de aquella antes de su anulación.

Pues bien, la señalada doctrina Jurisprudencial, surgida durante la vigencia de la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1954, y mantenida en el marco de los artículos 102.4 LRJPAC y 73 LJ, ha sido también objeto de un desarrollo concreto de la mano del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (sentencias 542/2003, 64/2004, 132/2004, ó 504/2009 entre otras) para su aplicación en el marco más específico que resulta de lo dispuesto en el artículo 19.2 LHHLL.

Por un lado, este artículo viene interpretándose, en consonancia con el artículo 73 LJ, en el sentido de que la declaración de nulidad de una ordenanza fiscal no conlleva la nulidad de las liquidaciones firmes y consentidas, practicadas al amparo de aquella. Así, en la medida en que la sentencia anulatoria no contenga pronunciamiento alguno del que pueda inferirse la eficacia ex tunc de la declaración de nulidad de dicha ordenanza, su alcance es meramente prospectivo, es decir, con efectos ex nunc o de futuro.

DCJA 2/2010 pár. 24 a 32

2. LÍMITES A LA REVISIÓN DE OFICIO

El artículo 61.1 de la Ley 3/1998 de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, dispone que **los ayuntamientos no podrán conceder li-**

cencias de obra para actividades clasificadas en tanto no se haya concedido la licencia de actividad.

El artículo 47 de la misma Ley, en su apartado 11, dispone que **serán nulas de pleno derecho las autorizaciones, licencias y demás resoluciones adoptadas sin observar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental**, cuando éste sea exigible.

A la luz de la normativa recogida en los apartados anteriores hay que considerar nulas las resoluciones de la Alcaldía de la Anteiglesia de Iurreta examinadas, pues tanto la licencia de obras de preparación del suelo, como la licencia de construcción y su prórroga, se otorgaron sin previa licencia de actividad y sin que hubiera concluido el procedimiento de autorización ambiental integrada, incurriendo el Ayuntamiento en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 62.1g) LRJPAC.

Sin embargo, como se ha dejado apuntado, la misma ley **limita las facultades de revisión** en su artículo 106, prohibiéndolo cuando su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

(…)

Se desprende de las actuaciones anteriores que ya **en el momento de la iniciación del expediente de revisión se había otorgado la autorización ambiental integrada** por parte del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca, **así como la licencia de actividad** por parte del Ayuntamiento, **con las que resultaban compatibles las autorizaciones objeto del expediente de revisión**.

Estas últimas autorizaciones del Gobierno Vasco y del Ayuntamiento no tienen la virtualidad para convalidar las que son objeto del expediente, al ser nulas (artículo 67.1 LRJPAC), pero, **la anulación** de éstas cuando, como en el presente caso, son compatibles con la autorización ambiental integrada y la licencia municipal de actividad **no produce ningún efecto positivo para el ordenamiento jurídico, y sí, en cambio, conducen a una actividad administrativa baldía y una dilación del procedimiento de autorización de las obras**, por lo que proceder a su anulación resulta **contrario al principio de eficacia administrativa** recogido en el artículo 103.1 de la Constitución y en el artículo 3.1 LRJPAC, **y al** consiguiente **derecho de los interesados a no sufrir indebidas dilaciones** de los procedimientos administrativos, lo que contradice el tenor de lo dispuesto en el artículo 106 de la última ley.

DCJA 170/2010 pár. 20 a 29

Por otra parte, no resultan aplicables los límites que a la revisión de oficio impone el artículo 106 LRJPAC según la cual las facultades de revisión de oficio no podrán ser ejercidas cuando por prescripciones de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras

circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, y, en particular el límite del tiempo transcurrido, al haber sido necesario tramitar nuevo expediente por parte de la Diputación Foral de Álava.

Respecto a los **daños económicos que la anulación de los actos supondría para los interesados**, resulta conveniente indicar que esta Comisión entiende que **tales perjuicios, de existir**, dado que no pueden darse por probados con la incorporación del informe al que se ha hecho referencia en los antecedentes, **no pueden suponer un límite** o argumento coactivo a la facultad administrativa de revisión de sus propios actos, no pudiendo ser ponderado como obstáculo a la declaración de nulidad del acto administrativo, pues, en caso contrario, habrían de consolidarse, a pesar de su ilegalidad en algunos casos manifiesta, los actos cuya revisión produjesen una elevado coste económico a las arcas públicas, limitando la revisión a aquellos otros cuyo coste fuese fácilmente asumible por el presupuesto público.

DCJA 226/2010 pár. 58 a 59

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

La Comisión viene entendiendo que 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.

Los Concejos del Territorio Histórico de Álava constituyen entidades locales de carácter territorial, con personalidad y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que tienen encomendados, y respecto de los cuales **no cabe apreciar que medie una relación jerárquica entre aquellos y la Diputación Foral de Álava**, ya que cada uno tiene atribuidas sus respectivas funciones.

El caso suscitado exige además, de acuerdo con la norma legal, 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 determinadas competencias expresas, claras y específicas**.

La subasta llevada a cabo lo fue para la adjudicación de las parcelas nº 162, 163 y 164 , con una superficie de 10,8581 ha, del Monte de Utilidad Pública nº 660, de la pertenencia del pueblo de Ullíbarri-Gamboa, e integrantes del Roturo nº 7 del Registro de Roturos del Término Municipal de Arrazua-Ubarrundia, con una autorización en vigor para el uso de pradera hasta el 30/09/2012, para ser destinadas a la instalación de un camping por un periodo de 40 años.

Con arreglo al régimen de atribuciones dispuesto por la Norma Foral 13/86, en los Montes de Utilidad Pública en los que se hubiera autorizado la roturación por la Diputación Foral, la entidad propietaria, atendiendo a las circunstancias físicas y socioeconómicas que concurran y de acuerdo con las determinaciones establecidas por la Diputación Foral —canon y plazo de aprovechamiento que no podrá exceder de 20 años, así como responsabilidades en las que se puedan incurrir— procederá a la adjudicación del aprovechamiento mediante reparto entre vecinos residentes titulares de explotación agrícola o ganadera, o por subasta.

Por otro lado, la misma Norma Foral 13/86 atribuye a la Diputación Foral la capacidad de autorizar, con carácter excepcional, en los Montes Catalogados —todos los declarados de Utilidad Pública— ocupaciones o usos como instalaciones eléctricas o de comunicaciones, conducciones de fluidos, u otros usos de interés público y social, así como por razón de obras o servicios públicos o como consecuencia de concesiones administrativas de aguas, minas y otras.

El expediente permite constatar que la actuación de la Junta Administrativa de Ullibarri-Gamboa no se limitaba a decidir sobre un aprovechamiento de roturo; en realidad, **el acto sometido a revisión autorizó el uso privativo de unos terrenos (para instalar un camping durante cuarenta años) enclavados en un monte catalogado**.

Esto, en el juicio de nulidad emprendido, conlleva, al menos, un doble orden de consecuencias que rectamente llevan a la Comisión a considerar que el acto sometido a revisión está aquejado de defectos que justifican su calificación como acto nulo de pleno derecho.

En efecto, en el examen de la primera causa que, siguiendo la propuesta del órgano consultante, hemos acogido, referida al órgano competente para el dictado de un acto administrativo con el contenido descrito, sin necesidad de exégesis alguna se concluye la **incompetencia material de la Junta Administrativa para decidir el uso privativo de camping en un monte catalogado, por ser tanto la materia (montes), como la facultad (autorización de uso de éstos), competencia de la Diputación Foral de Álava**. El acto, así, deviene nulo en virtud de la causa establecida en el artículo 62 1 b) LRJPAC.

Tal y como respecto a este vicio ha señalado la Comisión en su DCJA 104/2005, **la competencia constituye presupuesto esencial para poder actuar válidamente**,

por ello, la «competencia debe ser el primero de los requisitos que debe cumplir un acto administrativo en la medida en que el principio de irrenunciabilidad de la misma, enunciado por el artículo 12 de la ley 30/1992, exige que ésta se ejerza por los órganos que la tengan atribuida, y como esa atribución tiene que ser efecto de una declaración normativa ninguna autoridad administrativa puede realizar un acto válido en virtud de poderes que ella misma se haya dado, (STS de 24 de enero de 1981-Ar 22) llegando incluso a ser apreciada de oficio por los Tribunales (STS de 12 de marzo de 1993— Ar. 1680)».

Pero, también **la** señalada **incompetencia resulta ser una consecuencia más de la elección del procedimiento** que precedió al dictado del acto sometido a revisión y que convierte a este en nulo en virtud de la causa de nulidad del artículo 62.1 e) LRJPAC, pues a la omisión total del procedimiento equiparan doctrina y jurisprudencia la errónea elección del camino procedimental que ha de recorrerse para dictar el acto. En el caso, según lo expuesto, se obvió el procedimiento establecido para la constitución de un uso privativo en terrenos de un monte catalogado.

DCJA 226/2010 pár. 40 a 50

B) 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 caso sometido a nuestra consideración, el Ayuntamiento consultante considera que el **acto de inscripción de doña C.G.M. en el padrón municipal de Arrigorriaga**, producido con efectos de 11 de agosto de 2008, es nulo de pleno derecho.

En la propuesta de resolución se señalan dos causas de nulidad. En primer lugar la contemplada en la letra e) del apartado 1 del artículo 62 de la LRJPAC, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En segundo lugar, la que refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 62 de la LRJPAC, al lesionar derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

La Comisión viene señalando que cada una de las causas de nulidad que establece el artículo 62 LRJPAC reclama un análisis específico, pues operan como causas autónomas de revisión. Aunque no es preciso llevar a cabo un examen de todas ellas, una vez apreciado que concurre una causa de nulidad de pleno derecho, ya que es suficiente con una sola para proceder a la revisión del acto viciado.

En este caso, se impone iniciar nuestro estudio por la primera de las causas apuntadas, a fin de **determinar si la actuación administrativa se despliega sin que exista una solicitud de la interesada**, tal y como ésta alega, ya que: (i) no ha esgri-

mido que haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, ni a su derecho a elegir libremente residencia (artículo 19 CE) ni a su derecho de sufragio (artículo 23 CE) (ii); en principio no se aprecia en la actuación municipal la existencia de una medida obstaculizadora o restrictiva a su derecho fundamental a elegir libremente su residencia, al revés, el Ayuntamiento fundó su decisión tomando en consideración su supuesta voluntad de cambiar de domicilio; y (iii) no ha existido una actuación material de comprobación o inspección del Ayuntamiento tendente a verificar la realidad de la efectiva residencia de la interesada, debiendo advertirse que tal afección no se habría producido si realmente el padrón concuerda con la realidad sin embargo, no es tal circunstancia lo que se discute en este procedimiento.

