2016

MEMORIA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

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

Edición

1.ª julio 2017

©

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

Internet

http://www.comisionjuridica.euskadi.eus

Edita

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

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

Diseño

ekipoPO

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

Maquetación

Gabinete técnico de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Vitoria-Gasteiz, 2017

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 8

ABREVIATURAS 9

PRIMERA PARTE: ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2016 12

Capítulo 1. Composición 13

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión 14

Capítulo 3. Jornada en conmemoración del 80 Aniversario de la creación de la Comisión Jurídica Asesora 15

Capítulo 4. Datos relativos a la función consultiva 16

I. Introducción 16

II. Datos sobre las consultas recibidas 16

III. Datos sobre los dictámenes emitidos 18

IV. Relación de dictámenes y acuerdos 23

SEGUNDA PARTE: EXTRACTO DE LA DOCTRINA 38

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA 39

I. Ámbito de actuación 39

II. Parámetros 42

A) Actos administrativos 42

Contratación 42

Responsabilidad patrimonial 42

Revisión de oficio 45

B) Disposiciones Generales 46

Proyectos de normas con rango de ley 46

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO 47

I. Derecho de la Unión Europea 47

II. Ley 48

A) Congelación de rango 48

B) Reserva de ley 48

III. Reglamentos 48

A) Titularidad de la potestad reglamentaria 48

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA 50
I. Estilo de regulación 50
II. Normas modificativas 51
Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 52
I. Generalidades 52
A) Subvenciones 52
II. Asistencia Social (art. 10.12 EAPV) 56
III. Deporte (Art. 10.36 EAPV) 61
IV. Ejercicio de las profesiones tituladas (art. 10.22 EAPV) 62
V. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco (art. 10.6 EAPV) 66
VI. Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico (Art. 10.19 EAPV) 68
VII. Sanidad interior (art. 18 EAPV) 73
Capítulo 5. ÁREAS 75
I. Administración Pública 75
A) Administración electrónica 75
B) Cargos públicos 76
C) Función inspectora 79
D) Organización institucional 82
E) Órganos colegiados 82
F) Potestad sancionadora 86
II. Cooperativas 86
III. Derechos y deberes fundamentales 89
IV. Educación 94
V. Libertad de empresa 95
VI. Patrimonio cultural 97
VII. Personal de las administraciones públicas 100
A) Provisión 100
VIII. Profesiones tituladas y profesiones reguladas 102
IX. Protección de datos personales 108
X. Registros 110
XI. Sanidad 111
XII. Turismo 112
XIII. Unidad de mercado 116
XIV. Vivienda 119

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO 121

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 121

A) Audiencia 121

B) Informes 121

C) Memorias 122

Memoria conclusiva 122

Memoria económica 122

Memoria explicativa 123

D) Negociación o consulta con los representantes del personal 124

E) Orden de aprobación previa 124

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos 124

A) Iniciación 124

Legitimación 124

B) Instrucción 126

Audiencia de los interesados 126

Informes 127

La prueba 128

Propuesta de resolución 129

III. Especialidades en el procedimiento administrativo 129

A) Procedimiento de contratación administrativa 129

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial 130

Iniciación 130

Plazo para reclamar 130

Instrucción 138

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 139

I. Generalidades 139

II. Antijuridicidad 141

A) El deber de soportar la carga 141

B) Fuerza mayor 142

III. Daño 144

IV. Indemnización 146

A) Daño moral 146

B) Lesiones 150

C) Lucro cesante 152

D) Otros gastos 153

V. Relación de causalidad 155
A) Concurrencia de causas 155
B) Conducta de la víctima 155
C) Título de imputación 156
VI. Responsabilidad patrimonial por sectores 160
A) Actuaciones policiales 160
B) Función pública 161
C) Juego 163
D) Mantenimiento de vías públicas 165
Por defectos en las vías públicas 165
Por obras 166
E) Prevención de riesgos laborales 167
F) Servicio educativo 169
G) Servicios sanitarios 173
Mantenimiento de instalaciones y mobiliario 177
Por la falta de consentimiento 178
Por la praxis 181
Por la pérdida de oportunidad 187
H) Urbanismo 189
VII. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 198
Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO 202
I. Ámbito de la potestad revisora 202
II. Análisis de las causas de nulidad 202
A) Art. 62.1.c) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que tengan un contenido imposible . 202
B) 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 203
C) Art. 62.1.g) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal 213
III. Instrumentos urbanísticos 214
IV. Límites a la revisión de oficio 217
Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN 220
I. Generalidades 220
II. Art. 118.1.1º LRJPAC: Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente. 220

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 223

I. Criterios generales 223

II. Extinción del contrato 224

A) Causas de resolución 224

Demora en el cumplimiento de los plazos 224

Desistimiento por parte de la Administración 226

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales 227

Otras establecidas expresamente en el contrato 229

B) Cumplimiento y recepción 230

C) Efectos de la resolución 231

D) Ejecución del contrato 232

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 abril de 2017 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2016. 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 2016, que, como viene siendo habitual, se ha elaborado extrayendo de los dictámenes y acuerdos emitidos en este periodo los fragmentos más representativos de su posición con relación a las diversas cuestiones sobre las que se le ha consultado, respetando su tenor literal y clasificados por materias y voces. En la selección de dichos fragmentos se ha cuidado especialmente de evitar repeticiones de la doctrina incluida en las memorias precedentes, salvo que el nuevo pronunciamiento matice o amplíe la explicación dada en los dictámenes de los años anteriores. Asimismo, en cada pronunciamiento se identifica el dictamen o acuerdo del que procede, con el fin de que, quien esté interesado, pueda consultar el texto completo en la base de datos documental disponible en la siguiente dirección de Internet: http://www.comisionjuridica.euskadi.eus.

La presente edición de la memoria ha sido posible gracias a la dedicación puesta por los letrados de la Comisión, doña Deiane Agirrebaltzategi Sánchez y don Pedro González Domínguez, coordinados por el Secretario, en la labor de análisis y extracción de la doctrina, al trabajo del Servicio Oficial de Traductores y a la tarea de composición y maquetación desarrollada por el administrativo informático don Josu Larrea Antxia.

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

ABREVIATURAS

BOPV	Boletín Oficial del País Vasco
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social Vasco
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
LAASE	Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio
LAIAD	Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LC	Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas
LCCD	Ley 15/2008, de 19 de diciembre, de creación de diversos cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LCCSNS	Ley 16/2006, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud
LCD	Ley 2/1993, de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LCJAE / LCJA	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
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LEPAR	Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas
LFPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias
LGIIS	Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la garantía de ingresos y para la inclusión social
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones
LGUM	Ley estatal 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
LJPV / LRJ	Ley 4/1991, de 8 de noviembre, del juego en la Comunidad Autónoma del País Vasco
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOMCE	Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa

LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
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
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas
LPCV	Ley 7/1990, de 3 de julio, de patrimonio cultural vasco
LPEDG	Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
LPH / LRPH	Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español
LPRL	Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de prevención de riesgos laborales
LRCCCP	Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del código de conducta y de los conflictos de intereses de los cargos públicos
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRPIVT	Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo
LRRVTPV	Ley 4/2008, de 19 de junio, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo
LRSV	Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones
LSU / LSUPV	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LSUV	Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco
LTBG	Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LTH	Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos
pár.	Párrafo
RBEL	Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de bienes de entidades locales
RSPFV	Decreto 339/2001, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas del personal funcionario de las Administraciones Públicas Vascas
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJPV	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP / LCAP	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

TRLCSP	Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLEBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLPOHGPV	Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco
TRLS	Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley del suelo
TRLSOU	Real Decreto 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
UPV/EHU	Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

PRIMERA PARTE:

ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2016

Capítulo 1. Composición

Durante este año no se ha producido ninguna modificación en la composición de la Comisión que a fecha de 31 de diciembre de 2016 era la siguiente:

Presidente:

D. Sabino Torre Díez.

Vicepresidente:

D. Xabier Unanue Ortega.

Vocales:

D.ª Mª Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Luis Mª Eskubi Juaristi.

D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo.

D.ª Fátima Saiz Ruiz de Loizaga.

D. Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe.

D. Imanol Zubizarreta Arteche.

D. Ion Gurutz Echave Aranzabal.

D. Iñaki Calonge Crespo.

Secretario:

D. Jesús Mª Alonso Quilchano.

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión

En cumplimiento del mandato del artículo 3.3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, la Comisión ha editado y publicado en formato electrónico la memoria correspondiente al año 2015.

Capítulo 3. Jornada en conmemoración del 80 Aniversario de la creación de la Comisión Jurídica Asesora

El día 16 de diciembre de 2016 se celebró en el Hotel Carlton de Bilbao (sede del primer Gobierno Vasco) una jornada en conmemoración del 80 aniversario de la creación de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, organizada con el Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP).

La inauguración de la jornada corrió a cargo del Lehendakari, D. Íñigo Urkullu Renteria, y el Consejero de Gobernanza Pública y Autogobierno, D. Josu Erkoreka Gervasio, al que también le correspondió la clausura.

En esta jornada se reflexionó en torno al presente y futuro de este órgano consultivo en el contexto de la función consultiva. Participaron como ponentes: D. Juan Cano Bueso, Presidente del Consejo Consultivo de Andalucía, que disertó sobre la función consultiva; D. Enrique Lucas Murillo de la Cueva, primer Presidente de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi tras su creación en el año 1999 y vocal del Consejo General del Poder Judicial, quien explicó el modelo de organización de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi: y D. Sabino Torre Díez, actual Presidente de la Comisión, y D. Xabier Unanue Ortega, Vicepresidente de la Comisión, quienes reflexionaron sobre el presente, los retos y futuro de la Comisión.

Al acto acudieron numerosas autoridades públicas y una amplia representación del mundo político y jurídico.

La jornada se complementó con una exposición en la que se expuso información en unos paneles informativos y en unas vitrinas sobre la Comisión Jurídica Asesora creada el 8 de octubre de 1936 por Decreto del primer Lehendakari del Gobierno Vasco, D. José Antonio Aguirre, y copias de documentos de dicha época.

Capítulo 4. Datos relativos a la función consultiva

I. Introducción

En el último año de la X legislatura ha aumentado, en comparación con el año anterior, el número de nuevas solicitudes de consulta, en un porcentaje cercano al 29 %, incremento que ha supuesto, a su vez, que el porcentaje de dictámenes emitidos haya experimentado un incremento del 26 %.

Por lo que a la tipología de asuntos se refiere, en este ejercicio han tenido un mayor protagonismo los dictámenes emitidos con relación a consultas sobre actos administrativos (un 84 % del total), que suben 11 puntos porcentuales si lo comparamos con el año anterior, frente a los relativos a consultas sobre disposiciones generales, que descienden en ese mismo porcentaje para situarse en el 16 % del conjunto.

En el caso de las disposiciones generales, se ha mantenido igual que el pasado año el número de anteproyectos de ley dictaminados (10), experimentando una mayor disminución (del 31 %) el número de dictámenes sobre disposiciones reglamentarias, que no obstante siguen siendo mayoritarios dentro de esta categoría.

Por otra parte, en la distribución entre los distintos dictámenes sobre actos administrativos se mantiene la hegemonía de los emitidos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, que han experimentado un aumento de 26 puntos porcentuales con respecto a las cifras registradas el año anterior, representando un 90 % del total de los emitidos. Dentro de ellas, son mayoría las consultas sobre reclamaciones en el ámbito sanitario (un 65 %).

Por lo que al origen de las consultas se refiere, siguen siendo predominantes los dictámenes emitidos a solicitud de los órganos y entidades que integran la Administración de la Comunidad Autónoma (un 80 % del total), en comparación con los solicitados por entes de la Administración local (un 18 %) o de la Universidad del País Vasco (0,4 %), manteniéndose los porcentajes en valores similares a los del año 2015.

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

II. Datos sobre las consultas recibidas

Desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2016 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 286 solicitudes de consulta.

De ellas, 14 solicitudes no fueron admitidas a trámite *a limine* por defectos formales en la solicitud o por ser manifiesta la incompetencia de la Comisión.

De las 272 solicitudes admitidas a trámite en el año 2016:

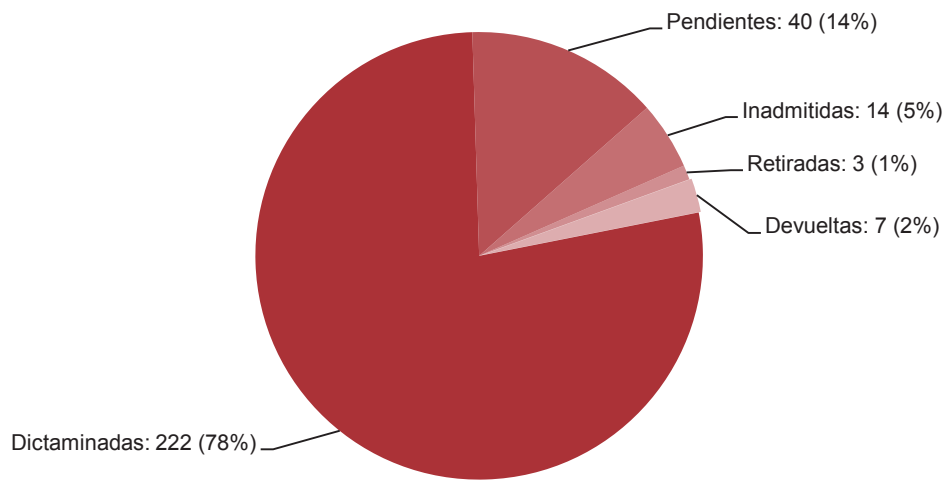
- 3 fueron retiradas por los propios órganos consultantes al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

- 1 se devolvió por el Presidente de la Comisión por defectos en la tramitación.

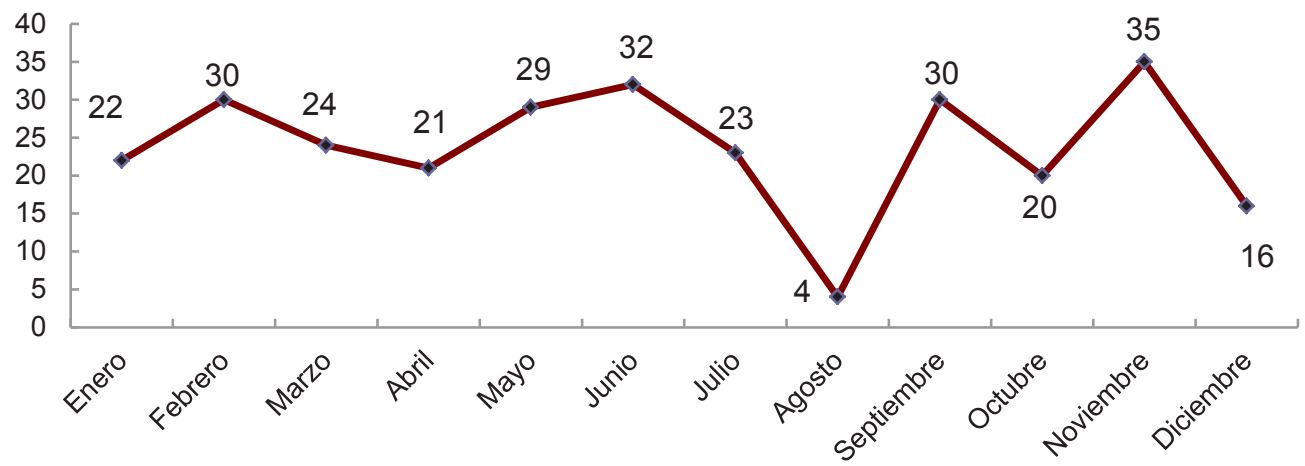
- 6 consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno bien para que se completase la instrucción del expediente (3) bien por inadmitir la consulta al advertir la falta de competencia de la Comisión o la errónea calificación del asunto por el órgano consultante (3).

- 222 consultas fueron dictaminadas.