Pues bien, con respecto a la mencionada causa, la del **apartado e) del artículo 62.1** LRJPAC, esta Comisión (entre otros, D104/2006) entiende que **ha de interpretarse en el sentido de implicar una total inaplicación del procedimiento legalmente establecido, sin que sea suficiente advertir omisiones o infracciones de tramitación**. Ahora bien, tal ausencia total de procedimiento debe ser materialmente entendida: en el iter administrativo no pueden faltar los engarces formales necesarios para dictar el concreto acto de que se trate, pues, si faltan, tales ausencias o errores de tramitación provocan efectos irremediables en la validez del acto administrativo final.

En suma, la concurrencia de dicho vicio de nulidad requiere bien un acto cuyo dictado se ha producido con total desconocimiento del procedimiento previsto, bien una omisión o irregularidad grave que recaiga sobre alguno o algunos de los trámites esenciales en el procedimiento aplicable en el caso.

En los procedimientos iniciados a instancia del particular, desde luego, **es requisito esencial que exista una solicitud**, ya que lo que se pretende es resolver la petición que aquél ha cursado, en ejercicio de un derecho o interés legítimo del que es titular.

El procedimiento que se instruye para decidir las cuestiones planteadas por el interesado, cuando se comprueba que no existe petición alguna, queda sin sustento, huérfano de todo fundamento, porque falta el mismo presupuesto inexcusable para su instrucción.

Dicho procedimiento, como decimos, es vacío —sin contenido—, y se encuentra aquejado de un grave defecto —la ausencia de causa—, vicio que se traslada al acto que lo pone fin ya que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, como prescribe el artículo 89.2 LRJPAC, la resolución ha de ser congruente con las peticiones de éste, sin que en ningún caso se pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar un nuevo procedimiento, si procede.

Ahora bien, para que resulte aplicable dicha causa de nulidad será preciso dilucidar si cabe entender que en este caso falta dicha petición, a la luz de los documentos que incorpora el expediente y que condujeron al dictado del acto que se pretende revisar.

Del examen de la solicitud de alta presentada en el registro de las oficinas municipales se constata que la misma se formula a nombre de doña C.G.M., además el escrito reflejando correctamente su número de DNI y fecha de nacimiento. Sin embargo, la firma manuscrita no coincide con la que figura en su documento de identidad.

Por su parte en la Hoja del padrón municipal correspondiente al domicilio donde se inscribe —calle …, del término municipal de Arrigorriaga—, vuelve a figurar esa misma firma manuscrita que deja traslucir lo que parece un nombre —«…» o algo parecido— y un apellido —«…»o «…», o similar—.

Aunque en ningún momento se ha identificado a la persona que formula la petición, **para el Ayuntamiento no cabe duda de que dicha persona no es doña C.G.M., sino alguien que actúa atribuyéndose la representación de aquélla**, persona con la que cabe aventurar tiene algún tipo de relación familiar o de amistad, ya que conoce datos que la identifican y que no son de acceso público.

Entiende la Comisión, a la vista de la citada documentación y ante la afirmación indubitada de la interesada en el sentido de que la petición es obra de una tercera persona cabe dar por cierto el hecho de que «en ningún momento he solicitado personalmente ese cambio de empadronamiento», pues es resultado que se extrae de una valoración realizada conforme a las reglas de la lógica jurídica.

En lo que se refiere a la **representación voluntaria en materia padronal**, son de aplicación las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en concreto el artículo 32 LRJPAC, como así lo recogen las Instrucciones técnicas sobre actualización del Padrón Municipal, aprobadas por la Resolución de 4 de julio de 1997, a las que ya hemos hecho referencia.

Tales Instrucciones, que no sólo se fundamentan en una habilitación contenida en el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, sino que también persiguen garantizar criterios de aplicación uniforme a los más de 8.000 ayuntamientos que han de resolver las cuestiones que les planteen sus vecinos en materia de empadronamiento, resultan de gran valor para interpretar las exigencias del artículo 32 LRJPAC.

Lo primero que hay que decir, como así lo precisan las Instrucciones, es que **en modo alguno cabe considerar el traslado de residencia o el cambio de domicilio como acto y gestión de mero trámite, actos para los que se admite la representación presunta**.

En segundo lugar, se ha de reflejar la **forma** en la que dichas Instrucciones permiten **acreditar la representación**: «bastará un escrito en el que el vecino (identificado con su nombre y apellidos y número de DNI o documento que lo sustituya) autorice al representante (identificado en la misma forma) para el trámite o actuación con-

creto que solicite. El documento deberá ser suscrito por el vecino que conceda la autorización, cuya firma podrá ser contrastada con la que figura en su hoja padronal o bien con fotocopia de su documento nacional de identidad que se acompañe. El representante se acreditará con su DNI o documento que lo sustituya».

También es posible, como otra fórmula alternativa igualmente viable, la siguiente: «La presentación ante el Ayuntamiento de una hoja padronal cumplimentada, en la que figuren las firmas de todos los empadronados mayores de edad no incapacitados (acompañada de las respectivas fotocopias de los documentos nacionales de identidad, o equivalentes, para contraste de las firmas) equivale a la concesión de la representación de todos ellos en favor del que realiza el trámite, siempre que éste sea precisamente uno de los que figuran en dicha hoja».

En el supuesto que se enjuicia tales exigencias no se han cumplimentado, y tampoco se ha probado la concesión de la representación mediante cualquier otro medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, por lo que no puede considerarse que estuviera atribuida al objeto de proceder a la inscripción de la interesada en el padrón.

Ahora bien, que no se haya hecho de la forma en la que ha quedado expuesta no significa que no se pueda tener por realizada, en este caso, la petición, como dice el artículo 32.4 LRJPAC, siempre que se subsane la falta o insuficiente acreditación de la representación dentro del plazo de diez días que se deberá conceder al efecto por el órgano administrativo competente el gestor del padrón, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

La falta o insuficiente acreditación de la representación constituye un defecto subsanable. Sin embargo, el hecho de que pueda ser subsanado no significa que deba serlo, ya que está en manos del interesado cumplir o no con la obligación que pesa sobre él para que se tenga por realizado el acto.

Obviamente, **la posibilidad de la subsanación sólo es aplicable cuando el interesado tiene la voluntad de asumir como propio lo actuado por el presunto representante**, **mientras que no cabe en el caso contrario, cuando como aquí sucede el interesado no quiere ratificar el acto, sino precisamente negarlo,** dejándolo sin efecto alguno, a fin de que quepa revisar de oficio el acto de inscripción en el padrón.

En consecuencia, aun cuando las causas que pueden dar lugar a la revisión de oficio de actos declarativos de derechos han de aplicarse con criterio muy restrictivo, como se ha razonado, no cabe duda que en el presente caso estamos ante una infracción de tal gravedad que **merece la sanción de nulidad**.

En tal sentido, la STS de 25 de abril de 2002 (Arz. 5007) advierte que «si bien es cierto que la nulidad debe aplicarse con criterio restrictivo y con especial moderación y cautela tal como ha recogido con reiteración esta Sala cuando de irregulari-

dades puramente formales pretendiese una consecuencia de nulidad absoluta e incluso la simple anulabilidad, también lo es que aquí lo que concurren son gravísimas ausencias y deficiencias que no se quedan en el ámbito de lo accesorio, circunstancial, adjetivo o contingente, sino que invaden aspectos sustantivos, principales y nucleares sobre el modo de operar de la Administración». Pues bien, eso es lo que ocurre en el supuesto objeto de este dictamen, en el que para que se produzca el alta en el padrón por cambio de residencia es preciso que exista una solicitud por escrito de la persona afectada o de su representante, lo que no ha sucedido.

Queda referirse, por último, a las consecuencias que debe tener en el presente caso la declaración de nulidad. Ésta deberá ser comunicada al Ayuntamiento de Granada a fin de que se tenga por no producida el alta de la interesada en el padrón de habitantes del municipio de Arrigorriaga, con efectos de 11 de agosto de 2008.

DCJA 86/2010 pár. 30 a 55

Nuestro análisis debería detenerse aquí, pero, a la vista de la existencia en el acto de un grave defecto, lo someteremos a la consideración del Ayuntamiento a fin de que proceda a su depuración en un nuevo procedimiento, en el que se dé traslado de la causa al interesado y pueda, de esa forma, ser oído y ejercer sus derechos, sin merma significativa en su posición jurídica, cosa que ocurriría si finalmente se declarara la nulidad del acto por las razones que a continuación se exponen y que en este estadio avanzado del procedimiento en el que nos encontramos ignora, por no haber sido esgrimidas durante su tramitación. En dicho procedimiento deberá ser nuevamente oída la Comisión, cuya intervención exigen los preceptos que hemos mencionado en este Dictamen.

A juicio de la Comisión cabe revisar parcialmente el Decreto del 2º Teniente de Alcalde, Concejal de Recursos Humanos, del Ayuntamiento de Sestao, de 26 de noviembre de 2009, por concurrir en el acto la causa de nulidad de la letra e) del apartado 1 del artículo 62 de la LRJPAC, esto es, por haber sido dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Del expediente resulta que, en efecto, se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento, en tanto que **la declaración en segunda actividad lo ha sido sin cumplirse lo previsto en el artículo 87.3 LPPV, ya que se requería la emisión de un previo dictamen del Tribunal Médico**, intervención ésta preceptiva y determinante para la resolución del procedimiento, hasta el punto de que lo decidido por ese órgano vincula al competente para declarar la situación.

Del contraste de lo dispuesto en tal precepto con lo actuado en el expediente administrativo resulta, en suma, que no se han respetado las prescripciones legales por las que se rige la situación de segunda actividad, pues no se han cumplido en modo alguno el trámite legalmente exigido.

Desde luego, **no es lo mismo un Tribunal Médico, compuesto por tres facultativos** (su regulación ha sido completada por el artículo 7 del Decreto 7/1998), **que la Comisión de Segunda Actividad, compuesta por representantes sindicales y municipales, que fue la que analizó la solicitud cursada** por don O.S.P.

Como expusimos en el DCJA 71/2005, en un expediente promovido por ese mismo Ayuntamiento, se ha venido diciendo que **la omisión total y absoluta de procedimiento no puede identificarse con la ausencia de todo trámite**, pues ello equivaldría a convertir la causa de nulidad considerada en un flatus vocis. **La expresión ha de ir referida a la omisión de trámites esenciales sin los que el procedimiento sencillamente no es reconocible como tal**.

En el presente supuesto, la decisión de declarar en situación de segunda actividad sin mediar un trámite esencial como lo es el dictamen del Tribunal Médico implica, sin duda alguna, que se ha omitido total y absolutamente el procedimiento y de que concurre la causa de nulidad del artículo 62.1.e) LRJPAC. Aún cuando las causas de nulidad que pueden dar lugar a la revisión de oficio de actos declarativos de derechos han de aplicarse con criterio muy restrictivo, no cabe duda que en el presente caso estamos ante una infracción que merece plenamente esa calificación.

En tal sentido, la STS de 25 de abril de 2002 (Arz. 5007) advierte que «si bien es cierto que la nulidad debe aplicarse con criterio restrictivo y con especial moderación y cautela tal como ha recogido con reiteración esta Sala cuando de irregularidades puramente formales pretendiese una consecuencia de nulidad absoluta e incluso la simple anulabilidad, también lo es que aquí lo que concurren son gravísimas ausencias y deficiencias que no se quedan en el ámbito de lo accesorio, circunstancial, adjetivo o contingente, sino que invaden aspectos sustantivos, principales y nucleares sobre el modo de operar de la Administración».

Pues bien, eso es lo que ocurre en el supuesto objeto de este dictamen pues **el trámite que se ha obviado es**, precisamente, **el que garantiza que el funcionario policial, si bien tiene una disminución apreciable de las facultades físicas y psíquicas necesarias para el ejercicio de sus funciones, ésta no le impide la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial.**

La declaración de nulidad, sin embargo, del Decreto del 2º Teniente de Alcalde, Concejal de Recursos Humanos, del Ayuntamiento de Sestao, de 26 de noviembre de 2009, lo sería sólo parcial, en lo que se refiere a la declaración del interesado en segunda actividad, que habría de considerarse como no producida jurídicamente, sin que la misma pudiera afectar a su reincorporación al servicio; será, a la vista de lo que dictamine el Tribunal Médico de Segunda Actividad, cuando procederá, en su caso, su jubilación forzosa.

DCJA 187/2010 pár. 54 a 63

Con carácter previo al examen propuesto, la Comisión considera necesario señalar que el expediente remitido suscita algunas cuestiones que no encuentran en el mismo sino indirecta respuesta. Hubiera sido deseable una mayor información por parte del Departamento consultante, especialmente sobre los efectos que en el tiempo ha producido el acto autorizatorio cuya nulidad ahora se pretende, en concreto, sobre si la concertación de servicios sanitarios (finalidad que, conforme a la documentación remitida, parece explicar la insistencia de la empresa peticionaria en obtener la autorización) se llevó a cabo y en que términos, dado que, como señala el documento que abre el expediente remitido —escrito de 9 de septiembre de 2009, del Director de Régimen Jurídico del Departamento de Sanidad y Consumo dirigido a la Directora Territorial de Sanidad de Bizkaia—, «…en el marco del expediente informativo sobre presuntas irregularidades en la contratación administrativa con empresas vinculadas a ciertos facultativos adscritos al ente público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, este Departamento de Sanidad ha decidido profundizar, entre otros aspectos, en la **autorización sanitaria de funcionamiento** emitida por esa Dirección territorial a la empresa … el 9 de junio de 2006 …».

Tras la precedente consideración, el examen del procedimiento que abordamos debe comenzar, conforme al expediente que se ha remitido a la Comisión, con el escrito que el 9 de junio de 2006 se registra en la Delegación Territorial de Bizkaia, (fechado el 5 de junio y sin firma), presentado por doña E.F.G., representante legal de la empresa peticionaria, solicitando que: «…en cumplimiento de la respuesta otorgada a nuestra consulta acerca de los requisitos precisos para contratar y concertar servicios con la Administración sanitaria, presento la documentación siguiente: 1.— Escrito de constitución y Estatutos de la Sociedad; 2.— Memoria descriptiva; 3.— Planos de instalaciones, 4.— Informe jurídico acerca de la capacidad y solvencia de la empresa, …. SOLICITO que en su caso se confirme la suficiencia de la documentación presentada o se indique la que resulte necesaria, en orden a obtener la autorización de funcionamiento previa a la concertación y contratación de servicios sanitarios con la Administración Sanitaria del País Vasco y se proceda al otorgamiento de la misma».

El mismo día 9 de junio de 2006 se dicta la Resolución objeto de revisión —que figura íntegramente trascrita en el párrafo 2.p de este Dictamen—. Dicha resolución recoge los siguientes hechos: «…con fecha 9 de junio de 2006 doña E.F.G., presenta solicitud de Autorización sanitaria de [sic] y funcionamiento de la mercantil …, ubicada en … de Bilbao (Bizkaia)». Sus fundamentos de derecho citan el Decreto 268/2001, de 6 de noviembre, de estructura orgánica y funcional del Departamento de Sanidad; la Resolución de 16 de marzo de 2006, de la Directora de Planificación y Ordenación Sanitaria (BOPV del 11 de abril de 2006), que delega en las Direcciones Territoriales del Departamento de Sanidad competencias en materia de autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios; el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, de autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, y el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, que establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. Asimismo,

recuerda que el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, fija en cinco años el plazo de validez de las autorizaciones de funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, debiendo ser solicitada su renovación tres meses antes del final del plazo citado.

Con los señalados hechos y fundamentos de derecho, se resuelve: «Conceder a doña E.F.G. en representación de … la Autorización sanitaria de instalación y funcionamiento del centro siguiente: Nombre del centro: …; Domicilio: … Bilbao (Bizkaia); Tipo de centro: Otros Proveedores de Asistencia Sanitaria.» A continuación, se fija el periodo de vigencia de la autorización que finaliza el 8 de junio de 2011 y se recuerda el régimen de las modificaciones sustanciales y de las comunicaciones, la obligación de cumplir la normativa de carácter general, la sanitaria específica, la urbanística, de instalaciones y seguridad, finalizando con la indicación del régimen de recursos.

El 14 de junio de 2006, el Director de Régimen Jurídico del Departamento de Sanidad emite informe sobre el expediente de autorización sanitaria de la empresa … —trascrito en los antecedentes, párrafo 2.q—.

En el mismo, tras dejar constancia de que la solicitud «se presenta fundamentalmente, por la necesidad de obtener este tipo de autorización sanitaria para poder presentarse a futuros concursos para conciertos o contratos de gestión de servicios sanitarios» y señalar que para la concertación con centros no hospitalarios ha de estarse a lo que dispongan los pliegos de bases técnicas, dependiendo los criterios de homologación de la tipología de los servicios, contiene una sucinta referencia a doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas («…la solvencia técnica en un expediente de contratación para la prestación de un servicio sanitario pueda verificarse acreditando la disponibilidad de recursos ajenos de empresas con las que mantiene la ofertante vínculos suficientes»), recuerda la aplicación en la resolución de expedientes del artículo 3.1 del Código Civil «…que propone interpretar las normas no sólo según el sentido literal de las palabras si no [sic] también en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquellas»; y concluye que «Con estas premisas, y siendo necesaria, formalmente, la autorización sanitaria para poder concertar, siempre que, analizado el expediente, se garanticen estructura y medios humanos y materiales suficientes para la prestación de servicios sanitarios a contratar en el futuro, el órgano administrativo competente podrá otorgar la citada autorización. Han de valorarse, también, antecedentes semejantes sobre estos temas».

El 19 de junio de 2006 se registra la salida de la Delegación Territorial de Bizkaia de la Resolución de 9 de junio de 2006 que autoriza la instalación y funcionamiento de … —con el contenido antes señalado—.

En los documentos que el expediente del procedimiento revisor incorpora sobre las búsquedas realizadas en la aplicación SIIOS [Sistema integrado de ordenación sani-

taria] —de fecha 25 de junio de 2009— se constata que la autorización no fue objeto de inscripción en el Registro general. En dicha fecha, la solicitud presentada por … seguía, en la referida aplicación, «en tramitación».

Por tanto, **la única actuación instructora que acredita el expediente entre la presentación de la solicitud y la salida de la Resolución de 9 de junio de 2006 del órgano resolutor es el señalado informe jurídico de 14 de junio de 2006** del Director de Régimen Jurídico del Departamento de Sanidad, **elaborado** —como advera su fecha— **tras el dictado de aquélla**.

A dicho informe, en el marco del procedimiento de concesión de las autorizaciones de centros, servicios y establecimientos sanitarios, —antes expuesto— no puede otorgársele la consideración de acto instructor.

El motivo de su emisión no figura en el expediente, aunque éste permita vislumbrar cierta confusión entre el objeto del procedimiento de autorización sanitaria y el que corresponde a la concertación de servicios sanitarios. En este contexto, el informe vendría a ilustrar al órgano competente para resolver la autorización de instalación y funcionamiento, sobre el distinto régimen vigente para concertar servicios sanitarios y para conceder dicha autorización que, según señala aquél, «siendo necesaria formalmente» para dicha concertación, el órgano competente podrá otorgar «siempre que analizado el expediente se garanticen estructura, medios humanos y materiales suficientes para la prestación de servicios sanitarios a contratar en el futuro», incluyendo una mención final a la valoración de «antecedentes semejantes sobre estos temas« —respecto de los que nada más se añade—.

El expediente que examina la Comisión, empero, no ofrece constancia de la existencia de un procedimiento coetáneo al de la autorización, promovido por la mercantil peticionaria para optar a la contratación o concertación de servicios sanitarios. Y, en todo caso, en la concreta perspectiva de análisis que corresponde a este Dictamen, **lo relevante es que tras dicho informe, y a pesar de que éste indicaba la necesaria valoración del expediente a fin de garantizar la suficiencia de la estructura, los medios humanos y los medios técnicos que iban a emplearse en la actividad proyectada por …, no consta que la Administración sanitaria realizara actividad instructora alguna**: la Resolución de 9 de junio de 2006 permaneció invariable.

Ya en el juicio de nulidad que abordamos conviene precisar que el expediente no traslada una incorrecta o deficiente realización de algún trámite del procedimiento autorizatorio (vg. no subsanación de la documentación, indebido reflejo en el acta del resultado de la visita de inspección, una realización parcial de ésta, la insuficiente subsanación de los defectos allí detectados, etc.), sino una a**usencia absoluta de tramitación: la Administración sanitaria el mismo día en que se presenta la solicitud dicta el acto que autoriza la instalación y el funcionamiento de un nuevo centro sanitario.**

Tal proceder, a la luz de la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1.e) LRJPAC, significa que la Resolución de 9 de junio de 2006 **incurrió en la causa de nulidad establecida en el artículo 62.1.e) LRJPAC, pues ni un solo trámite precedió a su dictado**.

En efecto, en el caso, **concurre una total ausencia de labor instructora y, concretamente, la de la previa comprobación de las condiciones de prestación** que, de forma taxativa, establece el Real Decreto 1277/2003, de 30 octubre, con el carácter de trámite común para todos los procedimientos autorizatorios que establezcan las Comunidades Autónomas y que, en el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, obliga a la Administración sanitaria a realizar una visita de inspección previa a la autorización de funcionamiento.