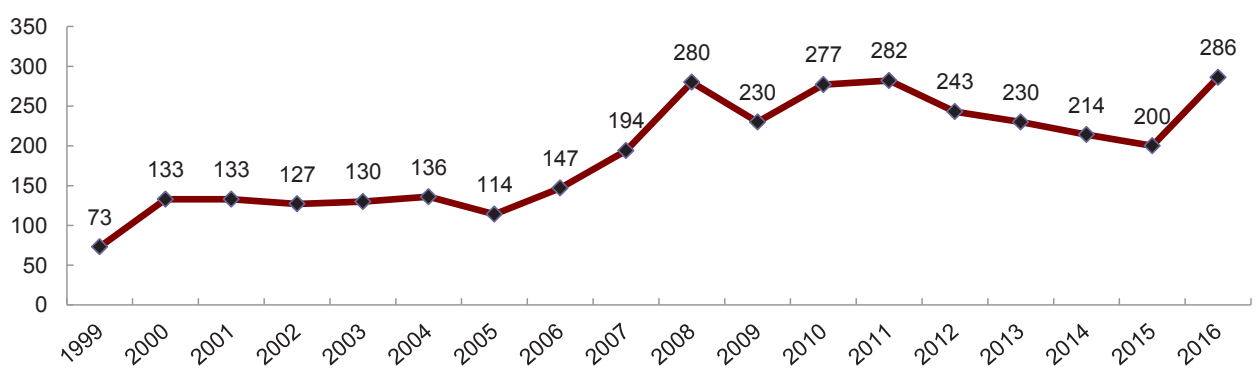
Por lo tanto, al terminar el año quedaban 40 consultas pendientes de resolver.



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



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:



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

En el proceso de análisis del expediente, el Presidente, a petición fundada de los ponentes, ha solicitado en este ejercicio ampliación de información en tres consultas, que fueron cumplimentadas por los órganos consultantes a las que iban dirigidas, remitiendo la documentación solicitada.

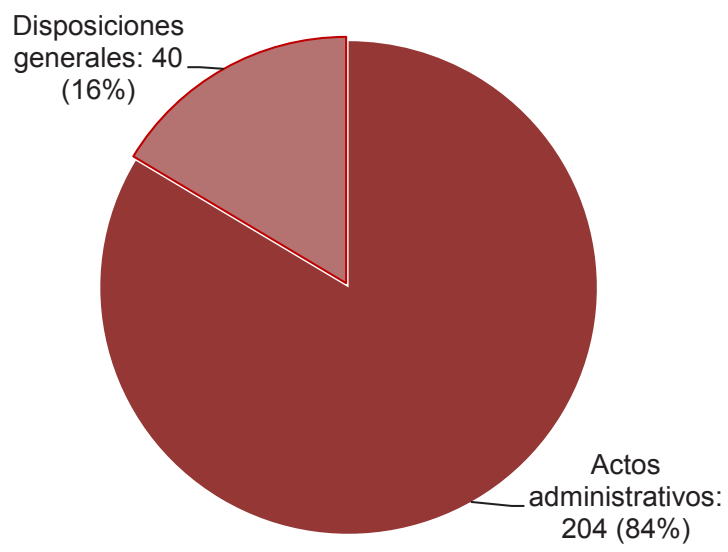
Asimismo, la Comisión ha recibido:

- 60 escritos de los órganos consultantes ampliando el expediente, a iniciativa propia, con nuevos documentos.
- 2 escritos en respuesta a solicitudes de ampliación de información realizadas por la Comisión.
- 5 escritos solicitando la retirada de solicitudes de consultas.
- 155 escritos de los órganos consultantes notificando la resolución o disposición finalmente adoptada en asuntos dictaminados por la Comisión.

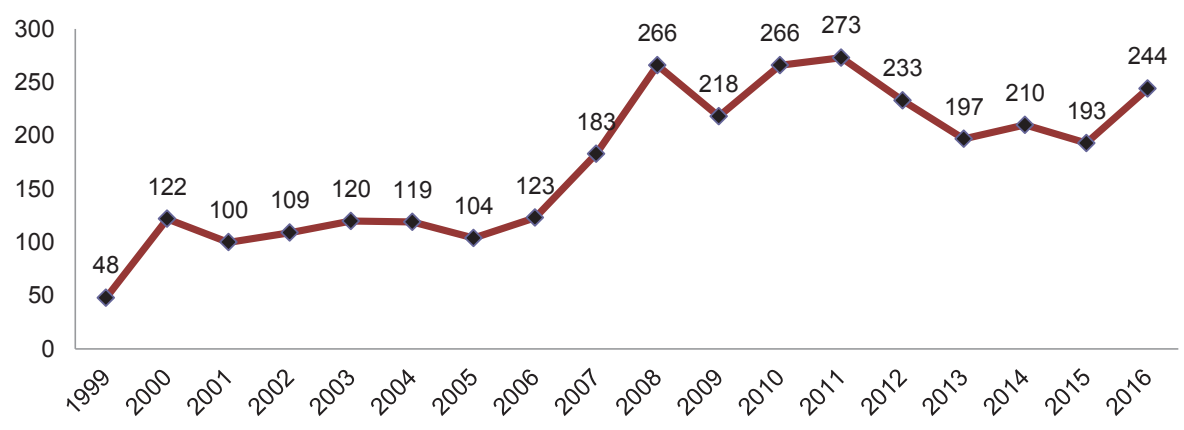
Finalmente, hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 40 sesiones ordinarias y no ha realizado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

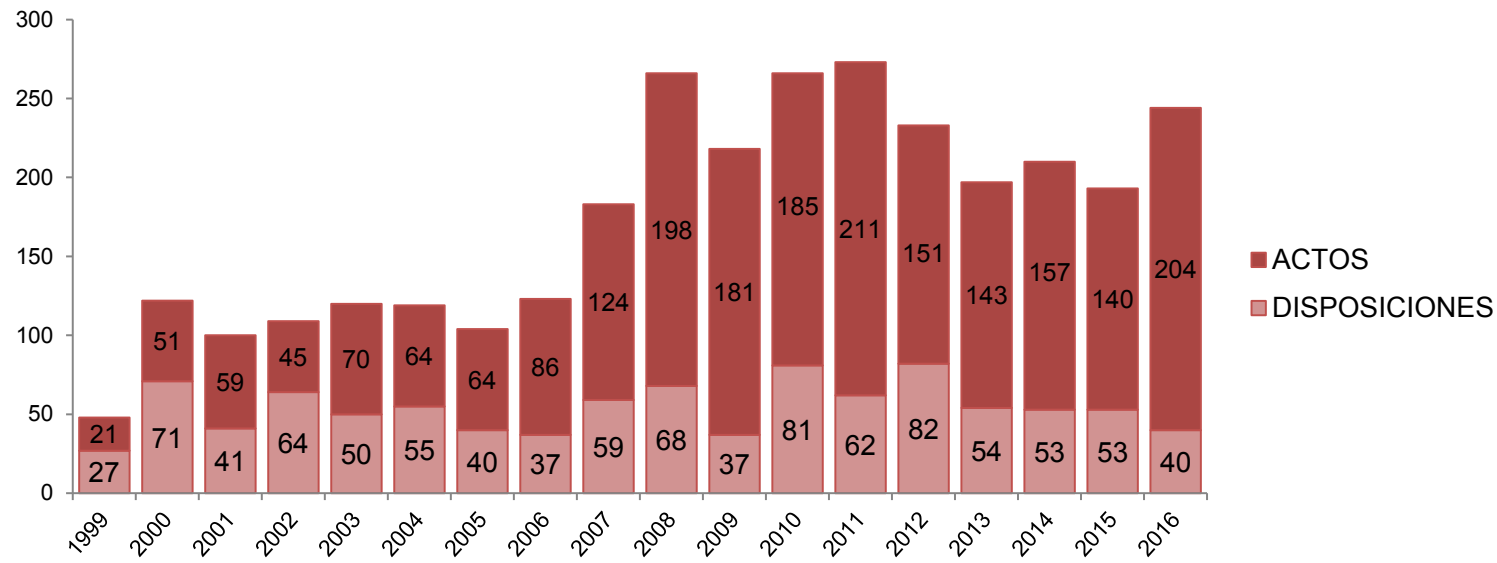
III. Datos sobre los dictámenes emitidos

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 244 dictámenes (téngase en cuenta que 20 de esos dictámenes corresponden a consultas admitidas a trámite en el año anterior), que en función de una primera clasificación general de las consultas se distribuyen de la forma siguiente:



En los siguientes cuadros puede observarse la comparativa 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):

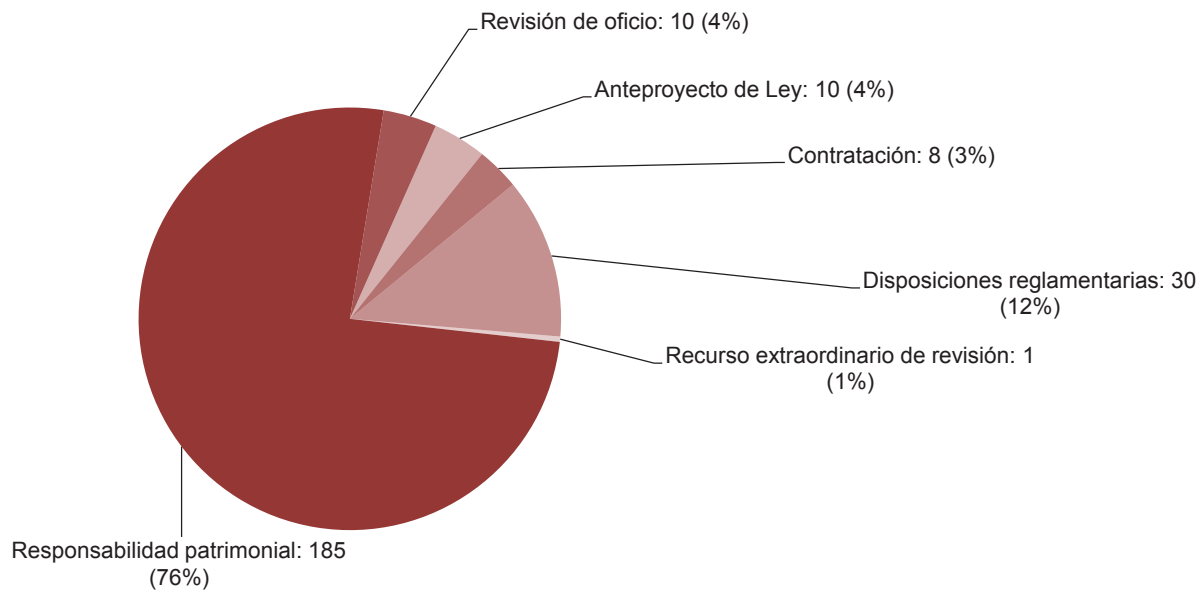




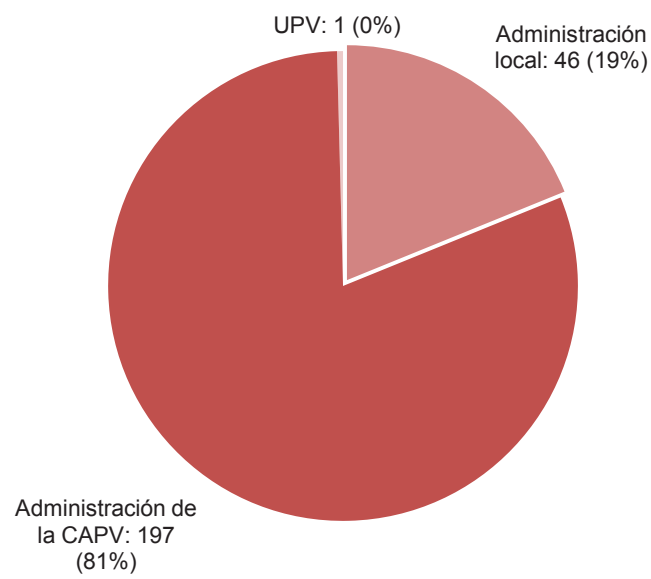
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

Anteproyectos de Ley	10
Proyectos de decretos legislativos	0
Proyectos de disposiciones reglamentarias	30
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	10
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	1
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	8
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial	185
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 la Ley 9/2004 para el que, en virtud de normas con rango o fuerza de Ley, sea preceptiva la intervención de la Administración consultiva	0
TOTAL	**244**

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:



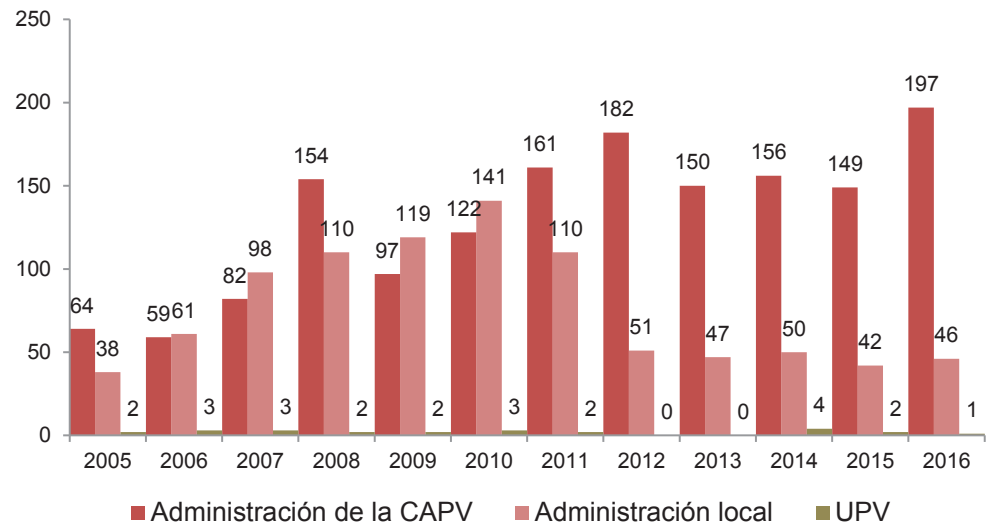
a) **Administración de la Comunidad Autónoma**, 197 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

CONSULTANTE	TOTAL
Lehendakaritza - Presidencia del Gobierno	2
Departamento de Administración Pública y Justicia	3
Departamento de Desarrollo Económico y Competitividad	7
Departamento de Empleo y Políticas Sociales	6
Departamento de Hacienda y Finanzas	4
Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura	19
Departamento de Seguridad	9
Departamento de Salud	1
Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial	17
Osakidetza-Servicio vasco de salud	129
Total	**197**

b) **Administración local**, 46 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

ENTIDAD LOCAL	TOTAL
Ayuntamiento de Aduna	1
Ayuntamiento de Ajangiz	1
Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano	1
Ayuntamiento de Andoain	1
Ayuntamiento de Arrigorriaga	1
Ayuntamiento de Astigarraga	1
Ayuntamiento de Barrika	1
Ayuntamiento de Bernedo	1
Ayuntamiento de Berriz	1
Ayuntamiento de Bilbao	3
Ayuntamiento de Eibar	1
Ayuntamiento de Errenteria	2
Ayuntamiento de Getxo	1
Ayuntamiento de Hernani	1
Ayuntamiento de Llodio	1
Ayuntamiento de Mungia	1
Ayuntamiento de Muskiz	2
Ayuntamiento de Ondarroa	1
Ayuntamiento de San Sebastián	8
Ayuntamiento de Santurtzi	3
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	11
Ayuntamiento de Zumarraga	1
Consorcio de Transportes de Bizkaia	1
Total	**46**

El gráfico comparativo con el año anterior es el siguiente:



En relación con los dictámenes emitidos, se han formulado los siguientes votos particulares:

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR DE
53/2016	Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía 92/2007, de 18 de septiembre, por el que se concede licencia de obra para construcción de una txabola en el barrio … de Aduna.	Gorka Zorrozua Aierbe
75/2016	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCCB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.	Luis Mª Eskubi Juaristi
102/2016	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IMM como consecuencia de una caída en la vía pública.	Luis Mª Eskubi Juaristi
142/2016	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don XXX como consecuencia de su alta en páginas web de empresas de juego y apuestas deportivas en Euskadi, estando inscrito previamente en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego a nivel nacional, tanto para el juego presencial como para el juego on-line.	Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo Xabier Unanue Ortega
164/2016	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don OSBA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.	Fátima Saiz Ruiz de Loizaga, al que se adhiere Maite Astigarraga Goenaga
235/2016	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa PUSL como consecuencia de la paralización de las obras de construcción de la edificación de la UE 6.3 de Ondarroa.	Luis Mª Eskubi Juaristi

IV. Relación de dictámenes y acuerdos

A) Anteproyectos de Ley (10)

Dictamen 1/2016: Anteproyecto de Ley de patrimonio documental y Sistema de archivos de Euskadi.