Este trámite, en el procedimiento autorizatorio de centros sanitarios, tiene, a juicio de la Comisión, el carácter de trámite esencial porque la inspección previa está configurada en el Decreto 31/2006, de 21 de febrero, con virtualidad plena para condicionar el contenido de la autorización: es el resultado de la inspección, y sólo éste, el que determina directamente el sentido favorable o desfavorable de aquélla.

La configuración normativa del trámite —cuya finalidad es posibilitar el cumplimiento del régimen legal de autorización previa de la actividad propia de los centros, servicios y establecimientos sanitarios como garantía del derecho la salud de las personas— exige que **la Administración sanitaria sólo pueda otorgar dicha autorización cuando conozca el resultado positivo de la verificación**, **estándole vedado autorizar la instalación y funcionamiento de un centro sanitario sobre el que previamente no haya realizado control alguno**. El resultado de la comprobación es en la norma hecho determinante de la autorización, de tal forma que su adopción por la Administración sanitaria sin ninguna actuación previa dirigida a conocer el tipo de actividad sanitaria proyectada, la estructura donde va a prestarse y los medios humanos y técnicos de los que se dispone, deja aquélla sin fundamento. El acto así dictado no sólo conlleva la contravención formal del artículo 54.f) LRJPAC que impone como contenido obligado la motivación cuando así deba serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa, sino la contravención material, pues la Resolución de 9 de junio de 2006 quedó sin fundamento alguno.

Del carácter esencial que dicho trámite tiene para la Administración sanitaria cuando ejercita la potestad de autorizar centros sanitarios de acuerdo con la Ley, deja gráfica noción el documento que como «modelo habitual» obra en el expediente (trascrito en el antecedente, párrafo 2.r). Versando éste sobre una solicitud de renovación de autorización de funcionamiento (casualmente referida a una de las empresas citadas en la Memoria presentada por la empresa peticionaria), su sola lectura permite apreciar la trascendencia material y objetiva de la actividad comprobatoria previa: la inspección allí practicada —y el reflejo documental de su resultado en el

acta— se erige, a través del mecanismo de la motivación in aliunde, en exclusiva ratio decidendi de la decisión administrativa de otorgar dicha renovación.

Se aprecia así que l**a Resolución de 9 de junio de 2006, dictada sin realizar la más mínima comprobación previa** de las condiciones de prestación de la actividad del centro sanitario cuya instalación y funcionamiento autoriza, huérfana de todo fundamento, **incurre en el vicio de nulidad radical previsto en el artículo 62.1.e) LRJPAC**. La absoluta falta de procedimiento que ha precedido a su dictado ha motivado que la decisión autorizatoria infrinja materialmente la normativa que resulta de aplicación a la concesión de las autorizaciones sanitarias.

No obstante la precedente conclusión y de acuerdo con los parámetros que, según hemos expuesto, rigen el juicio de nulidad cuando la causa de ésta versa —como aquí sucede— sobre defectos formales, debe aplicarse el criterio de cierre que aboga por **evaluar el impacto de la omisión en el acto originario, mediante la observación de lo que éste pudiera haber variado, de haberse observado el procedimiento**.

Procede, así, examinar si la meritada Resolución de 9 de junio de 2006, a pesar del defecto procedimental grave que precedió su dictado, pudiera encontrar fundamento, y, por tanto, modular la calificación de nulidad radical que hemos expuesto, en el expediente.

En esta perspectiva, conforme a su carácter reglado, la Resolución de 9 de junio de 2006, de acuerdo con la normativa aplicable, en cuanto tiene por objeto autorizar la instalación y funcionamiento de un centro sanitario de nueva creación, debe encontrar adecuado respaldo, al menos, en (i) una estructura (ii) unos profesionales capacitados, por su titulación oficial o capacitación profesional que (iii) van a prestar unas actividades sanitarias de las propias de dichos centros, consistentes en la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación para restaurar o mejorar la salud de las personas.

El examen propuesto, no obstante, sólo puede ser formal (pues en ningún caso puede la Comisión paliar la ausencia del acta de inspección) y por tanto se ciñe a la indagación sobre la información que traslada la documentación obrante en el expediente, más concretamente, los documentos aportados por la empresa con su escrito de 9 de junio de 2006 (copia de la escritura de constitución, estatutos, memoria descriptiva; planos de instalaciones, e informe jurídico acerca de la capacidad y solvencia de la empresa), al ser aquéllos los únicos que integran el expediente remitido.

En esta perspectiva de análisis, la empresa peticionaria, …, es una sociedad de responsabilidad limitada, constituida el 6 de febrero de 2006, por dos socios, con un capital social de trescientos mil seis (300.006) euros, cuyo objeto social, según el artículo 2 de sus estatutos, es «1.La prestación, asesoramiento y gestión integral de servicios sanitarios; 2. La compraventa de bienes inmuebles; 3. La concertación

de servicios sanitarios con cualquier entidad pública o privada, incluyendo la gestión de listas de espera de pacientes»; actividades que, según el mismo precepto estatutario, podrá desarrollar «total o parcialmente, de modo directo o mediante la titularidad de acciones y/o participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo».

En cuanto a la actividad proyectada, la Memoria señala (Punto 1. «Definición de la Sociedad») que se crea «para completar la cartera de servicios de la estructura del grupo de Empresas a la que pertenece». A continuación, en términos genéricos más próximos al folleto divulgativo que a la concreta identificación de las instalaciones, medios humanos y técnicos (y su ajuste a los exigidos, para cada tipo de centro y servicio) relaciona una serie de empresas y servicios (que abarca desde entidades de asistencia domiciliaria hasta un gimnasio o un servicio de «call center»). Tales empresas y entidades se afirma que integran «el grupo», pero no consta ni se aporta justificación sobre la existencia jurídica de éste, ni tampoco dato o documento alguno sobre la posición dominante o forma de control que la mercantil … pudiera tener sobre dichas empresas. La Memoria, en varios lugares, afirma contar con contratos, acuerdos de colaboración etc., con empresas, entidades públicas y privadas y en su parte final, en el epígrafe denominado «Prestación de Servicios», indica que «… cuenta con 1 Director Gerente, 2 Médicos Especialistas y 2 auxiliares administrativas a tiempo completo. Asesoría económico-financiera. Además cuenta con contratos de colaboración con distintos profesionales, empresas de servicios sanitarios e instituciones cerradas como son: Contrato de colaboración con el Hospital … para la utilización de toda su estructura técnica y humana (se adjunta). Contrato de colaboración con la Clínica …. Contrato de Colaboración con el …, Contrato de prestación de servicios con los siguientes Médicos Especialistas [incluyendo a continuación la lista de once médicos especialistas en cirugía general, traumatología, oftalmología, otorrinolaringología y cardiovascular] y Contrato de colaboración con todas las Empresas del Grupo». En el epígrafe denominado «Resumen de Estructura Física y Humana», la Memoria recoge lo siguiente: «Instalaciones Propias: Local de 300 m^2 en … de Bilbao; Local en … de 140 m^2, Local en Calle … de Bibao 1.300 m^2, Local en Bermeo 300 m^2. Local en Eibar 400 m^2. Instalaciones en Régimen de Arrendamiento. Baracaldo, Durango, Irún, Donostia. Recursos Humanos. 165 Médicos, 140 ATS, 10 fisioterapeutas, 8 auxiliares de fisioterapeutas, 20 auxiliares administrativos. De todos los Recursos humanos más del 80% se encuentran en Régimen General».

Las cuestiones reseñadas no son clarificadas en el informe jurídico de 1 de junio de 2006, suscrito por don I.T.B, abogado administrativista, que se centra en razonar la capacidad jurídica de la empresa … para concertar servicios sanitarios con la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pero que no permite acreditar la existencia jurídica del grupo de empresas ni los términos de la vinculación del peticionaria con las empresas que dice integran aquél. Su conclusión: «la Sociedad …» por su objeto social y por la dotación de medios técnicos que acreditan sobradamente su solvencia, está capacitada para la obtención de la autorización de instalación y de funcionamiento exigida por la Normativa Sectorial Sanitaria vigente en el

País Vasco. Consecuentemente,… está capacitada para concertar con la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la prestación de servicios sanitarios».

Por tanto, en orden a conocer formalmente la actividad sanitaria que constituía el objeto de la autorización pedida, aún prescindiendo de los servicios de asesoría y consultoría —que claramente no integran el objeto típico de la autorización de instalación y funcionamiento de centro sanitario— y ciñendo el ámbito de aquélla al de «prestación de servicios sanitarios», es lo cierto que de la documentación aportada la Comisión no puede colegir para qué actividad y oferta asistencial se pedía la autorización.

En cuanto a la estructura física, en la documentación aportada obra copia de los planos correspondientes a un centro de fisioterapia, sito en c/ … de Bilbao (propietario J.M.E.G.); un local en c/ … de Bilbao; un piso (superf. útil 253,64 m^2) en …; un local que no se identifica (figura en un lateral Eibar); un local en Paseo de …, bajo izda en San Sebastián (…); y un local en Bermeo, resultando ilegibles los datos identificativos del mismo.

La Resolución de 9 de junio de 2006 fija el domicilio del centro sanitario autorizado en la c/ ... de Bilbao, si bien ninguno de los planos corresponden a esa dirección. Uno de ellos se refiere a un local ubicado en esa calle pero en el nº …, piso … puerta …, de Bilbao y, a pesar de su escaso detalle, traslada una distribución destinada a albergar espacios para recepción, oficina técnica, despacho y sala de juntas.

En cuanto a los medios humanos, según los datos que al respecto contiene la Memoria, quedan igualmente sin precisar, ya que aunque se considere que se ciñen a los once médicos especialistas (a los que se refiere la empresa en sus alegaciones), lo cierto es que la documentación aportada no permite conocer qué servicios médicos van a prestar, dónde los van a prestar, ni cuál será su régimen de dedicación. Tampoco figura mención al responsable asistencial (cuya exigencia misma no cabe establecer con seguridad, por desconocerse el tipo de actividad para la que se solicita la autorización). Respecto de los medios técnicos, la documentación no contiene una sola mención a los aparatos, instrumentos y utillaje de los que iba a disponer el nuevo centro autorizado.

Llegados a este punto, conviene precisar (esencialmente porque al mismo aluden las alegaciones que formula en el procedimiento revisor …) que el convenio de colaboración que aportó don J.C.M. con su escrito de 12 de mayo de 2006, suscrito ese mismo día con la empresa … (titular del Hospital …), lejos de contribuir a clarificar la indeterminación de los términos de la solicitud referidos a actividad, infraestructura, medios humanos y técnicos del nuevo centro, ahonda más en ésta.

En las alegaciones formuladas en el procedimiento revisor la empresa sostiene que la inspección previa devenía innecesaria porque los servicios sanitarios iban a ser prestados en el citado hospital, y éste había sido objeto del control inspector previo.

Sin embargo, **del examen de la documentación que traslada el expediente, la Comisión no puede constatar que el señalado hospital fuera a constituir la infraestructura para la prestación de los servicios sanitarios** para los que se instaba la autorización de instalación y funcionamiento. Tal alegación soslaya que la Resolución de 9 de junio de 2006 procede a autorizar la instalación y apertura de un nuevo centro sanitario de carácter extrahospitalario, no la incorporación de nueva oferta asistencial o de nuevos profesionales a un centro ya existente —que, debe suponerse, contará con su correspondiente autorización sanitaria—.

Todo ello, al margen de que el clausulado del convenio de colaboración, vuelve a evidenciar que los servicios objeto del mismo quedan sin identificar, al contemplarse con «carácter meramente enunciativo y no exhaustivo (urgencias médicas, servicios ATS/DUE, Rayos X; Laboratorio de Análisis Clínicos, Rehabilitación, Cirugía General, Traumatología, Oftalmología, Otorrinolaringología, Urología y Cirugía Cardiovascular)», y remitir el propio convenio a un documento diferente —del que no hay constancia alguna— para fijar pormenorizadamente las infraestructuras materiales y los medios personales con los que cuenta … que se compromete a «…adecuarlos para que … preste los servicios sanitarios que pretende».

En realidad, **las alegaciones de la empresa revelan un entendimiento del régimen de la autorización incompatible con su regulación: parece sostenerse que, una vez obtenida aquélla, se procederá a precisar la actividad asistencial, dotar una estructura y adscribir los medios humanos y técnicos necesarios. Pero tal interpretación no es conforme con las normas legales y reglamentarias que rigen la concesión de la autorización de los centros, servicios y establecimientos sanitarios** —antes expuestas—.

En suma, también en la perspectiva de análisis acogida, la Resolución de 9 de junio de 2006 aparece aquejada del vicio de nulidad señalado, por cuanto del examen formal de la documentación obrante en el expediente se concluye que la ausencia total del procedimiento y la nulidad que provocó en dicha Resolución no puede modularse, por no contener aquélla —siquiera nominalmente— una mínima acreditación de las condiciones de prestación de la actividad sanitaria para la que se instó (y concedió) la autorización sanitaria del nuevo centro. Antes al contrario, la indefinición de la solicitud de la empresa peticionaria, que no fue remediada con la realización de los trámites debidos (subsanación formal y comprobación material), se trasladó íntegramente a la meritada Resolución de 9 de junio de 2006, cuyo objeto mismo sigue a día de hoy sin poder desentrañarse, encontrándose todavía pendiente de inscripción por la Administración sanitaria en el Registro general.

(…)

No altera la precedente conclusión de la Comisión la doctrina del acto propio que alega la empresa destinataria de la autorización **y que, en su tesis, impediría a**

la Administración sanitaria declarar la nulidad en base a la omisión de trámites que sólo a ella correspondía realizar. **Tal entendimiento de la revisión de oficio por la causa propuesta (artículo 62.1.e) prácticamente convertiría en inaplicable el referido motivo**. Como es sabido, en la declaración de nulidad pugnan dos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, el de legalidad y el de seguridad jurídica, debiendo éste ceder frente a aquél en los casos de los vicios legalmente tasados por el legislador en virtud de su gravedad.

DCJA 50/2010 pár. 36 a 79

C) 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

En este caso, 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.f) de la LRJPAC, a cuyo tenor son nulos de pleno derecho «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición».

Por ello, creemos conveniente recordar que una interpretación amplia del vicio establecido en el artículo 62.1 apartado f) LRJPAC dada su potencial «vis expansiva» podría provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos.

De esta manera, para entender concurrente el vicio recogido en el artículo 62.1.f) no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además, debe provocar que, en su virtud, el interesado adquiera facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. A través de esta última previsión el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedente le reconoció u otorgó.

En este contexto, y bajo el carácter excepcional y limitado de la nulidad de pleno derecho, procede analizar el acto que se pretende revisar de acuerdo con los criterios antes expuestos, a fin de comprobar, primero, si se da una infracción normativa y, segundo, si ésta es subsumible en la ausencia del presupuesto indispensable que requiere el citado artículo 62.1.f) LRJPAC.

b) La causa de nulidad alegada:

Como ya hemos señalado, en el caso sometido a nuestra consideración **el Ayuntamiento consultante considera que el Decreto** del 2º Teniente de Alcalde, Concejal de Recursos Humanos, del Ayuntamiento de Sestao, de 26 de noviembre de 2009, **es nulo de pleno derecho por incurrir en la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, al reincorporar a don O.S.P. en situación de segunda actividad, careciendo de los requisitos esenciales para ello, según el Reglamento de Segunda actividad de la Policía Local de Sestao**, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el día 25 de enero de 2005 y publicado en el Boletín Oficial de Bizkaia (BOB) del día 28 de febrero de 2005.

Más precisamente, se ha infringido: a) El artículo 6 que establece que «únicamente procederá la declaración de segunda actividad desde la situación de servicio activo». Cuando se dictó el acto don O.S.P. se encontraba ya jubilado. b) El artículo 11.1, según el cual el pase a la situación de segunda actividad exigirá haber cumplido 25 años de servicios efectivos en las situaciones de servicio activo, servicios especiales o excedencia forzosa en los Cuerpos de Policía Local o de la Comunidad Autónoma Vasca. Mediante Decreto del 2º Teniente de Alcalde, Delegado de Recursos Humanos, de 4 de junio de 2008, a don O.S.P. le fueron reconocidos como servicios prestados en la Administración Pública un total de 5 años, 1 mes y 10 días. c) El artículo 16 que, respecto al pase a una segunda actividad cuando el motivo sea la insuficiencia en las aptitudes psicofísicas, dispone que «pasarán a la situación de segunda actividad los funcionarios del Cuerpo de Policía de Sestao que, antes de cumplir las edades establecidas en el artículo 12 del presente reglamento, tengan disminuidas de forma apreciable sus aptitudes físicas o psíquicas de modo que les impida el normal cumplimiento de sus funciones profesionales, previa instrucción del oportuno procedimiento de oficio o a solicitud del interesado, siempre que la intensidad de la referida disminución no sea causa de jubilación por incapacidad permanente». En tanto que don O.S.P. tiene reconocida una incapacidad permanente en el grado de total, estaría dentro de las excepciones señaladas como «consecuencia de la intensidad en insuficiencia en las aptitudes psicofísicas».

c) La segunda actividad:

El Ayuntamiento consultante formula su propuesta sobre la base de la ordenanza municipal. Sin embargo, conviene advertir que la **situación de segunda actividad se encuentra regulada en la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco** (LPPV), de aplicación a los cuerpos de Policía Local, en tanto que, como declara su artículo 24.1 LPPV, la Policía del País Vasco se integra, a los efectos de la ley, de los Cuerpos de Policía dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales del País Vasco, existiendo previsiones específicas que regulan su estatuto de forma destacada el artículo 27 que delimita las funciones de los Cuerpos de Policía Local y el entero título V LPPV dedicado a las policías locales.

En lo que se refiere a las situaciones administrativas, la regulación del Capítulo VI del Título III forma parte del régimen estatutario de los funcionarios de policía del País Vasco, siendo la misma aplicable a los Cuerpos de Policía Local (disposición adicional 2ª LPPV).

También hemos de recordar que la reserva de ley del artículo 103 de la Constitución (CE) incluye dentro de sus contornos la normación relativa a las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, tal y como dejó señalado la STC 99/1987, de 11 de julio. Por lo tanto, habrá de ser sólo la ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, con la consecuencia de que la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí innovando o, sustituyendo a la disciplina legislativa, aunque se admite una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que las remisiones «sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir.

Con tales elementos, se hace preciso insistir en que **la LPPV es de forma simultánea manifestación del régimen común establecido en materia de segunda actividad, aplicable a los funcionarios de la Ertzaintza y de los Cuerpos de la Policía Local del País Vasco, al tratarse de una regulación que trasciende el interés municipal, y norma que da cumplimiento a la reserva de ley**, de suerte que es ella la que establece su régimen sustantivo, sin perjuicio de la colaboración del reglamento, pero solo para completar el régimen legal y sin que quepa disponer un régimen distinto e introducir requisitos no previstos en la ley.

En lo que se refiere al asunto que informamos, cabría decir que el **artículo 87 LPPV** delimita la causa y las condiciones que el funcionario ha de reunir para acceder a la situación de segunda actividad por insuficiencia apreciable de las facultades físicas o psíquicas, de forma resumida:

a) La disminución ha de ser aquella que «sin impedirles la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial, determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las propias de su categoría».

b) La declaración «únicamente podrá producirse desde la situación de servicio activo».

c) La evaluación de la incapacidad corresponderá a un Tribunal Médico compuesto por tres facultativos, que se designaran por el Departamento de Interior u órgano competente de la respectiva entidad local, uno de ellos a propuesta de la representación sindical, siendo sus dictámenes vinculantes, sin perjuicio de que puedan ser revisados si se aprecia la existencia de alguna irregularidad.

d) El Gobierno Vasco determinará reglamentariamente para cada categoría el cuadro de incapacidades determinantes del pase a la situación de segunda actividad.

En desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la LPPV se dictó el **Decreto 7/1998**, de 27 de enero, por el que se desarrollan determinados aspectos relativos al pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la Policía del País Vasco, siendo destacables dos contenidos del mismo.

Por un lado, la definición de las tareas fundamentales de la profesión policial: «las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de los culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora». Por otro lado, su Anexo I aprueba el cuadro de incapacidades determinantes del pase a la situación de segunda actividad, y se dispone que para la apreciación y evaluación por el Tribunal Médico de la incapacidad derivada de las enfermedades, síndromes, procesos patológicos físicos o psíquicos, o déficits anatómico-funcionales recogidos en dicho cuadro se habrán de ponderar las exigencias médico-laborales requeridas para la realización de las funciones y tareas propias de la categoría a la que pertenezca el afectado.

En lo que se refiere a la potestad reglamentaria reconocida a los entes locales, [artículo 4.1.a) y artículo 22.2 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en adelante LBRL], bastará con señalar que debe desplegarse en el ámbito competencial que delimiten tanto la legislación del Estado como la de las comunidades autónomas, en este caso, en materia de policía local.