Dictamen 5/2016: Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley contra el dopaje en el deporte.

Dictamen 9/2016: Anteproyecto de Ley de turismo.

Dictamen 12/2016: Anteproyecto de Ley sobre sobre acceso y ejercicio de profesiones del deporte en el País Vasco.

Dictamen 51/2016: Anteproyecto de Ley reguladora del régimen de subvenciones de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 55/2016: Anteproyecto de Ley de patrimonio cultural vasco.

Dictamen 62/2016: Anteproyecto de Ley de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco.

Dictamen 63/2016: Anteproyecto de Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos, causadas por actuaciones de represión ilícita en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre los años 1978 y 1999.

Dictamen 66/2016: Anteproyecto de la Ley de cooperativas de Euskadi.

Dictamen 127/2016: Anteproyecto de Ley de sostenibilidad energética de las administraciones públicas vascas.

B) Proyectos de disposiciones reglamentarias (30)

Dictamen 4/2016: Proyecto de Decreto de desarrollo y aplicación en la Comunidad Autónoma de Euskadi de los regímenes de ayudas directas incluidos en la Política Agrícola Común (PAC), del Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas (SIGPC), y de la condicionalidad.

Dictamen 11/2016: Proyecto de Decreto mediante el que se implantan las enseñanzas artísticas superiores de danza en la especialidad de coreografía e interpretación y se establece el plan de estudios para la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 23/2016: Proyecto de Decreto por el que se modifican diversos decretos por los que se establece el currículo correspondiente a diferentes títulos de técnico y técnico superior de formación profesional y se crean cursos complementarios para la obtención de nuevos títulos vinculados con otros anteriores.

Dictamen 28/2016: Proyecto de Decreto del depósito de fianzas y del Registro de Contratos de Arrendamiento de Fincas Urbanas de la Comunidad Autónoma de Euskadi

Dictamen 33/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Laboratorio Clínico y Biomédico.

Dictamen 34/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Anatomía Patológica y Citodiagnóstico.

Dictamen 35/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo del bachillerato y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 40/2016: Proyecto de decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Radioterapia y Dosimetría.

Dictamen 41/2016: Proyecto de Decreto por el que se regula la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.

Dictamen 54/2016: Proyecto de Decreto sobre medidas de seguridad de pacientes que reciban asistencia sanitaria en los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en Euskadi.

Dictamen 56/2016: Proyecto de Decreto del Consejo Vasco de Participación de las Víctimas del Terrorismo.

Dictamen 73/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 74/2016: Proyecto de Decreto que establece los requisitos mínimos necesarios para la adaptación de los requisitos higiénico-sanitarios respecto de diversos ámbitos de la producción agroalimentaria de Euskadi.

Dictamen 84/2016: Proyecto de Decreto por el que se establecen los currículos de 20 títulos de formación profesional básica para su impartición en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 85/2016: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se constituye el organismo pagador de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 90/2016: Proyecto de Decreto por el que se regula la organización y funcionamiento de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 91/2016: Proyecto de Decreto de segunda modificación del decreto por el que se determinan los modelos oficiales y las características de las urnas, cabinas, papeletas, sobres de votación y demás documentación electoral a emplear en las elecciones al Parlamento Vasco, así como la entrega del citado material.

Dictamen 112/2016: Proyecto de Decreto por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Vasco de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

Dictamen 119/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el listado de razas de perros prohibidas para cazar en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 125/2016: Proyecto de decreto por el que se establece la organización y funcionamiento del Centro de Elaboración de Datos de la Policía de Euskadi (CEDPE).

Dictamen 136/2016: Proyecto de Decreto por el que se regula la inspección y revisión de las instalaciones receptoras de gas.

Dictamen 137/2016: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento del juego de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 153/2016: Proyecto de Orden por la que se regula el proceso de evaluación, acreditación académica y movilidad del alumnado que curse enseñanzas artísticas profesionales de Artes Plásticas y Diseño en centros docentes de la Comunidad Autónoma Vasca.

Dictamen 158/2016: Proyecto de Decreto de los Estatutos de la Comisión de Derecho Civil Vasco.

Dictamen 163/2016: Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la observancia de las obligaciones y derechos del personal cargo público.

Dictamen 177/2016: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se determinan los servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de sus organismos autónomos.

Dictamen 203/2016: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto de ayudas de emergencia social.

Dictamen 218/2016: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 225/2016: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior, correspondiente al Título de Técnico Superior de Artes Plásticas y Diseño en Joyería Artística, perteneciente a la familia profesional de la Joyería de Arte.

Dictamen 226/2016: Proyecto de Orden de la Consejera de Seguridad por la que se modifica la Orden sobre uniformidad general y distintivos de la Ertzaintza.

C) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (185)

Dictamen 2/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJSS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 3/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MFCO tras el fallecimiento de su esposo, don JRVR, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio de salud.

Dictamen 7/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCMG, doña AVM, don AIVM y doña SVB tras el fallecimiento de su esposo y padre, don RVA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 8/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AMO y don FMO tras el fallecimiento de su madre, doña AOD, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 13/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don XAO y otros familiares tras el fallecimiento de su padre, don FJAA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 14/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAB como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 15/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AZA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 16/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAR y doña V y don VIA tras el fallecimiento de su esposo y padre respectivamente, don VIB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 18/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AO como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 19/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCM como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 21/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 22/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios ... como consecuencia de filtraciones en el garaje de la Comunidad.

Dictamen 24/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SHV tras el fallecimiento de su hermano, don JHV, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 25/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LHC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 26/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AOC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 29/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IIE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 30/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPGB, y don A y doña ZGG, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don KGE, como consecuencia de la exposición al amianto durante su etapa laboral como peón ayudante de obras en el Ayuntamiento de Llodio.

Dictamen 31/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAL tras el fallecimiento de su madre, doña MLT, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 32/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AAF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 36/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AES como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 37/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BMF como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 39/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas ... (UTE ...) como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Urnieta-Andoain.

Dictamen 42/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MC, doña MC y don IAB, tras el fallecimiento de su madre, doña PBB, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 43/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPMZ como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 44/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don XAO y doña LGG en su caserío y pertenecidos relacionados con los trabajos del Proyecto de Construcción de la Nueva Red Ferroviaria en el País Vasco.

Dictamen 45/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Junta de Compensación del sector residencial ... como consecuencia de la demora en la aprobación definitiva del proyecto de compensación-reparcelación de dicho sector residencial por parte del Ayuntamiento de Arrigorriaga.

Dictamen 46/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MHR como consecuencia de una caída sufrida en el centro de salud de Osakidetza de ...

Dictamen 47/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPBPG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 49/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña GCS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 50/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ILD y doña SAA, tras el fallecimiento de su hijo, ELDA, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 52/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MRF como consecuencia de una caída en las instalaciones de un campo de fútbol.

Dictamen 57/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AGC, y don E y doña SDG tras el fallecimiento de su esposo y padre respectivamente, don FJDS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 58/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ABBF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 59/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPGR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 61/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JVM, tras el fallecimiento de su hijo, el menor JSV, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 64/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MEALF como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 67/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor MCI, como consecuencia de un accidente en un centro de salud de Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 68/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJMO como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 69/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MRMAZ, y don J, don A y doña SBMA, tras el fallecimiento de su esposo y padre respectivamente, don VBL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 70/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CNR y don ANR como consecuencia del fallecimiento de su madre, doña ARR, tras caer en los acantilados de ...

Dictamen 71/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VEG y doña MT, doña C y don VET, tras el fallecimiento de doña TTA, esposa y madre respectivamente, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 72/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ADG, doña MPDGy doña EDG tras el fallecimiento de su madre, doña FGM, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 75/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCCB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 76/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMMO como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 77/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VSS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 78/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JEE como consecuencia de la demolición de la edificación ... por parte del Ayuntamiento de San Sebastián.

Dictamen 79/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RJM tras el fallecimiento de su madre, doña VMJ , como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 80/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ALB como consecuencia del retraso municipal en el cumplimiento de un convenio de fijación de justiprecio expropiatorio.

Dictamen 81/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJAP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 82/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ST como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 86/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SFL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 87/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IRU como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 88/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AUI como consecuencia de una caída en las instalaciones de un campo de fútbol.

Dictamen 89/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLA y tres familiares del caserío ... como consecuencia de la condición establecida en la licencia de diciembre de 2012 que les fue otorgada para la colocación de una puerta en el camino privado de acceso a su parcela.

Dictamen 92/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DGA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 93/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Antzuola-Ezkio.

Dictamen 94/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CGF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 95/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Bergara-Bergara.

Dictamen 96/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 97/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor AAC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 98/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña OCA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 99/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CFG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 100/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GMDP tras el fallecimiento de su esposa, doña LCG, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 101/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AEAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 102/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 103/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ALL, doña ALA y doña LLA tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña AAS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 104/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MNBC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 105/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AMIA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 106/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JFT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 107/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMCR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 108/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LFSS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 109/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FAO como consecuencia de una caída en un centro de salud de Osakidetza.

Dictamen 110/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor YMA como consecuencia de una caída en un centro de enseñanza pública de Bilbao.

Dictamen 113/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJU como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 114/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IPC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 115/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Legorreta.

Dictamen 116/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IVV y doña MJM y por la hija de ambos, la menor LVJ, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 117/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Ezkio-Itsaso.

Dictamen 118/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la UTE ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Antzuola-Ezkio/Itsaso-Oeste.

Dictamen 120/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCGLI como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 121/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RBM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 122/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don OJB y sus restantes hermanos, tras el fallecimiento de su hermano don CJB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 123/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 124/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMG como consecuencia de la gestión y la asistencia recibida en una vivienda comunitaria de ...

Dictamen 126/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BVG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 128/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JRR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 129/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña OFD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 130/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ME y doña ECG tras el fallecimiento de su madre, doña TGM, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 131/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RMVC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 132/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ELE y don IAZL, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don VZB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 133/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil ..., S.A.U., como consecuencia de la solicitud de la Dirección de Tráfico a la empresa concesionaria de levantamiento de las barreras del peaje ... por el desprendimiento de talud en la carretera ...

Dictamen 134/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JLG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 135/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MSR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 138/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 140/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AOGO tras el fallecimiento de su madre, doña MAOOR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 141/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña STZ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 142/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don XXX como consecuencia de su alta en páginas web de empresas de juego y apuestas deportivas en Euskadi, estando inscrito previamente en el Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego a nivel nacional, tanto para el juego presencial como para el juego on-line.

Dictamen 143/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJVD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 144/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Urnieta-Hernani.

Dictamen 145/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña XLC y su hija, JGL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 146/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Beasain Oeste.

Dictamen 147/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial pro los daños sufridos por don AJE y doña ASU por el fallecimiento de su hijo, EJS tras la asistencia prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 148/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EPP, don JPP y doña HPP, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don APC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 149/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el alumno OHJH como consecuencia de un accidente en un instituto público de educación secundaria.

Dictamen 150/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JEDA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 151/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VZM tras el fallecimiento de su hijo, don RGZ como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 152/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGNL, y don J y doña MGNLtras el fallecimiento de su esposo y padre, don JMABI, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 154/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIHG, y don N y don EFH tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JJFA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 155/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por SASL como consecuencia de la imposibilidad de tramitar el Plan Parcial de desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Getxo para el sector de ... al haber denegado el ayuntamiento su aprobación inicial.

Dictamen 156/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JASM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 157/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AMLA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 159/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por ..., S.A. como consecuencia de los gastos derivados de la seguridad privada en las obras para la construcción de la plataforma de la nueva red ferroviaria del País Vasco en el tramo Ezkio-Itsaso/Ezkio-Itsaso.

Dictamen 160/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMDA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 161/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLMF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 162/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JGP como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 164/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don OSBA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 165/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ICC y doña IIN y por su hijo, MCI, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud durante el parto

Dictamen 166/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Tolosa-Hernialde.

Dictamen 168/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Ezkio/Itsaso-Beasain.

Dictamen 169/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AITB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 170/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAMF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 171/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJPS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 172/2016: Reclamación de responsabilidad Patrimonial por los daños sufridos por doña MAOR como consecuencia de la demora en la toma de posesión de una plaza dentro del proceso de la OPE de Osakidetza de 2011 debido al no reconocimiento del perfil lingüístico 2.

Dictamen 173/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RER como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 174/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas denominada ... como consecuencia de los gastos derivados de seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Tolosa.

Dictamen 175/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CNGD como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicios vasco de salud.

Dictamen 178/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña GII, doña C, don JF y don SAEI, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JFAEG, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 179/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Entidad Colaboradora Urbanística ... —en proceso de liquidación— y la Comunidad de Propietarios del Complejo Inmobiliario ... como consecuencia de la inactividad del ayuntamiento relativa a la no asunción de la prestación de servicios públicos municipales obligatorios.

Dictamen 180/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPGM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 181/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NJM y su hijo, IVPJ, como consecuencia de la asistencia prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 182/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCLE como consecuencia de los daños sufridos como consecuencia de una caída en la estación de ... del metro de Bilbao.

Dictamen 183/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JAJ tras el fallecimiento de su padre, don JRAA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 184/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don EMG como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 185/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MG como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 186/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJGG como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 187/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJOG como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 188/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CBR como consecuencia de un accidente al tropezar con un andamio.

Dictamen 190/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FRF, y doña P y doña MPMR como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, don FMF, tras la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud

Dictamen 191/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JLOZL como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 192/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor MBA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 193/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LAP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 194/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MASE por el fallecimiento de su padre, don JJSO, como consecuencia de una caída en la Residencia de ancianos …. de Andoain.

Dictamen 195/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JEM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 196/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MSC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 197/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por las comunidades de propietarios de las viviendas de ...kalea nº ... de Ondarroa por los gastos repercutidos por el ayuntamiento en ejecución subsidiaria, derivados de la redacción del proyecto de apuntalamiento de dichos inmuebles, así como de un levantamiento topográfico como consecuencia de las obras del muelle y pantalán de la Ría Artibai.

Dictamen 198/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña GFG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 199/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPPE, y doña MP y don JLP tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JLN, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 200/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MGE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 201/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBTC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 202/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AAGB como consecuencia como consecuencia de una caída con su motocicleta en la vía pública.

Dictamen 204/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMVR como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 205/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IMTC como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 206/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBSS tras el fallecimiento de su madre, doña FASC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 207/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LRC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 208/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ZCT y don JMIS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud en relación con el parto de su hija, ASC.

Dictamen 209/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JCEN como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 210/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JLAA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 211/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas ... como consecuencia de los gastos derivados de la seguridad privada en las obras del tren de alta velocidad en el tramo Bergara-Antzuola.

Dictamen 212/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJEI como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 213/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VGA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 214/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña TVA y don DSM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 215/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JCCC y doña A y don FGL tras el fallecimiento de su esposa y hermana, doña AGL como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 216/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por los propietarios del inmueble sito en Kale Nagusia, 80 de Azkoitia, don FJLI, doña MLIL, don EZE y la Comunidad de Religiosas ... como consecuencia del Decreto 17/2005, de 25 de enero, que calificó como bien cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Azkoitia y del Decreto 254/2006, de 12 de diciembre, por el que se acuerda la desafectación parcial del citado inmueble incurso en un procedimiento de declaración de ruina.

Dictamen 217/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por HSSL como consecuencia del accidente sufrido por un camión hormigonera de su propiedad.

Dictamen 219/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IRC como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 220/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la aseguradora ... como consecuencia de la indemnización abonada a la empresa asegurada EF, S.A. tras el robo de material en sus instalaciones.

Dictamen 221/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa GP como consecuencia de la anulación judicial de la adjudicación del contrato de servicios “Depósito, manipulado y envío de publicaciones del Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco”.

Dictamen 223/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AHL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 224/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don HFC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 227/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BCL como consecuencias de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 228/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SRLC tras el fallecimiento de su madre, doña ECB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 229/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAFB tras el fallecimiento de su madre, doña AMFB, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 230/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don DNB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 231/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FRTM como consecuencia de una caída en un frontón municipal.

Dictamen 232/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don XXX como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 233/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CVA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 234/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ISG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 235/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa PUSL como consecuencia de la paralización de las obras de construcción de la edificación de la UE 6.3 de Ondarroa.

Dictamen 236/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CAC como consecuencia de los servicios prestados por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 237/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don OLHA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 239/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don SML como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 240/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RES como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 241/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCAG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 242/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCCM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 243/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTCM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

D) Revisión de oficio (10)

Dictamen 6/2016: Revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 5 de diciembre de 2014, por el que se adjudica a Zigor Corporación, S.A./Electrotécnica de Urbina, S.A., el contrato de arrendamiento con opción de compra de los equipos reguladores del flujo para alumbrado público en Vitoria-Gasteiz.

Dictamen 17/2016: Revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 2 de noviembre de 2010, por el que se aprueba la concesión demanial sobre el puesto de amarre ... de la Dársena Náutica de Santurtzi a favor de don HLG.

Dictamen 20/2016: Revisión de oficio del acto administrativo por el que se incluye en la relación definitiva de admitidos a don LLC en la convocatoria del concurso público para la adjudicación de plazas de profesorado asociado de la UPV/EHU.

Dictamen 48/2016: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía 16/2013, de 20 de febrero, por el que se concede a don MAIL licencia municipal para la segregación de una parcela, y del Decreto de Alcaldía 21/2013, de 20 de febrero, de rectificación de la extensión superficial de la parcela originaria y resultante afectadas por la segregación anterior.

Dictamen 53/2016: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía 92/2007, de 18 de septiembre, por el que se concede licencia de obra para construcción de una txabola en el barrio ... de Aduna.

Dictamen 65/2016: Revisión de oficio del acto de 14 de enero de 2008 por el que se concede diploma de entrenador de nivel I en hípica a don RGC.

Dictamen 139/2016: Revisión de oficio de la Resolución de 14 de octubre de 2003, del Delegado Territorial de Vivienda y Asuntos Sociales de Bizkaia, por la que se acuerda la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco a la pareja constituida por don PAG y doña MJCT.

Dictamen 167/2016: Revisión de oficio de acto administrativo de toma de posesión de doña MARC en la categoría de Facultativo Médico-Técnico Análisis Clínicos, de 14 de agosto de 2008, en el contexto de la oferta pública de empleo de Osakidetza de 2006.

Dictamen 189/2016: Revisión de oficio del Acuerdo de 15 de marzo de 2016 de la Comisión de Valoración en el concurso para la provisión de plazas del área de conocimiento de ... por el que se acepta la solicitud de don EGG.

Dictamen 222/2016: Revisión de oficio, por una parte, del Decreto 14/2016, de 18 de enero, del Concejal Delegado de Obras y Contratación, por el que se acuerda formalizar el convenio de colaboración con la Asociación de Desarrollo Rural BD-B para la puesta en marcha del servicio de transporte a las sidrerías durante la temporada de txox; y por otra parte, del Decreto 55/2016, de 9 de febrero, del Concejal Delegado de Obras y Contratación, por el que se acuerda formalizar un convenio con la Diputación Foral de Gipuzkoa y con la empresa ... S.A. para la prestación del servicio de autobús nocturno durante la temporada de txotx.

E) Recurso extraordinario de revisión (1)

Dictamen 238/2016: Recurso extraordinario de revisión interpuesto por doña SPM contra la Resolución de 1 de julio de 2015 de la Viceconsejera de Administración y Servicios del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura por la que se desestima el recurso de alzada contra la Resolución de 4 de junio de 2015, del Director de Gestión de Personal, por la que se hace pública la relación definitiva de admitidas/os y excluidas/os en la apertura extraordinaria de listas de candidatas y candidatos para la cobertura de necesidades temporales de personal docente en centros públicos de la Comunidad Autónoma Vasca, en la especialidad de Educación Infantil.

F) Contratos administrativos (8)

Dictamen 10/2016: Resolución del contrato de suministro de productos de alimentación para las residencias municipales de personas mayores, lote 4 (carnes de aves, derivados y conejo).

Dictamen 27/2016: Resolución del contrato de redacción de los catálogos del paisaje y de las directrices del paisaje del área funcional de Zarautz-Azpeitia.

Dictamen 38/2016: Resolución del contrato administrativo que tiene por objeto la celebración de un acuerdo marco para el suministro del medicamento Meropenem (DOE) (Lote I) formalizado con la empresa HPFHSL.

Dictamen 60/2016: Resolución del contrato que tiene por objeto la enajenación de las parcelas resultantes del SAUR-1 de Bernedo (Álava) con destino a la ejecución completa de su urbanización y a la realización de una promoción concertada de viviendas a precio tasado.

Dictamen 83/2016: Resolución del contrato de servicios para el proceso de designación de 12 zonas especiales de conservación (ZEC) de la red natura 2000 (Fase 3) y la elaboración de los instrumentos de conservación de las 12 ZEC y de 3 zonas de especial protección de aves (ZEPA) y de 2 planes de ordenación de los recursos, Lote 6 Aizkorri-Aratz-Aralar.

Dictamen 111/2016: Resolución del contrato administrativo que tiene por objeto la prestación del servicio de mantenimiento de escaleras y rampas mecánicas de intemperie de Eibar.

Dictamen 176/2016: Resolución del contrato administrativo de obras que tiene por objeto la apertura del canal de Deusto y la construcción de un puente de acceso a la isla de Zorrotzaurre en Bilbao.

Dictamen 244/2016: Resolución del contrato suscrito con la empresa DSL derivado del Acuerdo Marco para el suministro de productos de incontinencia para las organizaciones sanitarias de Osakidetza.

G) Acuerdos de devolución (3)

Por no ser competencia de la Comisión:

Acuerdo 4/2016: Proyecto de Decreto por el que se establecen siete programas de especialización profesional, así como las condiciones generales para su autorización e impartición.

Acuerdo 6/2016: Proyecto de Decreto sobre el Catálogo Vasco de Especialidades Fomativas y el Registro Vasco de Entidades de Formación para el Empleo.

Acuerdo 7/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil U.T.E. ... como consecuencia de la modificación a la baja del contrato de servicios suscrito con la UPV/EHU.

Para que continúe la instrucción:

Acuerdo 1/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CBR como consecuencia de un accidente al chocar contra un andamio.

Acuerdo 2/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Acuerdo 5/2016: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCAG como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

SEGUNDA PARTE:

EXTRACTO DE LA DOCTRINA

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA

I. Ámbito de actuación

El órgano consultante invoca lo dispuesto en la letra d) del artículo 3.1 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE), pues considera que debe ser consultada la Comisión "en los proyectos de disposiciones reglamentarias que se dicten por el Gobierno Vasco en ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo de la legislación estatal".

Si bien es cierto que en el Dictamen 178/2015, relativo al finalmente aprobado Decreto 14/2016, de 2 de febrero, de modificación del Decreto por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del Sistema educativo, se invocaba ese fundamento principal para nuestra intervención porque se trataba de una norma reglamentaria que se dictaba en base a la competencia autonómica de desarrollo legislativo en materia de educación. También lo es que al analizar los programas de especialización profesional, párrafos 115 a 126, concluimos que tales programas son manifestación de una regulación autonómica de enseñanzas no regladas, programas semejantes pero diferentes de los cursos de especialización previstos en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las cualificaciones y de la formación profesional, y artículo 27 del Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del Sistema educativo.

El artículo 3.1.d) LCJAE tiene por objeto las **disposiciones reglamentarias referidas a materias en las que la Comunidad Autónoma haya de actuar en el marco de las bases, legislación básica o normas básicas estatales. Es decir, ejerciendo su capacidad de orientación política propia dentro del referido acotamiento de la regulación por parte del Estado.**

En la medida en que tales programas constituyen una opción propia en materia educativa puede decirse que, una vez creados (respetándose el contenido mínimo común básico), **ya se ha ejercido la competencia autonómica y se ha complementado un ordenamiento jurídico en cuya formulación concurren el Estado y las comunidades autónomas, por aplicación del bloque de constitucionalidad.**

La intervención preceptiva del artículo 3.1.d) LCJAE se ciñe, en positivo, a los proyectos de disposiciones reglamentarias en las que la Comunidad Autónoma actúa en el marco de las bases, legislación básica o normas básicas estatales, y en negativo, **no permite fundamentar nuestra intervención cuando los proyectos de disposiciones reglamentarias desarrollan o ejecutan leyes o reglamentos autonómicos que ya constituyen complemento de tales bases, legislación básica o normas básicas estatales.**

En el proyecto que se examina, cuando se completa, pormenoriza, detalla, precisa o, incluso, meramente se aplica la regulación del Decreto 32/2008, esto es, una norma autonómica, el contraste debe hacerse tomando como primer elemento de análisis dicha norma (teniendo en cuenta ciertamente todo el ordenamiento jurídico), más aún cuando los programas de especialización profesional, se sitúan extramuros de las enseñanzas conducentes a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado.

Desde la perspectiva del ordenamiento interno tampoco se puede decir que el proyecto remitido contemple una disposición de desarrollo y ejecución de leyes del Parlamento Vasco, artículo 3.1.c) LCJAE.

Como ya hemos dicho, tales programas han sido creados como manifestación de las competencias que en materia de educación atribuye el ordenamiento a la Comunidad Autónoma, sin que exista una reserva de ley para ello.

En realidad, vistos sus dos contenidos, enunciados por su artículo 1, trascrito anteriormente, cabe decir lo siguiente.

En principio, **el proyecto** no pretende modificar la disciplina sustantiva sobre los programas de especialización profesional que contiene el artículo 12 ter del Decreto 32/2008, que se asume como presupuesto de la regulación. Nada se añade a dicho precepto, ni se altera la ordenación general de la formación profesional del Sistema educativo, que permanece incólume.

Su propósito es más modesto, **quiere ser complemento de la regulación prevista en el artículo 12 ter del Decreto 32/2008; por ello, entendemos que es un reglamento derivado de segundo grado que desarrolla previsiones de un reglamento de primer grado, por lo que su aprobación puede ser abordada por orden de la titular del departamento competente, que no es otro que el de Educación, Política Lingüística y Cultura.**

En el ordenamiento autonómico, que se gobierna con arreglo a normas jerárquicamente subordinadas, los consejeros y consejeras pueden dictar disposiciones administrativas generales en materias de su departamento (artículo 26.4 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno), siempre que no infrinjan los preceptos contenidos en decretos del Gobierno que tienen rango superior (artículo 59 de la Ley de Gobierno).

Como ha dicho reiteradamente la Comisión, no es preciso que cada reglamento del Gobierno incorpore una habilitación para que la consejera o el consejero competente en la materia dicte las disposiciones necesarias para su desarrollo y aplicación. Los consejeros y consejeras pueden complementar los reglamentos aprobados por decreto sin límites temporales en todo aquello que no venga acotado, limitado o impedido por disposición expresa al respecto.

En este caso, analizadas las previsiones materiales del proyecto, no vemos tampoco obstáculos para que sean incorporadas al ordenamiento por la Consejera de Educación, Política Lingüística y Cultura, ya que son cuestiones accesorias, instrumentales y, en gran medida, derivadas de las modalidades de impartición establecidas por el artículo 12 ter del Decreto 32/2008: "en el marco de la formación profesional dual en régimen de alternancia para personas que cursan un ciclo formativo de formación profesional, como formación complementaria de la requerida para el título correspondiente" o, de manera excepcional, también prioritariamente en alternancia con la estancia formativa en las empresas, para "titulados y tituladas de formación profesional, así como profesionales que sean propuestos para ello por las empresas colaboradoras en la impartición del programa y cumplan los requisitos de experiencia y formación que se establezcan".

Las dudas que ha suscitado este aspecto y que han motivado su elevación al Gobierno (folio 98 del expediente) pueden ser resueltas, a juicio de la Comisión, de forma favorable. El Decreto 32/2008 tiene la suficiente densidad normativa, para lo cual valoramos la importancia residual, laboral y no académica de los programas en el marco general de la formación profesional del Sistema educativo.

Por lo que se refiere al segundo contenido, el Gobierno en el reiterado artículo 12 ter del Decreto 32/2008, atribuye de forma expresa al departamento competente en materia de educación la competencia para establecer los programas de especialización profesional, indicando, eso sí, que la estructura de cada programa tendrá como mínimo los siguientes apartados:

(…)

Resulta contradictorio que, sin que se revise esa atribución, sea el Gobierno el que apruebe ahora los programas, para volver a habilitar al departamento competente para que elabore y apruebe nuevos programas, completando el repertorio de los mismos publicado en el presente decreto, como hace la disposición adicional tercera del proyecto.

Vaya por delante que por el hecho de que el Gobierno se reserve la aprobación mediante decreto de los currículos de los ciclos formativos de formación profesional básica (título profesional básico), de grado medio (técnico) y de grado superior (técnico superior) no implica que también deba ser el Gobierno el que apruebe los programas de especialización profesional. El artículo 49 de la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la escuela pública vasca, señala que el Gobierno "desarrollará 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". Esa legislación vigente, en el caso de tales enseñanzas, se compone, además, de la regulación general básica correspondiente a la formación profesional que aprueba el Gobierno del Estado, la regulación básica correspondiente a cada uno de los citados títulos (artículo 6 bis.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación).

Solo nos resta recordar que **la LCJAE no ha previsto que nuestra intervención se realice en el caso de reglamentos derivados de otros reglamentos.**

La intervención preceptiva de los órganos consultivos cualificados se endereza a hacer plenamente efectivo el sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (art. 9.1 y 103.1 de la Constitución, CE), pero constituye una suerte de garantía reforzada en orden al control de legalidad que, en relación a la producción reglamentaria, tradicionalmente ha estado muy vinculada al control del cumplimiento del principio de jerarquía normativa (art. 9. 3 CE).

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

La Comisión considera, en este caso, que no se trata de un reglamento ejecutivo, teniendo en cuenta: (i) que tales programas no tienen amparo en una ley autonómica; y (ii) que la regulación se articula como complemento y aplicación de otro reglamento autonómico (aunque en la aprobación de los programas no lo respete).

Es indudable que un decreto del Gobierno puede contener toda la disciplina correspondiente a los programas de especialización profesional e, incluso, aprobar cada programa ya que, en tanto que titular de la potestad reglamentaria originaria, no tiene límite alguno.

Pero no es esa la voluntad que hace explícita su redactor, y desde luego, si lo fuera, es obvio que el proyecto debería confeccionarse de otra forma, incluyendo la ordenación general, sin tomar como referencia el Decreto 32/2008, y derogando expresamente el artículo 12 ter del mismo, cuanto menos en lo que se refiere a la aprobación de los programas por el departamento competente.

Cabe añadir, además, que la potestad reglamentaria que al Gobierno confiere el artículo 16 de la Ley de Gobierno ha de ser ejercida de acuerdo con el Estatuto de Autonomía del País Vasco (artículos 24 y 29), partiendo de que el ordenamiento jurídico autonómico forma un sistema, en el que se insertan tanto las leyes como las normas infralegales, y que estas deben también seguir unas principios fundamentales. Las normas reglamentarias, como producto normativo subordinado a la ley, no sólo no han de contradecir las previsiones de esta (en virtud del principio constitucionalizado de jerarquía normativa), sino que también han de mantenerse, funcionalmente hablando, en el ámbito de su grupo normativo, que vienen a completar o desarrollar, y siguiendo su propia jerarquía (artículo 59 de la Ley de Gobierno).

Esto es, **resulta jurídicamente problemático dictar un decreto del Gobierno que constituya complemento reglamentario de otro decreto del Gobierno cuando ambos tienen un mismo rango, abordan un mismo objeto y se integran en el mismo grupo normativo.** Al incluir como contenido de este decreto y presupuesto del mismo la regulación relativa a los programas que figura en otro decreto, parece establecerse una suerte de jerarquía entre ambos, cuando dicha jerarquía es inexistente, pues se articulan con arreglo al principio de que la norma más reciente deroga a la anterior. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, el juego de remisiones que se hacen al que cabría calificar funcionalmente de reglamento principal introduce una complejidad interpretativa desaconsejable.