En la última jurisprudencia del Tribunal Supremo se aprecia una cierta evolución en el reconocimiento de la capacidad innovadora del ordenamiento que se atribuye a las ordenanzas municipales (entre otras, SSTS de 7 de octubre de 2009-RJ 4/2010, 14 de octubre de 2009-RJ 1070/2010, 17 de noviembre de 2009-RJ 1763/2010), pero siempre y cuando no contradigan o vulneren la legislación sectorial que pudiera existir.

Entiende la Comisión que la ordenanza municipal puede aclarar, desarrollar y concretar aspectos del régimen dispuesto tanto en la LPPV, como en el Decreto 7/1998, tomando en cuenta las funciones de los Cuerpos de la Policía Local y su estructura (artículos 27 y 118 LPPV) y en atención a las circunstancias particulares de cada municipio y, desde luego, dictar normas procedimentales y organizativas, sin que ello suponga reverencia a su tenor literal, dentro del margen inherente a la autonomía local que la Constitución otorga a los municipios (artículos 137, 140 y 141 CE).

Ahora bien, l**os aspectos nucleares de la ordenación no son disponibles para el normador local,** ya que obedecen a una política común en materia policial que trasciende los intereses locales y están reservados al legislador.

d) Las infracciones alegadas:

Bajo el carácter excepcional y limitado de la nulidad de pleno derecho, procede analizar ahora el acto que se pretende revisar de acuerdo con los criterios antes expuestos, a fin de comprobar, primero, si se da una infracción normativa y, segundo, si ésta es subsumible en la ausencia del presupuesto indispensable que requiere el citado artículo 62.1.f) LRJPAC.

Como hemos razonado, para la aplicación de las causas de nulidad del artículo 62 LRJPAC y, muy especialmente, la que contempla la letra f) del citado precepto no basta constatar que existe una infracción del ordenamiento, sino que ésta ha de ser cualificada por la ausencia de aquellos requisitos que, en el concreto marco legal y normativo, resulten presupuestos básicos jurídicos, no materiales ni accesorios, para adquirir los derechos y facultades reconocidos por el acto administrativo. Sólo de darse esa carencia éste incurrirá en la excepcional nulidad de pleno derecho.

En definitiva, huyendo de cualquier generalización, hay que analizar el caso concreto para extraer, de acuerdo con el régimen normativo aplicable, el concepto de requisito esencial, como presupuesto de hecho que necesariamente debe concurrir en el sujeto o en el objeto para que se produzca el efecto adquisitivo que prevé.

En ese contexto, **la Comisión no puede compartir el parecer del órgano consultante, ya que no aprecia que estemos ante una infracción cualificada** subsumible en dicho precepto legal.

En primer lugar, en lo que se refiere a la **exigencia de que el funcionario policial se encontrara en servicio activo**, es de ver que l**a propia Resolución que lo declara en situación de segunda actividad deja sin efecto el Decreto de 3 de noviembre de 2009, por el que fue declarado en situación de jubilado forzoso por incapacidad**. Esto es, ese contenido del acto implica que el interesado vuelve a encontrase en servicio activo y de esa forma se levanta el requisito obstativo.

Incluso en el caso de que no se hubiera decretado la nulidad del acto de jubilación —revocación que no exigía el cumplimiento de disposiciones procedimentales rigurosas, ya que en el contexto que analizamos no era declarativo de derechos en tanto que lo solicitado y pretendido por el interesado era el acceso a la segunda actividad (artículo 105.1 LRJPAC)—, la circunstancia de que hubiera sido jubilado con carácter forzoso no era obstáculo para que fuera declarado en segunda actividad, en tanto que **la petición de pasar a segunda actividad se produjo en el momento en que se encontraba en servicio activo**. Así lo entendió la Sentencia de 31 de mayo de 2000 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso contencioso-administrativo (RCA) nº 442/97.

Es más, el propio Tribunal llegó a considerar en otra sentencia, de 26 de noviembre de 2007 (JUR 93060/2008), que con la tramitación del expediente de segunda actividad «se intuye o presupone que la declaración de jubilación forzosa había sido anulada por la Administración de forma implícita», pues «de otra forma no se entiende cómo pueda entrarse a conocer y resolver sobre la segunda actividad cuando existe pérdida de la condición de funcionario de carrera a consecuencia de una jubilación forzosa inatacable».

En segundo lugar, **no podemos conferir el carácter de requisito esencial para la adquisición del derecho a la condición de haber cumplido 25 años de servicios efectivos en las situaciones de servicio activo, servicios especiales o excedencia forzosa en los Cuerpos de Policía Local o de la Comunidad Autónoma Vasca**.

Nuestro contraste debe hacerse a la luz de las exigencias que el legislador impone para que el funcionario sea declarado en dicha situación, sin que entre ellas figure ninguna de ese tenor, o dicho de otra forma, **se trata de una exigencia suplementaria no prevista en la LPPV, que no habilita ni directa ni indirectamente a exigir nuevos requisitos para el reconocimiento de la situación de segunda actividad**. El régimen de situaciones forma parte del conjunto de derechos que reconoce el texto legal a los funcionarios de la Policía del País Vasco, sin que puedan oponerse a su disfrute unos condicionamientos más restrictivos.

Más complejo resulta el análisis de la tercera infracción que fundamenta el expediente de revisión tramitado, pese a la contundencia del argumento empleado y a la lógica que destila: **un policía que haya sido declarado por el INSS afecto a una incapacidad permanente total para la profesión habitual es obvio que no puede realizar de forma eficaz las fundamentales tareas de la profesión policial, por lo que lo único que procede es declarar su jubilación forzosa**.

Sin embargo, las dos **sentencias** ya mencionadas del **Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**, si bien no configuran una doctrina jurisprudencial que puede considerarse consolidada en la interpretación de la LPPV, sí que **ponen en cuestión que dicho razonamiento sea suficiente para considerar concurrente el requisito necesario para proceder a la revisión del acto** por el que se declara a don O.S.P. en la situación de segunda actividad.

Recogemos a continuación el literal de la primera, que parcialmente reproduce la segunda:

> En la tesis de la Administración, la situación de incapacidad permanente total para la profesión de policía, impide, por definición, la eficaz realización de las fundamentales

tareas de la profesión policial, definidas en la Ley de Policía del País Vasco y en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Esta proposición, que sirvió de soporte a la resolución denegatoria, no constituye una verdad apodíctica, y viene desmentida por Ley de Policía del País Vasco que contempla expresamente la posibilidad de desempeñar segunda actividad a los declarados en situación de incapacidad permanente total. Así en el art. 66 de la Ley 4/92 se dispone que cuando se trate de proveer puestos de trabajo de susceptible desempeño por personal en segunda actividad, gozarán de preferencia en su adjudicación los funcionarios declarados en dicha situación administrativa, y, dentro de ellos, quienes se encuentren en situación de incapacidad permanente total que derive de accidente de trabajo. Por su parte, la Disposición Adicional Decimosexta, prevé que a través de la negociación colectiva, que se producirá para la Ertzaintza y las Policías Locales del País Vasco en el ámbito convencional respectivo, se determinarán los sistemas de aseguramiento complementarios que procedan para los casos de pase a segunda actividad por razones de edad e incapacidad permanente total, previa su evaluación mediante los correspondientes estudios actuariales» (...).

…la declaración de incapacidad permanente total declarada por la Entidad Gestora de la Seguridad Social no produce efectos automáticos de jubilación forzosa, ni excluye, por sí misma, la posibilidad de pasar a situación de segunda actividad, que en algunos casos se erige, por el contrario, como criterio preferencial para ocupar puestos susceptibles de ser desempeñados por funcionarios en situación de segunda actividad (art.66) y, por ello, la resolución combatida no se ajusta a derecho.

De otra parte, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha entendido que **lo practicado en el ámbito de la prestación de la seguridad social no vincula al Tribunal Médico previsto en el artículo 87.2 LPPV**, que debe emitir su informe a la vista del cuadro de incapacidades determinantes del pase a la segunda actividad.

Como así se infiere de la Sentencia de 11 de mayo de 2000 (JUR 35782/2001), **se trata de dos ordenamientos diferentes para prestaciones distintas, en el seno de los cuales los organismos de calificación son asimismo diferentes, no siendo adecuado que las situaciones jurídicas establecidas en uno puedan extrapolarse de su propio ámbito al otro, para forzar en él las calificaciones que su ordenamiento rector confía a unos órganos específicos y con referencia a un baremo normativo muy concreto**: «Trascendente es reiterar que el informe, el dictamen del Tribunal Médico, lo era para incardinar la situación física, los padecimientos del recurrente, en relación con el cuadro de incapacidades determinadas para el pase a la situación de segunda actividad en relación con las previsiones de la Ley de Policía del País Vasco y el Decreto 7/98, esto es, nos encontramos ante un dictamen singularizado y singular y vinculado a esa concreta faceta de la relación estatutaria del recurrente, no idéntica a la vinculación del mismo como beneficiario de las prestaciones de la seguridad social sin perjuicio de la realidad evidente en cuanto a los parámetros y hechos objetivos preexistentes».

En sentido contrario, también han negado tal vinculación los órganos de la jurisdicción social, así STS de 25 de marzo de 2009 (RJ 2878/2009):

La calificación de la incapacidad permanente en la modalidad contributiva de nuestro sistema se realiza en vía administrativa por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, como establece el artículo 143.1 de la Ley General de la Seguridad Social, a tenor del cual corresponde a dicho Instituto «a través de los órganos que reglamentariamente se establezcan y en todas las fases del procedimiento, declarar la situación de incapacidad permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas a que se refiere la presente Sección». El Real Decreto 1300/1995 y la Orden de 18 de enero de 1996 regulan el procedimiento administrativo de calificación, previendo la intervención de órganos técnicos especializados los equipos de valoración de incapacidades, que formulan las correspondientes propuestas a partir de las cuales se adoptan las resoluciones administrativas en esta materia, que quedan sometidas al control judicial del orden social de acuerdo con las previsiones de la Ley de Procedimiento Laboral. No se contempla en estas normas ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo. Por ello, con independencia de que el pase a la segunda actividad, pueda ser un dato a tener en cuenta a efectos de ponderar la situación del solicitante, lo cierto es que la calificación es un acto que se realiza por los órganos competentes, valorando, de una parte, las lesiones del trabajador y, de otra, el marco funcional de su profesión, lo que lleva necesariamente a dar un especial relieve a la proyección funcional de las lesiones en la capacidad de trabajo, pero sin que de ello se derive ningún tipo de determinación de las decisiones de calificación por las incidencias de la relación de empleo. En la medida en que lo que sostiene el recurso es precisamente que el pase a la segunda actividad incidencia o decisión que se ha producido en el marco de la relación de empleo y de acuerdo con sus normas lleva consigo necesariamente a apreciar una disminución sensible de la capacidad de trabajo, el motivo en este punto debe ser desestimado.