Por último, en el supuesto de que se apruebe por orden el procedimiento seguido puede mantener su validez, ya que el iter que debe seguir un decreto o una orden, en cuanto al cumplimiento de los trámites que han de seguirse para su elaboración, es el mismo; y en principio se observa que materialmente no contradice las previsiones del decreto que desarrolla e incluye aquellas medidas necesarias para su aplicación que son acordes con la configuración de los programas de especialización profesional, tal y como han sido definidos por el Gobierno.

En resumen, el contenido del decreto no es ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo de la legislación estatal ni es complemento de una ley autonómica, sino que se mueve en un ámbito más restringido y doméstico.

Esta Comisión ha señalado en ocasiones precedentes que su intervención tiene un carácter tasado y se circunscribe a los supuestos previstos en su norma reguladora, sin que pueda serle sometido un asunto por razones de oportunidad.

En este caso, se trata de una disposición reglamentaria pero, a juicio de la Comisión, no es subsumible en aquellas que, de acuerdo con el artículo 3.1 letras c) y d) LCJAE, deben ser informadas preceptivamente.

ACJA 4/2016 pár. 23 a 52

Véase ACJA 6/2016 pár. 32 a 43

Expuestas las precedentes consideraciones, procede abordar su aplicación al caso planteado, en el que la parte reclamante alega que ha existido un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria en relación con la asistencia recibida en el Servicio de otorrinolaringología del Centro Salud …, desde noviembre de 2010 a enero de 2014, debido a un erróneo diagnóstico que impidió reconocer que la causa de su hipoacusia era una otosclerosis en ambos oídos, diagnóstico que tuvo lugar finalmente el día 21 de marzo de 2014 en un centro privado, mediante la realización de un TAC, y donde fue intervenida de estapedectomía con resultado favorable.

La evaluación de los daños irrogados comprende, por una parte, el reintegro de los gastos generados por el tratamiento en la sanidad privada y, por otra, una indemnización por los perjuicios causados que, en términos de la reclamante, "durante un periodo de casi cuatro años… ha supuesto una sordera casi total de ambos oídos, por lo que, durante todo este tiempo ha venido sufriendo una incapacidad temporal… teniendo en cuenta además el daño moral padecido".

Así planteada la reclamación, parte de la pretensión resarcitoria coincide con los gastos médicos desembolsados en el centro privado y gastos de viaje y alojamiento, esto es, con la cuantía que resultaría, en su caso, reembolsable mediante la tramitación del oportuno procedimiento de reintegro de gastos sanitarios.

Se hace necesario realizar una apreciación previa en cuanto a la utilización de la vía de resarcimiento mediante el instituto de la responsabilidad patrimonial, en contraste con el procedimiento específico para el reintegro de los gastos médicos previsto en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Hay que distinguir, como se hace jurisprudencialmente**, el reintegro de gastos médicos,** cuya procedencia se valora con arreglo a lo que dispone el citado real decreto, **de la responsabilidad patrimonial de la Administración,** que ha de apreciarse en los supuestos en que concurra un defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, siempre que se acredite que ha sido el causante de los daños cuya reparación se pretende (aunque, en ocasiones, esa reparación consista en el abono de los gastos médicos en que ha podido concurrir la persona perjudicada).

Es por ello que **la intervención de la Comisión** en relación con la consulta que se somete a informe, vinculada al instituto de la responsabilidad patrimonial, **se limita a determinar si en el diagnóstico y asistencia prestada por los servicios de Osakidetza a doña MMMO se incurrió en un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos que originó los daños por los que se reclama y que pudiese haber obligado a la reclamante a acudir a la sanidad privada.** Y ello debe ser examinado en el marco de la información que ofrece el expediente.

DCJA 76/2016 pár. 34 a 39

II. Parámetros

A) Actos administrativos

Contratación

La empresa contratista tampoco niega la existencia de causa legítima para resolver el contrato y su oposición está dirigida únicamente a discutir la cuantía indemnizatoria fijada por Osakidetza.

En torno a esa oposición, **la Comisión viene considerando que resolución y liquidación son procedimientos diferentes, que finalizan con dos actos de distinto alcance. Mientras que en la resolución contractual se trata de analizar si concurre una causa que habilite la decisión de resolver el contrato administrativo** (y, en su caso, los efectos de la misma), **el procedimiento de liquidación se dirige a establecer la prestación realizada por el contratista y su valoración** (Dictamen 75/2005).

En principio, la intervención del órgano consultivo está dirigida a verificar la causa de resolución, sin perjuicio de que, en los casos en los que la propuesta de resolución se pronuncia además sobre la liquidación, también puedan ser objeto de nuestro análisis –siempre con ánimo colaborador y con el carácter no vinculante que corresponde a sus dictámenes– las cuestiones planteadas por el contratista en torno a aquélla.

DCJA 38/2016 pár. 24 a 26

Responsabilidad patrimonial

De acuerdo con el artículo 6 del Reglamento, **es posible formalizar una reclamación de responsabilidad patrimonial sin fijar la evaluación económica de la responsabilidad –**que, sin duda, en este caso también resultará modificada en relación con la inicialmente señalada**–, pero sí debe especificar "las lesiones producidas". Y,** desde

luego, **al remitir el expediente a la Comisión los contornos del daño deben estar definidos con una dosis mínima de certeza.**

Si tenemos en cuenta las circunstancias anteriores, asociadas a un ejercicio prematuro de la acción, atendiendo a los términos en que se efectúa la reclamación, que aparece condicionada por el daño padecido, **resulta necesario completar la instrucción del expediente**, de forma que sea posible realizar un correcto análisis de los elementos que conforman el instituto de la responsabilidad patrimonial, verificando, en primer lugar, la existencia y el alcance del daño, en consideración a la lesión producida.

ACJA 2/2016 pár. 29 a 30

Volviendo al supuesto sometido a nuestra consideración, **se constata en la propia reclamación que el daño cuya indemnización se pretende es consecuencia de la existencia de un contrato** y, más concretamente, **de las expectativas de facturación en el marco del mismo.**

La UTE [unión temporal de empresas] reclamante considera que, al no haberse alcanzado ni de lejos la facturación correspondiente a las previsiones del pliego de condiciones, se ha producido una modificación del contrato no prevista en esos pliegos, sin concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 107 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (TRLCAP). La universidad considera, por su parte, que se ha dado fiel cumplimiento al contrato, aludiendo expresamente a las condiciones establecidas en los pliegos de prescripciones técnicas y en los pliegos de condiciones administrativas particulares.

En este contexto, **la Comisión considera que el asunto**, en los términos planteados, **ha sido erróneamente calificado por la UTE reclamante y**, a la vista de la documentación obrante en el expediente, **entiende que ha de ser en el marco de la relación contractual contraída** entre la parte **donde deben dirimirse todos los aspectos relacionados con la posible existencia de un incumplimiento contractual**, para lo que habrá de tenerse en cuenta tanto el contrato como la legislación específica aplicable al caso –en este caso el TRLCAP–.

No cabe, así, considerar que nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial.

ACJA 7/2016 pár. 15 a 18

Como deriva del expediente, **la UTE no ha planteado una reclamación de responsabilidad patrimonial. Este cauce ha sido seleccionado por el órgano consultante.**

Es cierto que en un examen riguroso la vía que, en principio, se dibuja más adecuada para sustanciar la reclamación es la responsabilidad contractual (en este sentido, Dictamen del Consejo de Estado 99/1998), toda vez que el objeto de la reclamación es el resarcimiento de la cantidad abonada por quien es contratista con motivo de la ejecución de un contrato de obras para hacer frente al coste de la prestación de los servicios de seguridad en las condiciones que la Administración contratante consideró más idóneas, ante la existencia acreditada de un riesgo cierto.

La reclamación remite, con este enfoque, al ámbito de dicha relación contractual y plantea el posible incumplimiento por la Administración de las obligaciones que le incumben como parte contratante y dueña de la obra, que ha podido ocasionar unos daños al contratista cuyo resarcimiento resultaría reconducible al régimen del artículo 225.2 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

De acuerdo con la competencia que atribuye a esta Comisión el artículo 3 de su ley de creación (LCJA), solo le corresponde dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, quedando fuera aquellas reclamaciones resarcitorias ejercitadas contra la Administración que cuenten en el ordenamiento jurídico con un régimen específico, como es el establecido en el TRLCSP para las de orden contractual (por todos, Acuerdo 2/2013).

Sin embargo, en este caso, evidentes razones de equidad y economía procesal hacen que, habiendo sido la Administración la que con sus propios actos ha reconducido la reclamación a la vía de la responsabilidad ex-

tracontractual, junto al tiempo transcurrido (el último pago reclamado corresponde al mes de abril de 2013) y las excepcionales circunstancias que traslada el expediente (que cabe razonablemente considerar de difícil reproducción), permitan considerar que puede asumirse el enfoque del órgano consultante y examinar la pretensión resarcitoria en el marco de la responsabilidad patrimonial.

En realidad, cabe observar que **los servicios extraordinarios de seguridad contratados por la UTE no están comprendidos en el objeto, ni son reconducibles al contenido obligacional, ni a ninguna de las cláusulas del pliego del contrato de obras, sin que tampoco puedan subsumirse en una modificación posterior del objeto contractual o en una prestación complementaria** (cuyo precio deba ser incluido en el del contrato).

La contratación de tales servicios, en otras circunstancias, se hubiera debido encauzar con arreglo a las normas que disciplinan la contratación administrativa, pero lo anómalo de la situación y la respuesta fundada de la Administración (en el Convenio de Colaboración y en el Protocolo) a la misma, consistente en acudir a una fórmula específica para garantizar la seguridad integral, no pueden ser soslayados en nuestro examen.

Con este planteamiento, el supuesto se asemeja a aquellos casos en los que se producen actuaciones públicas disfuncionales en relación con dicha normativa y que provocan daños a terceros. En estos, en cierta forma la frontera entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se desdibuja y no es extravagante que el resarcimiento del daño se articule a través de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Apuntalan esta solución la amplitud de los términos con que esta se contempla en la actualidad (artículo 106 CE y artículos 139 y ss. LRJPAC) y algunas de las consecuencias que ello propicia, entre las que la doctrina viene destacando un acusado casuismo y un entendimiento pragmático del instituto que le permita cumplir su función de remedio o garantía última para reparar a quien ha sufrido un perjuicio que reúna los requisitos exigidos para ser lesión (en su sentido técnico, de daño antijurídico).

En la perspectiva acogida, obligado es partir de las circunstancias objetivamente excepcionales que amenazaban la vida e integridad de las personas vinculadas a la ejecución del contrato de obras, los bienes afectos a estas y la ejecución misma del contrato, cuya valoración motivó que la Administración optara por una solución *ad hoc*, plasmada en el Protocolo, mecanismo especifico, fruto de la colaboración entre los responsables sectoriales de las áreas de seguridad y de infraestructuras ferroviarias, que contempló como solución técnicamente mejor para la preservación de la integridad de los derechos y bienes en juego adaptar las medidas de seguridad a las características técnicas y especiales de cada uno de los tramos del TAV [Tren de alta velocidad] y a las de las empresas que resultaran adjudicatarias de aquellos.

A tal efecto, dicho Protocolo –según acredita el expediente– preveía expresamente que cada adjudicataria contratara una empresa de seguridad privada para la prestación de los servicios de seguridad en el tramo correspondiente y que la prestación de tales servicios se acomodara a lo dispuesto en el Protocolo y a los mecanismos de intercambio de información, supervisión, control y coordinación allí establecidos.

Lo excepcional de la situación (se veían afectados bienes jurídicos –como la vida y la integridad física– merecedores de la más adecuada protección) ampara la singularidad de la decisión adoptada por la Administración para articular la prestación de los servicios extraordinarios de seguridad en la ejecución de las obras de los distintos tramos del TAV, pero al mismo tiempo revela que dicha decisión ha ocasionado a la UTE reclamante un daño económico que no está obligada a soportar y que debe por tanto ser reparado, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto.

DCJA 39/2016 pár. 34 a 45

Es doctrina de la Comisión que, si en el ordenamiento jurídico existe una vía específica para el resarcimiento del perjuicio, esta resulta de aplicación preferente. En efecto, cuando existe un medio específico de resarcimiento económico no resulta de aplicación el sistema de responsabilidad patrimonial, a menos que el daño no quede totalmente reparado.

La reparación del perjuicio económico que para una autopista explotada en régimen de concesión –como es la AP …– **pueda derivarse del acatamiento de una orden de levantamiento de barreras cuenta con un cauce específico: la compensación prevista en el artículo 29 de la Ley estatal 25/1988, de 29 de julio, de carreteras,**

en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 11/2001, de 22 de junio, por el que se modifica el artículo 29 de la Ley de carreteras y se establece [sic] normas presupuestarias para atender los gastos derivados de actuaciones del Ministerio de Fomento en carreteras estatales.

Sucede, sin embargo, que **dicha regulación contempla, en exclusiva, el supuesto en relación con la Administración del Estado** (Ministerio de Fomento/ Delegado del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje/Ministerio de Hacienda), con olvido de que puede producirse también en relación con otras administraciones, como evidencia el caso que analizamos.

La ausencia de una previsión para abordar estos supuestos fuerza la admisión de la vía de la responsabilidad patrimonial en este caso, sin que ello, no obstante, permita obviar la naturaleza de lo reclamado: el perjuicio sufrido por una concesionaria como consecuencia de una decisión de una Administración que por razones de interés público, tales como la realización de obras, las exigencias técnicas o la seguridad vial –en palabras de la parte expositiva del citado Real Decreto ley 11/2001, de 22 de junio– recurre a "…las autopistas o a tramos de las mismas como variantes provisionales de carreteras".

La aplicación del mecanismo de la compensación es objetiva y no requiere examinar si concurren o no los requisitos de la responsabilidad patrimonial. Es un modo, sin duda, más eficaz y rápido para responder a una situación que actualmente cabe considerar habitual, como lo prueba la intervención modificadora del legislador en el año 2001.

En todo caso, el hecho de que la vía específica no pueda aplicarse, no impide que haya de tomarse en consideración a la hora de cuantificar el perjuicio padecido por la concesionaria. Para fijar la cuantía, habrá de acudirse a la fórmula de la compensación, cuestión sobre la que luego volveremos.

DCJA 133/2016 pár. 44 a 49

Revisión de oficio

El procedimiento se ha iniciado de oficio al considerar la Administración revisora que los actos se encuentran incursos en la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1.f) LRJPAC. Sin embargo, tras recabar los documentos e informes que se han considerado necesarios y dar audiencia a los interesados, la propuesta de resolución adoptada por el Pleno del Ayuntamiento de Barrika es contraria a la revisión, por los motivos expresados en el informe de 13 de enero de 2016 de la asesoría jurídica municipal.

Al concluirse en la fase inicial que los actos no se encuentran aquejados de una nulidad de pleno derecho, el Ayuntamiento podría haber acordado la terminación del procedimiento, sin necesidad de entrar en la segunda fase y recabar el informe de esta Comisión.

Nuestro dictamen, que se emite en el seno de un procedimiento de revisión abierto, habilita a la Administración autora del acto para ejercer su facultad revisora, si es favorable a la revisabilidad del acto, pero, cuando la propia Administración descarta que exista la presunta ilegalidad, y considera que no debe volver sobre aquél para dejarlo sin efectos, no es preciso que se continúe con una tramitación que carece de objeto.

En cualquier caso, es cierto que tal poder de autotutela decisoria reconocido a la Administración, el privilegio de la potestad revisoria, debe ejercerlo con la finalidad de que se garantice la adecuación a la legalidad de los actos que vulneren el ordenamiento jurídico, y en esa medida no es una potestad enteramente discrecional, de forma que la renuncia a su ejercicio debe estar también soportada en un juicio razonado y razonable que justifique que el acto no adolece de los vicios inicialmente apreciados.

Pues bien, **considera la Comisión, sobre esa base, que se encuentra autorizada para analizar la corrección de la actuación jurídica objeto de escrutinio**, especialmente a la vista de tres factores añadidos: (i) **porque el ayuntamiento ha perseverado con la tramitación**, tal vez al haberse constatado la concurrencia de posiciones discrepantes en los órganos técnicos y en el Pleno; (ii) **porque existen evidentes razones de economía procesal,** en tanto que ha comparecido una interesada que propugna la nulidad de los actos, y podría instar su revisión a instancia de parte "en cualquier momento"; y (iii) **porque así lo recomienda la búsqueda del más adecuado equilibrio**

entre los intereses afectados, ya que los actos tienen un doble sentido, pues son favorables para algunos de los propietarios de la finca segregada y perjudiciales para otros.

DCJA 48/2016 pár. 16 a 20

B) Disposiciones Generales

Proyectos de normas con rango de ley

Así, **el texto refundido no innova el ordenamiento jurídico sino que se limita a reproducir disposiciones vigentes, y el análisis del mismo únicamente se refiere a si la normativa proyectada respeta los términos de la delegación y si, en términos jurídicos, en el texto refundido se ha llevado a cabo correctamente la refundición de las disposiciones afectadas.** En cambio, si se opta elaborar texto integral el análisis tiene una dimensión diferente ya que nos encontramos ante un derecho nuevo que sustituye al anterior, aun teniendo idénticos contenidos en gran parte de su articulado. En este escenario la perspectiva del análisis de la norma que se pretende aprobar se modifica, entrando en juego otro tipo de visiones, que pudieran abocar al cuestionamiento o, incluso, a la modificación de la normativa en vigor con el consiguiente riesgo para el tráfico jurídico.

DCJA 66/2016 pár. 103

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO

I. Derecho de la Unión Europea

Aunque la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, deja fuera de su ámbito las actividades de juego por dinero (al igual que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), respecto a las actividades de juego, **el TJUE ha señalado, como punto de partida, que la libertad de establecimiento** (artículo 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, antiguo artículo 43) **y la libre prestación de servicios** (artículo 56 del mismo Tratado, antiguo artículo 49) **también resultan de aplicación a los servicios de juegos de azar, pero ha reconocido en sus sentencias la posibilidad de modular la efectividad de estas libertades por cierto número de razones imperiosas de interés general,** como los objetivos de proteger al consumidor y prevenir el fraude y la incitación al gasto excesivo en el juego, así como la necesidad general de preservar el orden público.

En ese contexto, las particularidades de orden moral, religioso o cultural, así como las consecuencias perjudiciales, desde un punto de vista moral y económico, para el individuo y la sociedad que llevan consigo los juegos y las apuestas, podían justificar la existencia en favor de las autoridades nacionales de una facultad de apreciación suficiente para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social. Así pues, dichas restricciones deben estar justificadas por razones imperiosas de interés general, deben ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persigan y no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. En todo caso, deben aplicarse de modo no discriminatorio (Sentencias de 6 de noviembre de 2003, asunto C-243/01, Gambelli, de 6 de marzo de 2007, caso Placanica; asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C360/04).

También ha dicho que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño de alcanzarlo de forma congruente y sistemática (Sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, asunto C-42/07).

Esa facultad de apreciación, a falta de armonización comunitaria en la materia, atribuye al Estado la facultad de apreciar, conforme a su escala de valores, las exigencias que supone la protección de los intereses afectados, y el "mero hecho de que un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no puede tener incidencia en la apreciación de la necesidad y de la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia. Estas deben apreciarse solamente en relación con los objetivos que persiguen las autoridades competentes del Estado miembro interesado y con el nivel de protección que estas pretenden garantizar" (Sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional, asunto C-42/07).

En el ámbito específico de la organización de juegos de azar, las autoridades nacionales gozan de una amplia facultad de apreciación para determinar las exigencias que implica la protección de los consumidores y del orden social y, siempre que se respeten además los requisitos establecidos por la jurisprudencia del TJUE, corresponde a cada Estado miembro apreciar si, en el marco de los objetivos legítimos que persigue, es preciso prohibir total o parcialmente las actividades relativas a los juegos y apuestas o sólo limitarlas, previendo a tal efecto modalidades de control más o menos estrictas (Sentencias de 8 de septiembre de 2010, caso Stoß y otros, asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07 y Carmen Media Group asunto C-46/08).

Es pacífico asimismo que, a diferencia del establecimiento de una competencia libre y no falseada en un mercado tradicional, **la aplicación de tal competencia en un mercado tan específico como el de los juegos de azar, es decir, entre varios operadores que estarían autorizados a explotar los mismos juegos de azar, puede conllevar efectos negativos asociados al hecho de que estos operadores tenderían a rivalizar en inventiva para hacer su oferta más atrayente que la de sus competidores** y, de este modo, aumentar los gastos de los consumidores ligados al juego, así como los riesgos de ludopatía de estos (Sentencia de 24 de enero de 2013 Stanleybet International y otros, asuntos acumulados C-186/11 y C-209/11).

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si las restricciones impuestas cumplen los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del TJUE, responden verdaderamente al afán de reducir las oportunidades de juego, de limitar las actividades en este ámbito y de luchar contra la criminalidad vinculada a estos juegos de forma coherente y sistemática, siendo el Estado miembro que invoca un objetivo que puede legitimar el obstáculo a la libre prestación de servicios quien debe proporcionar al órgano jurisdiccional todos los datos que le permitan com-

probar que dicha medida cumple las exigencias del principio de proporcionalidad (Sentencia de 15 de septiembre de 2011 Dickinger y Ömer, asunto C-347/09).

Sin embargo, no cabe deducir de esta jurisprudencia que a un Estado miembro no le sea posible demostrar que una medida interna restrictiva cumple tales exigencias por el mero hecho de que no pueda presentar ningún estudio en el que se haya basado la adopción de la normativa de que se trate (Sentencia de 8 de septiembre de 2010, Markus Stoß asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07).

Por último, el TJUE ha destacado que en el ámbito de los juegos de azar, debido a este margen de apreciación y a la inexistencia de armonización comunitaria en la materia, en el estado actual del derecho de la Unión no existe ninguna obligación de reconocimiento mutuo de las autorizaciones expedidas por los diversos estados miembros, de modo que cada "Estado miembro puede supeditar la posibilidad de que cualquier operador ofrezca juegos de azar a los consumidores residentes en su territorio a la obtención de una autorización expedida por sus autoridades competentes, sin que se oponga a ello el hecho de que un operador concreto cuente ya con una autorización concedida en otro Estado miembro" (también Sentencia de 8 de septiembre de 2010, Markus Stoß asuntos acumulados C-316/07, C-358/07 a C-360/07, C-409/07 y C-410/07).

DCJA 137/2016 pár. 118 a 126

II. Ley

A) Congelación de rango

Hay que pensar que la **creación, modificación o extinción de meros servicios administrativos no requiere de la intermediación de una ley, pero, si esta dispone su creación, solo otra ley podrá modificar sus funciones o extinguirlo**, lo que introduce un evidente condicionamiento formal y material a la potestad organizatoria de la Administración, que tendrá que desenvolverse con la rigidez de la que está investida la ley.

DCJA 55/2016 pár. 173

B) Reserva de ley

Pero, además, el segundo párrafo del artículo 3.1 plantea otra cuestión, al **establecer un "informe, preceptivo y vinculante sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva, así como sobre su incidencia en el cumplimiento de estabilidad presupuestaria" cuando el Consejo de Gobierno esté llamado a autorizar contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como contratos de concesión de obra pública.**

El efecto vinculante que se establece se interpone en las funciones atribuidas al Consejo de Gobierno por los preceptos legales transcritos, condicionándolas hasta el punto de que, **en realidad, se transfiere su ejercicio a otro órgano**, por lo que debe reputarse contrario a los mismos. En consecuencia, la **introducción de un informe con carácter vinculante precisará de su inclusión en la ley presupuestaria u otra norma con rango legal**.

DCJA 73/2016 pár. 75 a 76

III. Reglamentos

A) Titularidad de la potestad reglamentaria

Una de las principales cuestiones que se han planteado en el procedimiento es la que corresponde al rango de la norma. El informe de la Dirección de Régimen Jurídico y Servicios del departamento promotor considera que la norma debería ser aprobada por el Gobierno mediante decreto, ya que es este órgano quien ostenta la potestad reglamentaria originaria.

El órgano tramitador, por su parte, considera que mediante la presente norma se trata únicamente de concretar y desarrollar los cuatro decretos que, hasta la fecha, han aprobado currículos referidos a enseñanzas profesionales de Artes Plásticas y Diseño.

En este caso, se da la circunstancia de que su antecedente inmediato, actualmente vigente, fue adoptado mediante Orden de 19 de julio de 2005, del Consejero de Educación, Universidades e Investigación, lo cual no resulta determinante, aunque sí un factor a tener en cuenta en la valoración.

Con carácter general, la Comisión ha venido recordando en diversos dictámenes que la potestad reglamentaria originaria está atribuida al Gobierno y no a sus miembros en solitario [artículo 16 en relación con el artículo 18 c), primer inciso de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno]. Esa regla general sólo decae cuando se trata del desarrollo de una ley autonómica y esta la excepciona para un caso concreto.

La facultad normativa reconocida a los consejeros en el artículo 26.4 de la Ley 7/1981 lo es en el ámbito interno o doméstico, sin perjuicio de que estén habilitados para, en ejercicio de la potestad reglamentaria derivada de la que son titulares, completar o desarrollar aquellos aspectos que lo requieran por razones técnicas o de otra índole debidamente justificadas, siempre que se respeten los fines y límites que disponga el Gobierno.

El órgano promotor entiende, tal y como hemos adelantado, que **con el proyecto de orden se trata de concretar aspectos ya regulados en gran medida tanto en la legislación básica estatal como, y sobre todo, en los decretos que regulan los currículos correspondientes a enseñanzas profesionales de Artes Plásticas y Diseño.**

Esta Comisión comparte en gran medida la afirmación de que nos encontramos ante una norma de carácter ejecutivo y complementario, pero no puede dejar de observarse que la norma también adopta varias decisiones normativas para las que ni la ley, ni los mencionados decretos curriculares, habilitan para un desarrollo reglamentario de segundo orden como el que se pretende.

De inicio, es preciso recordar que **el ámbito de aplicación de la norma excede el ámbito interno o doméstico, ya que alcanza también** (artículo 1) **a los centros privados autorizados.**

En segundo lugar, insistimos en que **las mencionadas "razones técnicas" podrían justificar que la mayor parte del contenido de la norma fuera aprobado mediante orden de la titular del departamento competente en materia de educación, pero esa "mayor parte" no habilitaría a la titular del departamento para ejercer la potestad reglamentaria en cuestiones, aunque fueran de carácter puntual, que corresponden al titular de la competencia reglamentaria originaria.**

En el presente caso, sin ánimo exhaustivo, se detecta la adopción de decisiones normativas en aspectos como el número de sesiones de evaluación (artículo 7.4) o la creación de una comisión de proyectos por parte de los centros educativos, incluidos, como decimos, los privados autorizados (artículo 11.6). Se establecen también derechos para los estudiantes en la medida en la que se regula de forma extensa y concreta la reclamación sobre los resultados de la evaluación, tanto ante instancias del propio centro, como ante la Administración educativa.

Siguiendo el esquema competencial previamente definido, todo lo anterior conduce a esta Comisión a concluir que **la norma, en la medida en que no existe habilitación específica alguna a la titular del departamento competente en materia educativa para adoptar esas decisiones normativas, debe ser aprobada por el Gobierno.**

DCJA 153/2016 pár. 41 a 51

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA

I. Estilo de regulación

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, contempló expresamente, dentro de los principios de buena regulación, el principio de simplicidad, el cual exige que toda iniciativa normativa atienda a la consecución de un marco normativo sencillo, claro y poco disperso, que facilite el conocimiento y la comprensión del mismo. Este principio ha sido actualizado y absorbido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, por el principio de seguridad jurídica, entendido como aquél a través del cual se persigue generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

La claridad de la regulación se convierte, así, en una obligación para quien tiene la iniciativa normativa y en un objetivo prioritario; objetivo que el anteproyecto, en lo que se refiere a las fórmulas alternativas de acreditar la cualificación, no alcanza.

DCJA 12/2016 pár. 207 a 208

Lo primero que llama la atención del **proyecto presentado** es su **voluntad recopilatoria y codificadora, de forma que en un único decreto se incluye una reglamentación general aplicable a todos los juegos y las reglamentaciones específicas aplicables a cada uno de los juegos incluidos en el catálogo** e, incluso, se incorpora la norma de planificación dirigida a establecer los límites cuantitativos que deben regir, hasta su posible revisión, sobre el número máximo de autorizaciones de elementos de juego, de locales autorizados y de aforos máximos en la Comunidad Autónoma del País vasco (disposición final segunda LRJ).

No existe ningún óbice desde el punto de vista constitucional, ni desde el punto de vista del sistema de fuentes, que impida o limite la incorporación en un solo texto normativo de lo que hasta la fecha era una multitud de medidas normativas.

Es perfectamente posible fijar, en primer lugar y en un título I, las disposiciones generales que afectan a todos los juegos, para establecer en un título II las especificidades aplicables a cada uno de ellos.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) se ha de reconocer que, aunque tales medidas se insertaban en distintos decretos, todos ellos forman parte de la ordenación en materia de juego, guardan una cierta interrelación e, incluso, una coincidencia material en sus prescripciones.

Ello no obstante, la Comisión sugeriría valorar la conveniencia de que se mantenga el modelo regulatorio seguido hasta la fecha, en el que se ha dispuesto un decreto para cada uno de los juegos (casinos, bingos, salones de juego y recreativos, apuestas generales, apuestas hípicas, máquinas y sistemas de juego y boletos).

De esa forma, **las reformas se circunscribirían a aquellos aspectos que requieren ser revisados** (sin una completa regulación *ex novo*) **y, de otro lado, porque ello facilitaría su mejor conocimiento por sus eventuales destinatarios**. Hay que tener en cuenta que **el resultado de dicha operación refundidora es un texto prolijo de difícil manejo** (como hemos referido de 253 artículos y diez disposiciones adicionales, ocho transitorias, una derogatoria y dos finales, al que se adjunta cuatro anexos también extensos), **lleno de remisiones internas y salvaguardias incluso en el régimen general, porque la homogeneidad es solo relativa, ya que es evidente que la densidad regulatoria debe ser distinta porque son muy diferentes las características de los diferentes juegos y las circunstancias que rodean su práctica.**

En cualquier caso, **convendría reconsiderar la inclusión en el decreto de la planificación de los juegos; la necesidad de que sean claramente discernibles la ordenación estructural y la dinámica, acorde con su naturaleza y finalidades, requiere que sean objeto de una aprobación diferenciada**. Es más, podría ser interesante

que el plan incluyera los indicadores de revisión de sus medidas complementando la LJPV (índices de juego problemático y patológico, incidencia económica, número de locales, etc.).

DCJA 137/2016 pár. 287 a 293

II. Normas modificativas

En cuanto al estilo, **en tanto que son varios los decretos modificados y se debe identificar en el articulado con claridad los datos de la parte que se modifica (en este caso el anexo I) y el tipo de modificación que es (nueva redacción), se recomendaría que cada modificación figurara en un artículo diferente**, en el que se identificara en el título su objeto (modificación del anexo I del Decreto …) y tuviera como texto marco un enunciado unitario (se da nueva redacción al anexo I del Decreto … que quedará redactado de la siguiente forma), no siendo preciso señalar cuándo fue publicado (como se hace en los anexos I y IV del proyecto, pudiéndose a lo sumo identificar entre paréntesis el número y fecha del BOPV), para incluir a continuación el nuevo texto entre comillas colocadas al principio y al final del mismo y en un párrafo independiente de manera que se perciba a simple vista cual es la nueva regulación.

La solución escogida en el caso del artículo 1 –con la remisión de la modificación del anexo I de los decretos, sin mención alguna de cuáles son los decretos afectados, al anexo I del presente decreto, y la inclusión dentro del mismo de cuatro párrafos con otras tantas modificaciones en las que se debe incluir el texto marco y el texto de regulación, esto es, una especificación del contenido de la reforma y el propio anexo I reformado– no resulta técnicamente aconsejable.