Esto es, tanto razones sustantivas como procedimentales impiden considerar que la sola calificación de sus limitaciones como un supuesto de incapacidad permanente total constituya un obstáculo insalvable que impida la declaración en segunda actividad, ni, por ende, cabe concluir que el acto sometido a escrutinio se encuentre viciado de una nulidad radical por tal motivo.

DCJA 187/2010 pár. 21 a 53

4. INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS

En el escrito de alegaciones **la solicitante basa la nulidad del Proyecto de Reparcelación en el artículo 62.2 LRJPAC**, por vulneración del artículo 14 de la Constitución, del principio de reparto equitativo de beneficios y cargas del planeamiento, y de lo establecido en los artículos 99.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y 93.1 del Reglamento de Gestión Urbanística.

El apartado 2 del artículo 62 de la LRJPAC se refiere a las causas de nulidad de las disposiciones administrativas, pero **los proyectos de reparcelación no tienen na-**

turaleza de disposiciones generales, sino de actos administrativos, dado que son instrumentos de ejecución del planeamiento (artículo 80.1 Reglamento de Gestión Urbanística) que establecen una concreta distribución de beneficios y cargas del planeamiento para los afectados del ámbito al que se refiere, y que su virtualidad se agota una vez que la gestión ha concluido. No son, por tanto, susceptibles de aplicación sucesiva y reiterada en el tiempo, como las normas.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (SS 25-5-99, RJ 1999/3647, 23-7-99, RJ 1999/6075, entre otras) la exigencia legal de oír a todos los interesados para la aprobación de una actuación administrativa —lo que ocurre en el caso de los proyectos de reparcelación, artículo 108 Reglamento de Gestión Urbanística— explica que estamos ante simples actos administrativos, pues ello resultaría insólito si se tratara de disposiciones de carácter general.

Consecuentemente, la aprobación del Proyecto de Reparcelación de Gandias no resulta incardinable en los supuestos de nulidad regulados en el artículo 62.2 LRJPAC.

Dicho lo anterior, la Comisión entiende que el Proyecto de Reparcelación que nos ocupa no incurre en causa de nulidad alguna.

La Comisión no comparte la alegación de la Sra. MNGS relativa a que resulta nula de pleno derecho la incorporación de parte de una de sus fincas en la UA1 de Gandias y, por ende, en el Proyecto de Reparcelación, por merecer la consideración de suelo urbano consolidado por la urbanización.

Es la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, la que distingue por primera vez dentro del suelo urbano entre suelo urbano consolidado por la urbanización y suelo urbano no consolidado por la urbanización (artículos 14), a fin de diferenciar los deberes de los propietarios de cada uno de ellos, imponiendo a los de la segunda categoría determinados deberes de cesión de suelo para sistemas locales, así como de un porcentaje de aprovechamiento urbanístico.

Hasta la entrada en vigor de la citada ley, únicamente los propietarios de suelos urbanizables tenían la obligación de ceder aprovechamiento urbanístico a la Administración actuante.

La Ley 6/1998 no define el **concepto de suelo urbano consolidado por la urbanización**, correspondiendo ello a la normativa autonómica, y en la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) no se ha definido esta clase de suelo hasta la Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo (LSU).

Como primera aproximación al análisis de este concepto, **hay que diferenciarlo del de suelo urbano consolidado por la edificación**, contemplado en la legislación urbanística como requisito alternativo de un suelo para alcanzar la consideración de suelo urbano, junto a la existencia de determinados servicios urbanísticos. El hecho

de que un suelo esté edificado puede determinar que merezca la consideración de suelo urbano, pero no la consideración de suelo consolidado por la urbanización.

Tampoco son sinónimos los conceptos de suelo urbanizado y suelo consolidado por la urbanización.

A falta de normativa propia, hasta la publicación de la LSU, **el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco fue perfilando el concepto** de suelo urbano consolidado por la urbanización en la forma que se recoge, entre otras, en la sentencia nº 212/2005, de 11-03-2005 (JUR 2005/208608):

> [El art. 14 de la Ley 6/98, de 13 de abril introdujo una diferenciación dentro de la categoría del suelo urbano, entre el que denominó «consolidado por la urbanización» y no consolidado por la urbanización, ciñendo el deber de cesión de diez por ciento del aprovechamiento a esta segunda subcategoría de suelo urbano… La primera conclusión que se impone de la simple lectura del precepto es que la clave de dicha diferenciación no reside en la condición de solar del suelo urbano consolidado… En realidad la previsión establecida en el art.14 LRSV, al diferenciar entre suelo consolidado y no consolidado por la urbanización, está asumiendo, como se encarga de recordar la STC 54/02 (FJ 5) la diferencia entre los suelos que no precisan de instrumentos de equidistribución para su ejecución conforme al planeamiento y que por tanto no quedan integrados en unidades de ejecución, pudiendo ser edificados conforme a los requisitos previstos por el art.40 del Reglamento de gestión Urbanística, y los suelos que conforme al planeamiento en vigor se hallan integrados en unidades de ejecución por requerir su equidistribución y ejecución mediante cualquiera de los sistemas de cooperación o compensación (art. 41 RGU). La anterior doctrina fue perfilada por las sentencias de 14 y 21 de noviembre dictadas en el RCA 86/99 y en el rollo de apelación APE 116/00 respectivamente, en los siguientes términos:
>
> A la anterior doctrina que la Sala asume plenamente, hoy cabe añadir que, en síntesis, lo que diferencia al suelo urbano no consolidado es el estar conforme al planeamiento sometido a operaciones integrales de urbanización, renovación o edificación que hacen imposible su edificación sin dar cumplimiento a los deberes a que alude el art. 14.2 en sus apartados a), en relación con la cesión del suelo necesario para viales, espacios libres, zonas verdes y dotaciones públicas; del apartado d) en relación con la equidistribución de beneficios y cargas,; y del apartado e) en relación con operaciones de urbanización integral.
>
> Podemos concluir de conformidad con dicha doctrina que será suelo consolidado por la urbanización aquél respecto del cual no se hallen pendientes de cumplimiento los deberes de cesión, equidistribución, y urbanización.
>
> Pues bien en el supuesto de autos, el suelo objeto de expropiación se halla integrado en la Unidad de Ejecución 514.02 Bilbao La Vieja, respecto de la que cabe destacar: a) que se encuentra incluida en el Plan Especial de Reforma Interior y en el Área de Rehabilitación Integrada de Bilbao La Vieja; y, b) que tiene pendientes de cesión 59,08 metros cuadrados para viales…
>
> A partir de tales elementos es forzoso concluir que nos hallamos ante un suelo urbano no consolidado por la urbanización en los términos previstos por el art. 14.2 LRSV. A dicha conclusión conduce la aplicación al caso de la doctrina anteriormente citada y seguida de

manera uniforme por la Sala, y fundamentalmente el hecho de que el propio art. 28.1 y 2 LRSV considera expresamente a los suelos incluidos en ámbitos de gestión que tengan por objeto la reforma, renovación o mejora urbana, como suelos no consolidados por la urbanización a valorar conforme al criterio sentado por el núm.1 de dicho precepto…

Ciertamente esta Sala se ha pronunciado tanto en la sentencia de 26 de diciembre de 2002 recaída en el rollo de apelación 236/02 y asimismo en la sentencia de 11 de junio de 2004 recaída en el RCA nº 37/2003, en relación con suelos objeto de expropiación incluidos en la Unidad de Ejecución 512.01 Bilbao la Vieja postulando la naturaleza de suelo urbano consolidado por la urbanización ante la constatación de que se trataba de suelos ubicados en el centro histórico urbano de la ciudad por lo que resultaba notorio que se trataba de un área urbana consolidada por la urbanización.

Sin embargo, debemos apartarnos de dicho criterio, aun cuando en el caso de autos el suelo objeto de expropiación se halla asimismo en el mismo centro histórico de la ciudad, y ello a la luz de lo anteriormente razonado, y en razón además, del hecho de que se trata de ámbitos sumamente degradados urbanísticamente en los que las edificaciones y su urbanización si bien fueron en su momento suelo consolidado y acorde con el planeamiento que les dio origen, han perdido su funcionalidad y se hace necesaria una nueva intervención urbanística mediante operaciones integrales de reforma interior que requieren el reajuste físico de las parcelas y el reajuste jurídico de la propiedad lo que denota claramente su carácter de suelo urbano no consolidado].

Este mismo concepto de suelo consolidado por la urbanización es el que recoge el **artículo 11.3.1 de la LSU**, al establecer que los suelos carecen de urbanización consolidada por:

a) No comprender la urbanización existente las dotaciones, servicios e infraestructuras precisos exigidos por la ordenación urbanística o carecer unos y otros de la proporción, las dimensiones o las características adecuadas exigidas por la misma para servir a la edificación que sobre ellos exista o se hubiera de construir.

b) Precisar la urbanización existente de renovación, mejora o rehabilitación que deba ser realizada mediante la transformación urbanística derivada de la reordenación o renovación urbana, incluidas las dirigidas a establecimiento de dotaciones.

Consecuentemente, **el carácter de consolidado o no por la urbanización de un suelo no depende tanto de que el citado suelo esté urbanizado, como que esté urbanizado conforme al planeamiento. Esto es, que el planeamiento no contemple para el mismo mayores o diferentes dotaciones, servicios o infraestructuras**.

Trayendo las razones anteriores al asunto que nos ocupa, l**a Comisión entiende que el terreno de la Sra. MNGS no estaba consolidado por la urbanización**, aunque estuviera edificado y cualquiera que fuera el grado de servicios urbanísticos que poseyera, **pues el planeamiento preveía para el mismo la renovación y mejora de tales servicios, por lo que lo incluyó dentro del Plan Especial de Reforma Interior de Gandias**. En cualquier caso, tal consideración no puede reputarse nula de pleno derecho.

DCJA 196/2010 pár. 21 a 35

CAPÍTULO IX

CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. CRITERIOS GENERALES

El hecho de que el edificio objeto de cesión se encuentra calificado como **bien patrimonial** nos obliga, como hemos indicado, a precisar la **naturaleza jurídica del contrato**. Para ello, en primer lugar, hemos de determinar las normas que le resultan de aplicación.

Dadas las fechas a las que se remonta el presente expediente (el 22 de noviembre de 1995 se formaliza en escritura pública el convenio), resultará aplicable al caso el régimen jurídico de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP, por efecto de lo señalado en la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en relación con lo dispuesto en la disposición transitoria primera del Texto Refundido de las Ley de Contratos de la Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, ya que se trata de la normativa anterior a la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo.

Por su parte, la legislación del régimen local de ese mismo momento adjudicativo remitía ya por esos momentos en materia de contratos [artículos 88 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local (LBRL) y 112.1 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, (TRDRL)] a la legislación del Estado y, en su caso, a la de las Comunidades Autónomas en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución (CE).