Hay que recordar también que la modificación afecta igualmente a los anexos II de tales decretos porque en ellos también se precisa el curso de impartición y la duración del módulo profesional que se verán alterados. Pero entendemos que para que ese cambio se materialice bastaría con una regla general relativa a que también resultan modificados tales anexos II en la medida en que sea necesario para adecuarlos a la nueva redacción que se da al anexo I de cada uno de ellos.

DCJA 23/2016 pár. 77 a 79

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

I. Generalidades

Antes que nada la Comisión considera que, **cuando en el seno de la Comunidad Autónoma se articulan competencias compartidas que responden materialmente al esquema básico/desarrollo normativo porque, sin perjuicio de las competencias legislativas de las instituciones comunes, debe existir un espacio para el desarrollo normativo de los territorios históricos, ha de ser la ley la que en general incorpore la normativa básica y en aquellos casos en que pueda ser completada mediante reglamentaciones igualmente básicas, por ser la ley inadecuada para regularlas, ha de ser también la ley la que realice las oportunas habilitaciones expresas.**

Ese principio de ley formal hace posible que los territorios históricos conozcan con certeza las prescripciones que han de tomar en consideración para el ejercicio de sus competencias de desarrollo normativo. De esa manera es la ley emanada por el Parlamento Vasco la que ha de servir de marco jurídico a los territorios históricos para el ejercicio de sus competencias de desarrollo normativo.

DCJA 55/2016 pár. 120 a 121

A) Subvenciones

La consideración de las subvenciones como materia propiamente constitucional ha experimentado un cambio trascendental desde el dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) nº 130/2013, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) iniciada por ese mismo tiempo, propiciando una delimitación competencial Estado-comunidades autónomas nueva e incidiendo, así mismo, en la esfera especial de que goza la CAPV con arreglo a su régimen foral.

Hasta entonces, la subvención se había reducido a la consideración de constituir un aspecto instrumental de la competencia material existente en un sector, que obraba por ello en poder del ente (Estado o comunidades autónomas) **que ostentara la titularidad competencial material en un sector determinado.**

Aspectos consustanciales a esa consideración eran: que no es un concepto que delimite competencias (STC 179/85), la facultad de gasto en manos del Estado no constituye título competencial autónomo (STC 179/85, 145/89), no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado (STC 39/82), y que la sola decisión de contribuir a la financiación no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas (STC 13/92).

Esta consideración tenía también su reflejo en la dimensión procedimental: "(…) Por otra parte, es evidente que, de acuerdo con nuestra doctrina, las subvenciones no constituyen una «materia» a efectos de la distribución constitucional de competencias, sino que cada subvención concreta se inserta en la materia a que la misma se destina y se somete, por tanto, al reparto competencial correspondiente (así, la agricultura, el turismo, la asistencia social o cualquier otro), como también lo es que, efectivamente, el art. 149.1.18 CE no confiere expresamente un título competencial al Estado para la regulación de las subvenciones como lo hace respecto a las expropiaciones forzosas, los contratos y concesiones o la responsabilidad patrimonial. (…) De acuerdo con nuestra doctrina, las competencias normativas para la regulación de los procedimientos específicos subvencionales ratione materiae, esto es, sectoriales, ha de seguir, lógicamente, la distribución competencial existente en relación con esos sectores o materias, sin perjuicio de las potestades que este Tribunal ha afirmado que derivan a favor del Estado, más allá de la distribución material de competencias ex art. 149.1 CE, como consecuencia de su poder de gasto" (STC 130/2013, FJ. 8).

La STC 130/2013, al hilo de la regulación de la LGS y efectuando una interpretación con respecto a algunos de sus preceptos, **cambia profundamente el panorama, haciendo que la subvención cobre, como materia, autonomía propia**. Ello se ha hecho sustentar fundamentalmente en un desarrollo de los dos títulos que encierra el artículo 149.1.18 de la Constitución (CE), sobre bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común; sirviéndose de auxilio complementario para algunos preceptos de la LGS en los títulos competenciales contenidos en el artículo 149.1.13 y 14 CE.

Así, en relación con **la competencia estatal del artículo 149.1.14 CE realiza una construcción paralela de la tributaria, compuesta de, además de la de regular los propios tributos del Estado, la de establecer el marco**

general de todo el sistema tributario; si bien ahora en su vertiente de los gastos públicos, a fin de englobar, no solo el régimen de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas, que permita asegurar ciertos principios constitucionales relacionados con el gasto público, citando diversos de ellos diseminados por distintas partes de la CE (STC 130/2013, FJ 5: legalidad, eficacia y economía, asignación equitativa de los recursos públicos, subordinación de la riqueza nacional al interés general, estabilidad presupuestaria, y el de control).

La necesidad de delimitar convenientemente el citado título del artículo 149.1.18 CE le lleva además a añadir: "(…) no resulta fácil deslindar las normas de simple régimen jurídico de las Administraciones públicas que el Estado puede establecer ex art. 149.1.18 CE de las normas comunes sobre el gasto público subvencional que el Estado puede dictar al amparo del art. 149.1.14 CE (…) Y a estos efectos, tendremos en cuenta como criterio interpretativo que, cuando se esté abordando la regulación de los derechos y obligaciones de contenido económico de las Administraciones públicas o cuando el objeto de la regulación sea la protección o preservación de los recursos públicos que integran las haciendas, nos encontraremos ante preceptos que tienen su anclaje en el art. 149.1.14 CE" (STC 130/2013, FJ 5).

Y en relación con los dos títulos que contiene el artículo 149.1.18 CE realiza igualmente cierto desarrollo.

Con respecto al de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, tras recordar que constituyen el dictado de principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las administraciones públicas (STC 227/88), sin que cobren igual extensión e intensidad según se refieran a aspectos de organización y funcionamiento interno que cuando conciernan a la actividad externa de la Administración y a los administrados (STC 50/99), y haciendo cita de algunos de esos aspectos –composición, estructura y competencias de los órganos de las administraciones públicas (STC 32/81); organización de todas las administraciones públicas (STC 76/83); los aspectos organizativos e institucionales de esas administraciones públicas (STC 214/89); la composición, funcionamiento y organización de las mismas (SSTC 35/82, 50/99)–, añade expresamente: "(…) debiendo aclararse ahora que dentro del concepto de «funcionamiento» se incardinan las actividades jurídicas típicas a través de las cuales las Administraciones públicas desarrollan su función constitucional de satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE)" (STC 130/20313, FJ 6).

Con independencia de abundar en la justificación de que las bases mencionadas deban disponer de un mayor alcance cuando incidan en la actividad externa y sobre todo por causa de repercutir en derechos e intereses de los administrados, agrega ahora la sentencia la protección de otros "intereses generales superiores a los de las comunidades autónomas" (hasta diez, también diseminados por la CE –STC 130/2013, FJ 6–).

De igual forma opera la sentencia con respecto a la otra competencia del artículo 149.1.18, referida al procedimiento administrativo común; no sin afirmar antes: "(…) sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del procedimiento administrativo común, que en la actualidad se encuentran en las Leyes generales sobre la materia (lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18 CE), coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa ratione materiae. La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, **cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias** (STC 227/88, FJ 32)" (STC 130/13, FJ 7).

Pero para la sentencia, **la LGS plantea una problemática nueva**, no resuelta antes, cual es la que atañe a **si el Estado ostenta o no competencias para establecer una regulación general del procedimiento de otorgamiento de subvenciones, a lo que responde afirmativamente, recordando la esporádica admisión de normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos *ratione materiae*** (STC 61/97, planes de urbanismo).

Señala para ello que (STC 130/2013, FJ 8): "Sin embargo, la subvención, considerada en abstracto y desligada de cualquier campo especifico, no se incardina en ninguna materia o sector determinado, sino que es una técnica administrativa de fomento, esto es, una forma de actividad a la que puede acudir cualquier Administración pública"; o que "El procedimiento subvencional regulado desde una perspectiva general o abstracta no es, pues, un procedimiento especial ratione materiae, porque prescinde de toda previsión específica que atienda a las características de un determinado sector o materia (agricultura, urbanismo, asistencia social…) y responde única y exclusivamente a las singularidades de un determinado tipo de actividad de las Administraciones públicas".

Concluye de este modo afirmando: "En definitiva, **en la regulación del procedimiento administrativo de las subvenciones, nos encontramos con una situación de concurrencia competencial**. Por un lado, y de acuerdo con lo que dispone el art. 149.1.18 CE, **el Estado puede regular, desde una perspectiva general y abstracta, el procedimiento subvencional común, mientras que las Comunidades Autónomas pueden establecer «las especialidades derivadas de la organización propia». (…) la regulación de los procedimientos subvencionales ratione materiae corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas en función de la distribución de competencias que establece el art. 149.1 CE en cada sector o materia, si bien el ejercicio de esa competencia por las Comunidades Autónomas ha de hacerse respetando siempre las reglas establecidas en la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común** (por todas, SSTC 227/1988, FJ 32; 98/2001, FJ 8 y 36/2012, FJ 8), **legislación que incluye ahora una regulación del procedimiento subvencional común**". (STC 130/2013, FJ 8).

No se ha librado de recibir **severas críticas la sentencia**, en primer lugar de una parte importante de sus miembros, formalizada en un voto particular que le acusaba de abordar el análisis de la LGS sin realizar una calificación prevalente de la materia que regula, sino utilizando de forma indeterminada diversos títulos competenciales, con la extensión del título competencial del artículo 149.1.14 referido por primera vez al gasto público, así como para regular por parte del mismo título aspectos referidos al régimen jurídico de las administraciones públicas que la doctrina anterior descartaba. Es igualmente crítico con los títulos del artículo 149.1.18, cuando identifica cualquier actividad jurídica o una típica de las administraciones públicas con su funcionamiento y, más allá de eso, cuando pretende identificar régimen jurídico con las bases del régimen jurídico, o cuando aflora el interés general como fundamentador de las competencias estatales. Es especialmente crítico con la creación del procedimiento administrativo común singular, sin reflejo en la CE, como un hibrido entre el procedimiento administrativo común y los procedimientos *ratione materiae.*

Por lo que hace a la CAPV, es de decir que la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) había admitido –a resultas de la salvaguardia que sobre su aplicación en la CAPV prevenía la propia LGS (disposición adicional 22ª)– una aplicación singular, más bien principial, de la misma, o, cuando menos, respecto a alguno de sus preceptos.

Sin embargo, la revocación de diversas sentencias del TSJPV por parte del TS –en concreto SSTS de 26-6-2012 (RJ 2012\7551), de 4-12-2012 (RJ 2013\621), de 28-1-2013 (RJ 2013\1372), de 16-4-2013 (RJ 2013\3442)–, recaídas en recursos de casación formalizados contra las mismas en una materia muy específica –bases aprobadas por ayuntamientos de regulación de ayudas individuales de transporte a familiares de personas en régimen penitenciario–, auspiciaron una alteración en dicha doctrina, que tiene reflejo en algunas sentencias del TSJPV coetáneas a la STC 130/2013 (de 6-11-2012, JUR 2014\140757) y sobre todo posteriores (de 18-2-2014, JUR 2014\232672, de 19-11-2014, RJCA 2015\221, de 20-1-2015, JUR 2015\96747, de 16-6-2015, JUR 2015\209300), en la misma o en distinta materia (de 22-1-2015, JUR 2015\97245).

Una clara aplicación de esta doctrina más exigente en la aplicabilidad de la LGS en la CAPV es reflejo la sentencia del TSJPV de 21 de enero de 2015 (JUR 2015\96764), que anuló una Orden de la Consejera de Educación, Política Lingüística y Cultura de convocatoria de subvenciones para la organización de competiciones deportivas de alto nivel en el año 2013, en la que señala la Sala:

> No impide la rotundidad de las afirmaciones del Tribunal Supremo el contenido de la Disposición Adicional Vigésimo Segunda de la Ley 38/2003 «Régimen foral del País Vasco», al decir que «En virtud de su régimen foral la aplicación de esta Ley a la Comunidad Autónoma del País Vasco se realizará con respeto a lo establecido en su Estatuto de Autonomía y en la disposición adicional segunda de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799 y 1372), Reguladora de las Bases del Régimen Local»; pues, además de contraponerse a legislación básica, entiende esta Sala que la norma no excluye a la Comunidad Autónoma del País Vasco de su ámbito de aplicación, todo lo contrario, confirma su aplicación, la cual ha de llevarse a efecto respetando las peculiaridades organizativas y competenciales derivadas de su Estatuto de Autonomía y de sus Territorios Históricos.

Sobre este particular, desconoce esta Sala qué parte de la autonomía vasca se ha visto afectada, que no se ha respetado, cuando se impone la elaboración de un plan estratégico con carácter previo al establecimiento de la subvención, siendo de difícil apreciación cuando es la propia demandada la que reconoce que el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre (LPV 1998, 19), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, recoge principios de total equiparación a los establecidos en la norma estatal invocada.

DCJA 51/2016 pár. 59 a 76

En cuanto a la LGS y su reglamento de desarrollo, tampoco es correcto aludir a su carácter supletorio sin tener en cuenta previamente la normativa propia de la Comunidad Autónoma en la materia.

En este caso, **tanto la LGS como su reglamento de desarrollo identifican una parte importante de su contenido como legislación básica.** Conviene por ello recordar aquí lo que esta Comisión ha señalado en relación al desarrollo de la normativa básica ya que, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, **la norma autonómica (sea ley o reglamento) de desarrollo de la norma básica no se encuentra vinculada a esta por una relación de jerarquía sino por el principio de competencia, permitiendo a la Comunidad Autónoma la introducción de opciones políticas propias, operando la norma básica como límite** (respecto a su contenido mínimo común) **y procediendo la norma autonómica a complementar el ordenamiento jurídico, a cuya formación concurren los entes territoriales con poder normativo en la materia, por aplicación del bloque de constitucionalidad.**

La norma autonómica, por tanto, no completa, pormenoriza, detalla o precisa la regulación de la norma estatal al modo obligado para el reglamento ejecutivo, **sino que a su través se ejercita la competencia autonómica, y los límites que para tal ejercicio deriven de la normativa básica deben siempre permitir, conforme a la doctrina constitucional sobre las bases, la introducción de alternativas propias, acomodadas a sus intereses y características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales** (Dictamen 75/2006).

En el marco de las relaciones entre las normas básicas estatales y la norma autonómica, la supletoriedad de la normativa estatal sí puede convertirse en una fórmula factible y útil para cuando la Comunidad Autónoma opta por no regular o regular de manera parcial la materia en la que la competencia es compartida. En estos casos, tan legítimo es que la Comunidad Autónoma opte por aprobar su propia normativa como acudir a la fórmula de la supletoriedad de la normativa estatal no calificada como básica. **Lo que resulta contrario al sistema de fuentes es que la norma reglamentaria llame con carácter supletorio a la normativa estatal cuando existe normativa autonómica con rango de ley que regula la materia en cuestión.**

Nuestra Comunidad Autónoma reguló el régimen de subvenciones en el Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco (TRLPOHGPV). Esta ley es anterior a la LGS y, por tanto, se encuentra pendiente de una actualización o adecuación, aunque no es este dictamen el lugar donde realizar el contraste entre ambas normativas. **En cualquier caso, puede afirmarse que la mayor parte de la regulación de las subvenciones contenido en la TRLPOHGPV respeta el régimen básico de subvenciones y, donde no lo hace –como, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de un plan estratégico de subvenciones– es fundamentalmente por omisión.**

Resulta así que **nuestra Comunidad Autónoma dispone de normativa propia, y con rango de ley, en materia de subvenciones y que, por tanto, no obedece a una coherente interpretación del sistema de fuentes aludir a la supletoriedad de la normativa estatal, sin prever previamente la normativa propia**.

La LGIIS establece en su disposición final cuarta, tal y como hemos advertido anteriormente, el régimen supletorio en materia de régimen subvencional aludiendo a la normativa general de subvenciones y ayudas; fórmula que consideramos más apropiada porque no prejuzga en ningún caso, como sí ocurre en la redacción propuesta en el proyecto, la preeminencia de la normativa estatal de subvenciones sobre la autonómica que regula esa misma materia.