El artículo 5.2 de la Ley 13/1995 determina que son contratos administrativos:

> a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.
>
> b) Los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

Mientras que el apartado 3 del mismo artículo establece que «Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables».

Siendo evidente que el contrato que nos ocupa no se encuentra entre los enunciados en el artículo 5.2 a), hemos de situarlo en alguno de los otros dos supuestos, cuestión ésta que no siempre resulta fácil.

Debe tenerse en cuenta que la **distinción entre contratos administrativos y contratos privados** celebrados por la Administración no es una tarea sencilla, habida cuenta de la existencia de zonas intermedias de difícil calificación. Se trata, en todo caso, de una tarea de marcado carácter casuístico, de modo que los perfiles de estas figuras y singularmente los de los contratos administrativos especiales y de los contratos privados se han ido delimitando, tanto negativa como positivamente, a través de la jurisprudencia, de la doctrina del Consejo de Estado y de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En efecto, **como ha venido a determinar la doctrina especializa y la jurisprudencia** (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1981, 24 de diciembre de 1985 o 13 de febrero de 1990, entre otras), la lectura del artículo 5.3 no debe plantearse en términos absolutos, porque **la calificación del contrato no depende de la naturaleza del bien, sino del objeto o criterio finalista del negocio**.

La inserción en el contrato de un fin público es lo que determina la naturaleza jurídico administrativa de aquél; fin público que no puede ser interpretado en el sentido estricto de servicio público.

De este modo, s**ólo en aquellos supuestos especiales en que el contrato se dirija a satisfacer un fin público o interés general atribuido a la esfera específica de la competencia de la Administración, incluyendo el fin o interés general en la causa del contrato como elemento esencial del mismo, podrá otorgársele la calificación de administrativo.**

En el supuesto que analizamos hemos de tener en cuenta que tanto el convenio suscrito como el resto de documentos que obran en el expediente delimitan la finalidad de la cesión a la creación de un establecimiento turístico, que dará un trato preferente a las personas mayores, por lo que la relación contractual tiene una indudable repercusión en el interés general del municipio y de sus vecinos.

De este modo, **la cesión se justifica en razones de interés público que se vinculan directamente a la actividad municipal** (promoción de la oferta turística y desarrollo económico del municipio y atención a la tercera edad) **que permiten calificar el contrato como de naturaleza administrativa**.

DCJA 111/2010 pár. 20 a 31

Al respecto conviene precisar que **si el acto de adjudicación de un contrato administrativo es**, obviamente, **un acto administrativo, la misma conceptuación merece el acto de adjudicación de un contrato privado de una Administración Pública,** como lo demuestra la circunstancia de que el artículo 9.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), disposición aplicable en el momento de la adjudicación, lo califica como **«acto separable», residenciándose su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.**

Por otro lado, nos encontramos que **la funcionalidad del acto administrativo de adjudicación no es otra que la de perfeccionar el vínculo contractual**, como claramente indica el artículo 53 del TRLCAP («los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados»), y la perfección del vínculo contractual que se produce en virtud del reiterado acto administrativo de adjudicación no difiere, en cuanto a sus requisitos sustantivos, de las reglas sobre perfección de los contratos que establece el derecho privado.

Resulta de todo ello que **la suscripción del correspondiente contrato no tiene carácter constitutivo, sino de mera formalización del contrato ya perfeccionado**, por lo cual la declaración de nulidad del acto de adjudicación conllevará la del propio contrato.

DCJA 226/2010 pár. 21 a 23

El Ayuntamiento consultante considera que la **normativa de aplicación** es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), debido a que, de conformidad con la disposición transitoria primera, párrafo 1º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), los contratos iniciados antes de la entrada en vi-

gor de esta ley se regirán por la normativa anterior. Señalando que a estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

Esta conclusión debe ser, no obstante, objeto de revisión, a la vista de lo dispuesto en el **párrafo 2 de la disposición transitoria primera de la LCSP**.

Esta disposición 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».

La LCSP entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (disposición final duodécima), que tuvo lugar el 31 de octubre de 2007. Como quiera que **el contrato de obras** para la ejecución del Proyecto de construcción de un Centro de Referencia para la Sociedad de la Información Donostia Digital-Polo de Innovación Audiovisual **se adjudicó** el 18 de julio de 2008 es decir, **con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, es ésta la ley aplicable en cuanto efectos, cumplimiento y extinción del contrato**, lo que incluye la actual propuesta de resolución.

Esta solución, no obstante, también **hay que entenderla de forma matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual**. En tal caso, como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 43/2008, los efectos derivados de esta circunstancia deberán regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aún cuando, con arreglo a la ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos.

DCJA 254/2010 pár. 3 a 7

2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

A) Ejecución del contrato

Si bien, **en principio**, con carácter general, **no es obstáculo para la tramitación del procedimiento de resolución del contrato que haya transcurrido ya el plazo establecido en el contrato**, son datos relevantes para el enjuiciamiento de la controversia los siguientes que se exponen a continuación.

El contrato de Desarrollo del Programa de Intervención Preventivo Educativo con Familias y Comunidad, suscrito con … Asociación se formalizó por un plazo de eje-

cución de dos años, del 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2006, siendo posteriormente prorrogado por dos ejercicios más, el primero del 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, y el segundo del 1 de enero al 31 de diciembre de 2008.

El objeto del contrato es claro, tal y como se ha detallado en los datos relativos al contrato del dictamen, que de forma resumida se concreta en llevar a cabo los servicios a nivel preventivo y educativo de los déficit de los menores y sus familias dentro del entorno socio-familiar y comunitario en el que residen y promover su bienestar para conseguir su pleno desarrollo personal, mediante unas acciones o actividades con el menor o la menor y su familia, en el municipio de Arrigorriaga. Asimismo, se llevarán a cabo las actuaciones contempladas en el actual Plan Local de Prevención de la Drogodependencias.

Para la prestación del servicio la empresa adjudicataria debía adscribir durante el periodo adjudicado un equipo formado por dos educadores o dos educadoras sociales con dedicación de 1.592 horas anuales, así como trabajar en coordinación con los Técnicos de los Servicios Sociales del Ayuntamiento.

Y en cuanto al pago de los servicios contratados se estableció que se efectuaría mediante la presentación a través del Registro General del Ayuntamiento de las facturas correspondientes a los trabajos realizados y que serían abonados a los sesenta días a partir de la fecha de la mencionada presentación.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de conformidad con lo dispuesto en el art. 110.3, in fine de la LCAP y dada la especial índole de las prestaciones, no establece plazo de garantía. Estableciéndose por el contrario la obligación de la Alcaldía de emitir de forma expresa dentro del mes siguiente a la finalización del contrato el correspondiente acto formal de recepción o conformidad con las prestaciones. Acto que no consta en el expediente remitido.

Trascurrido el plazo que el Ayuntamiento tiene para formalizar el Acta de Recepción, el 2 de febrero de 2009 la contratista solicita la devolución de la fianza, petición que motiva la emisión, el 4 de agosto de 2009, del informe por **la Responsable de los Servicios Sociales en el que manifiesta su discrepancia al abono de tres facturas presentadas por la contratista**. Como consecuencia del citado informe, se inicia el 17 de diciembre de 2009 el expediente de resolución del contrato.

Con los datos expuestos, no alcanza esta Comisión a entender las razones por las que se pretende la resolución del contrato con base al artículo 111. g) de la Ley 2/2000 por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, dándose la circunstancia de que la prestación del servicio fue efectuada por la empresa sin que conste objeción alguna al respecto por parte del Ayuntamiento y que la discrepancia reside en el hecho de que el Ayuntamiento considere que no estén del todo justificados algunos aspectos recogidos en las facturas a que se hace re-

ferencia en el expediente. Sin olvidar que la propuesta de Resolución del Ayuntamiento no da respuesta a las alegaciones formuladas por la contratista.

Por otro lado, no debe olvidarse que, de acuerdo con la normativa en materia de contratos públicos, **es a la Administración a la que corresponde determinar si el contrato ha sido cumplido en los términos previstos en los Pliegos, procediendo a continuación a efectuar la correspondiente liquidación**, ya sea ésta favorable al contratista o a la propia Administración.

Por ello entiende esta Comisión que **el procedimiento de resolución del contrato no es adecuado para ventilar el tipo de cuestiones que se dilucidan en el expediente examinado y que debe reconducirse el debate, de manera especial, a determinar la procedencia o no de los abonos reclamados por la empresa contratista, en la fase de liquidación del contrato en la que se determinarán los trabajos ejecutados**.

DCJA 182/2010 pár. 36 a 45

B) Efectos de la resolución

Y con relación a la alegación formulada por la contratista, así como por la entidad … SA, de Seguros y Reaseguros, que nos plantea si la **incautación de la garantía definitiva** afecta siempre a todo su importe (en el supuesto objeto de consulta asciende a 817.769,00 €) o, si por el contrario, es posible atenuar las consecuencias económicas para el contratista cuando los perjuicios efectivamente causados por la resolución sean de un montante inferior a la cuantía de la fianza prestada, a juicio de la Comisión los términos literales del artículo 113.4 del TRLCAP vienen a consagrar una **fianza** a la que se asigna una **doble función: (i) cumple con una función liquidadora de daños, hasta donde su cuantía lo permita; (ii) en la cantidad que no sea necesaria para la reparación del daño causado, adquiere valor punitivo**.

Ahora bien, tampoco puede dejar de detectar la **existencia de soluciones jurisprudenciales que atemperan la automaticidad de la incautación como medida accesoria a la resolución**, en la medida en que integran la legislación de contratación administrativa, ya con principios del Derecho administrativo (como el de proporcionalidad), ya porque aplican a esa contratación principios y reglas del Derecho común de los contratos (buena fe, equilibrio de prestaciones, etc.). **La posibilidad de modulación de la incautación de la fianza requiere que la Administración municipal valore las circunstancias específicas que concurren en el incumplimiento** —las razones de la no terminación de los trabajos en las condiciones y plazos estipulados, el porcentaje de obra pendiente de ejecución, etc.—, tomando en consideración todas las vicisitudes acaecidas, ya que su apreciación es precisa para que quepa considerar que la aplicación estricta de la ley provoca consecuencias despro-

porcionadas o injustas, **posibilidad de modulación** que, como es obvio, **no será posible cuando los daños y perjuicios derivados del incumplimiento superen la cantidad de la fianza**.

Finalmente, **la resolución del contrato de obra determina la liquidación**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 222 de la LCSP, igualmente prevista en el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas del contrato, y, **en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste** que se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración, según el artículo 113 del Reglamento General.

DCJA 254/2010 pár. 46 a 48