En definitiva, aunque la disposición final del decreto vigente también se remite con carácter supletorio a la ya derogada LRJPAC, consideramos que se trata de una disposición innecesaria que podría suprimirse. Ahora bien, en la medida en que se opte por mantenerla en el proyecto, su título no debería hacer referencia al "régimen supletorio", ofreciendo como alternativa la posibilidad de intitularlo como "normas sobre procedimiento", sustituyendo la remisión a

la LGS y al real decreto que la desarrolla por la referencia que la propia LGIIS hace a la normativa general de subvenciones.

DCJA 203/2016 pár. 74 a 81

II. Asistencia Social (art. 10.12 EAPV)

La iniciativa [anteproyecto de Ley de reconocimiento y reparación de víctimas de vulneraciones de derechos humanos, causadas por actuaciones de represión ilícita en la Comunidad Autónoma del País Vasco entre los años 1978 y 1999] parte del principio rector previsto en el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía (EAPV), entroncado, a su vez, con el previsto en el artículo 9.2 de la Constitución (CE), conforme al cual los poderes públicos vascos, en el ámbito de su competencia, están obligados a velar y garantizar el adecuado ejercicio de los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos.

Partiendo de este principio, dos son los títulos competenciales que se citan expresamente para sustentar la iniciativa: el correspondiente a la materia asistencia social (artículo 10.12 EAPV) y el correspondiente a la materia desarrollo comunitario (artículo 10.39 EAPV).

No vamos a analizar la competencia autonómica en materia de asistencia social dado que su alcance ya ha sido esclarecido en otros dictámenes de esta Comisión. Basta con remitirnos en cuanto a ese análisis a lo ya dicho en nuestro Dictamen 97/2008, referido al anteproyecto que dio lugar a la actual Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales.

En cualquier caso, **las medidas que plantea la iniciativa, especialmente las de carácter resarcitorio, responden al esquema de los servicios sociales, en la medida en que se ha detectado una situación o carencia real en la población beneficiaria de las prestaciones o actuaciones contempladas; situación que se pretende reconocer y aliviar.**

Menos o ninguna atención –al no haber tenido oportunidad– hemos prestado hasta ahora desde esta Comisión al segundo de los títulos aludidos, esto es, el correspondiente a la materia "desarrollo comunitario". Podemos añadir no obstante que, pese a que no parece estar totalmente desconectado del anterior, **esta Comisión ve correcta su singularización puesto que, en este caso, va en consonancia con otro de los objetivos perseguidos por la iniciativa, y que no es otro más que la normalización de la convivencia.**

Por otro lado, y aunque no ha sido citada en el expediente, cabe mencionar también la competencia en materia de "sanidad", prevista en el apartado 18 del artículo 10 EAPV, dado que una parte importante de las medidas se desarrollan en el ámbito de la asistencia sanitaria.

Este análisis nos permite avanzar una valoración de inicio favorable respecto a la competencia de la Comunidad Autónoma para abordar cada uno de los contenidos previstos en la norma, si bien es necesario también reflexionar sobre si la regulación propuesta afecta o no en forma relevante a las competencias que el Estado pueda ostentar tanto en dichos ámbitos como en otros, en virtud de títulos competenciales cuyo ejercicio puede incidir en las competencias autonómicas. Y ello, sin perjuicio de que, al examinar el concreto tenor literal de algún precepto, puedan formularse observaciones fundadas en las precitadas reglas de distribución competencial.

Esta cuestión ha de ponerse particularmente en relación con el **escrito remitido por el Director General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas**. En este escrito **se pone en cuestión la viabilidad del anteproyecto tanto desde un punto de vista competencial, como por su posible afección sobre el ejercicio de determinados derechos fundamentales y libertades públicas**.

En primer lugar, considera el mismo que los actos cometidos con violencia grave contra la vida o la integridad física, psíquica, moral o sexual de las personas no son otra cosa que hechos antijurídicos que precisan, como tales, de un previo proceso judicial penal o un procedimiento administrativo sancionador. Por tanto, es de la opinión que la apreciación de estas circunstancias por la Comisión de Valoración prevista en el anteproyecto vulneraría los artículos 149.1.6ª (legislación procesal y penal) y 117.3 (ejercicio de la potestad jurisdiccional) CE. En segundo lugar, el citado

escrito advierte de la falta de preeminencia de los procesos penales frente a cualquier otro tipo de procedimiento que, a su juicio, se observa en el anteproyecto, lo que considera igualmente una vulneración del artículo 149.1.6ª CE. Y, en tercer lugar, también considera vulnerada la normativa básica en materia de procedimiento administrativo sancionador y, por tanto, del artículo 149.1.18ª CE, al no contemplar el anteproyecto la remisión del asunto a la Administración competente en cada caso, en cuanto se refiera a la imputación de infracciones administrativas a personas físicas determinadas o determinables.

Al margen de los aspectos puramente competenciales, continúa el citado escrito, el anteproyecto ahonda en las graves consecuencias relacionadas con la infracción del contenido esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas que pudiera derivarse de una hipotética aplicación de la norma proyectada, en particular en relación con el derecho a audiencia, a un proceso con las debidas garantías, principios de legalidad, presunción de inocencia, derecho al juez predeterminado por la ley, contradicción e inmediación o reserva del ejercicio de la potestad jurisdiccional a la jurisdicción ordinaria. Todo ello con infracción de los artículos 24, 105 y 117 CE.

Adicionalmente, señala que el texto supone una afectación de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, prevista en el artículo 120.1.29ª CE, al considerar el anteproyecto como represión ilícita aquella que se haya ejercido por funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones o al margen de las mismas. Con ello, la Administración vasca valoraría unilateralmente conductas de funcionarios responsables de la seguridad, entre los que se incluirían los dependientes del Estado, sin tener competencia para realizar esa apreciación.

Al hilo de lo anterior, la Comisión también es consciente del conflicto de orden competencial generado en torno a la Ley Foral de Navarra 16/2015, de 10 de abril, de reconocimiento y reparación de las víctimas por actos de motivación política provocados por grupos de extrema derecha o funcionarios públicos, que ha supuesto la suspensión de su vigencia mediante providencia del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2016, al haber acordado el tribunal admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 37-2016, promovido por el Presidente del Gobierno. Recurso que, a su vez, ha invocado el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de la ley impugnada desde la fecha de interposición del recurso.

El citado escrito ha provocado que el órgano promotor haya realizado una serie de modificaciones, tanto en la exposición de motivos como en el articulado, con objeto de clarificar las cuestiones planteadas desde el Estado.

El problema se plantea porque, ciertamente, si nos centramos en la perspectiva de los actos que originan los daños y sus autores como premisa de la condición de víctima a la que se refiere el anteproyecto, resulta difícil deslindar por completo la existencia de una vulneración de los derechos humanos, y más aún cuando estos se han producido "en contextos de represión ilícita", de la carga y calificación penal que corresponde a ese tipo de actos.

El anteproyecto persigue la continuidad de lo iniciado a través del Decreto 107/2012, en el que se contempla la declaración y reparación de víctimas por vulneración de sus derechos humanos desde 1960 hasta 1978. Pero, sin perjuicio de que muchos de los actos que originaron los daños a los que se refiere el citado decreto, referidos al periodo preconstitucional, eran merecedores también de calificación penal (o reparación de algún tipo) incluso bajo aquel régimen, es preciso admitir la diferencia que supone reconocer esa misma situación durante el periodo temporal que comprende ahora el anteproyecto, puesto que este ya se desarrolla dentro del actual marco constitucional, y en unas condiciones en las que se garantiza, en principio, el estado de derecho impuesto por aquel; marco en el que se presuponen unos estándares de libertad y seguridad que, en caso de no ser respetados, tienen sus propias vías de reconocimiento y reparación a través de los tribunales.

No obstante, **consideramos que lo justo es reconocer que el anteproyecto no pretende, en absoluto, interferir en el *ius puniendi* que, en materia penal, corresponde en exclusiva al Estado, ni tampoco en la potestad sancionadora de una u otra Administración sobre los actos de sus funcionarios y empleados públicos.**

Ese *ius puniendi* se caracteriza precisamente por tener una "finalidad represiva, retributiva o de castigo" que lo distingue de otras medidas que, como la que aquí analizamos, no tienen un objetivo sancionador, y sólo en el contexto de ese objetivo punitivo se puede contemplar la aplicación de las garantías constitucionalmente propias de este campo (SSTC 276/2000, de 26 de noviembre, y 121/2010, de 29 de noviembre).

El anteproyecto no pretende en ningún momento extraer consecuencias penales o disciplinarias de los hechos que se descubrieran por las eventuales pesquisas que pudieran llevarse a cabo en el seno del procedimiento que regula, cuya única finalidad es establecer la efectiva condición de víctima.

Esta renuncia se hace patente cuando, de modo paralelo a lo previsto por el artículo 145.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC) –hoy apartados 2 y 6 del artículo 36 de la Ley 40/2015– para los procedimientos de responsabilidad patrimonial por actos de las autoridades y personal al servicio de las administraciones públicas, el artículo 6.b) del anteproyecto, referido al derecho a la justicia, establece también la obligación de los poderes públicos de remitir el expediente al Ministerio Fiscal cuando se considere que de su contenido pudiera desprenderse alguna actuación ilegal. Cuestión esta sobre la que volveremos al analizar el articulado.

El artículo 15.6 del anteproyecto, por su parte, establece que, en aquellos casos en los que la Comisión de Valoración tenga conocimiento de la existencia de causas judiciales abiertas, se suspenderá la tramitación del procedimiento hasta que la vía judicial se haya agotado. Suspensión que, obviamente, se dará también en el caso de que, remitido el asunto a fiscalía en virtud de lo previsto en el artículo citado en el párrafo anterior, esta acuerde iniciar las correspondientes acciones penales, de conformidad con la obligación que a los funcionarios del Ministerio Fiscal impone el artículo 105 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim). Esta suspensión es incluso más tajante que la que el artículo 146.1 de la LRJPAC dispone en los casos de responsabilidad patrimonial (hoy recogida en el artículo 37.2 de la Ley 40/2005), ya que debemos recordar que la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las administraciones públicas no suspende automáticamente los procedimientos de responsabilidad patrimonial que puedan instruirse, salvo que la determinación de los hechos en el orden penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Ello, unido a la vinculación de los órganos a los que se refiere el anteproyecto en la apreciación de los hechos establecidos en un proceso penal (por todas, STC 77/1983, de 3 de octubre), permite entender suficientemente garantizada también la preeminencia de las calificaciones penales y de los hechos establecidos en el procedimiento propiamente penal sobre las consideraciones estrictamente administrativas y su necesaria fundamentación fáctica, en el procedimiento previsto en el anteproyecto.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la exposición de motivos justifica la determinación del periodo al que se refiere el anteproyecto en el hecho de que la mayoría de los actos con posibles consecuencias penales estarían prescritos o próximos a esa prescripción.

La prescripción del ilícito penal tiene tanto naturaleza procesal, como material, pero, una vez declarada, supone de alguna manera la renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi*.

El artículo 130.1 del Código Penal dispone, en sus numerales 6º y 7º, que la prescripción de delito o de la pena o medida de seguridad son causas de extinción de la responsabilidad criminal. Consecuentemente, cualquier diligencia que pueda iniciarse a resultas de hechos relacionados con delitos ya prescritos, incluso cuando se pase tanto de culpa a la fiscalía y se interponga la acción penal, habrá de resolverse con un sobreseimiento libre, en la medida en que cualquier procesado aparecerá necesariamente exento de responsabilidad criminal (artículo 637.3º de la LECrim).

Esa renuncia a la consecución de acciones penales, cuando no haya un pronunciamiento que determine que no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho o que determine que el hecho no sea constitutivo de delito, no puede, sin embargo, considerarse como un impedimento para que el legislador autonómico, desde una competencia propia como es la de la asistencia social, pueda identificar un colectivo, víctima de una situación injusta, y decida otorgar a ese colectivo un reconocimiento y una compensación económica.

Este es un hecho evidente desde la constatación de que **los mismos hechos pueden tener diferentes valoraciones además de la penal.** Así, por ejemplo, la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la acción civil para reclamar la indemnización por los daños causados, salvo, precisamente, que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho del que la responsabilidad extracontractual debió nacer (artículo 116 LECrim). Nótese que en el caso de hechos perpetrados por funcionarios públicos la reclamación de la indemnización podría sustanciarse, además de mediante una acción civil directa contra el causante, mediante una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración, que en tal caso se vería abocada a realizar, mediante un procedimiento administrativo, una nueva valoración de los hechos a los efectos de establecer la causalidad y los demás presupuestos de dicho instituto.

Pero es más, como hasta ahora venimos glosando, **el anteproyecto de ley no se sustenta** tampoco **en la indemnización a las víctimas** en sede de responsabilidad patrimonial, con la que expresamente se declara compatible (artículo 10 del anteproyecto), sino que aborda la cuestión **desde una perspectiva** complementaria, **de asisten-**

cia social. Esta **nueva valoración de unos hechos por parte de la Administración, siempre que se haga con respeto a la preeminencia del proceso penal, es perfectamente posible y se produce en ámbitos igualmente delicados como son el sancionador o el tributario. En ambos casos, nada impide que unos mismos hechos sean primero juzgados en el ámbito penal y, tras descartar que de ellos puedan derivarse consecuencias penales, puedan ser valorados con consecuencias jurídicas en el ámbito administrativo**.

Así, debe tenerse en cuenta que en el ámbito penal, donde ante la duda prima la presunción de inocencia a favor del reo, la acción penal decaerá no sólo en aquellos casos en los que no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho, sino también cuando la perpetración del delito no sea debidamente justificada y probada, o cuando, a pesar de que resulte probado haberse cometido un delito, no haya motivos suficientes para acusar a una determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores (por ejemplo, artículo 641 LECrim).

Esta perspectiva, sin embargo, y las presunciones que en uno y otro caso deben hacerse, debe cambiar radicalmente cuando entramos en el ámbito de la compensación y apoyo a las víctimas, donde, lejos de prevenir consecuencias penales contra el reo, debe primar el principio de apoyo a la víctima, a fin de que el daño sea reparado "con independencia de si el autor ha sido identificado, aprehendido, juzgado o condenado" (Punto 9 de la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones).

En el ámbito de las víctimas del terrorismo, su reconocimiento y el acceso a las prestaciones previstas en cada momento para ese colectivo tampoco han dependido siempre de la existencia de un pronunciamiento penal previo. Como expone la exposición de motivos de la Ley 4/2008, de 19 de junio, de reconocimiento y reparación a las víctimas del terrorismo (LRRVTPV), referido a los momentos iniciales de esas políticas, el eco de la legislación penal hacía que por aquellas fechas se identificase a las víctimas del terrorismo con las víctimas de los delitos de terrorismo configurados como tales en el Código Penal. Lo cual obligaba a dejar fuera del régimen de ayudas casos en los que la investigación penal no era concluyente sobre si la autoría del hecho dañoso correspondía a una banda armada organizada con fines terroristas. Pero, dado que las ayudas administrativas se anticipaban a las condenas penales, la normativa de ayudas exigía un certificado policial sobre el carácter terrorista de los daños, lo cual en muchos casos se sustentaba en meras presunciones.

El artículo 3 bis de la Ley estatal 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo (LRPIVT), también establece, junto al criterio del reconocimiento en sentencia firme, una segunda posibilidad para cuando no se haya producido sentencia pero se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En este último caso, en el que aún no se ha producido esa sentencia firme, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos pueden acreditarse ante el órgano competente de la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho, lo cual sería impensable si con ello se conculcaran los artículos 24, 105 y 117 CE.

Este planteamiento, más cercano a las víctimas, es el que se impone en el anteproyecto, sin que se puedan deducir del mismo los efectos atribuidos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre elementos esenciales de los derechos fundamentales o libertades públicas, o sobre la conculcación de los artículos 24, 105 y 117 CE. Este salto parece desproporcionado.

Este mismo vuelco en el juego de las presunciones, cuando de favorecer a la víctima se trata y no de castigar al reo, se da también en aquellas normas cuyo objetivo explícito, de consuno con lo que busca este anteproyecto, es conseguir la indemnidad de las víctimas. El artículo 2.2 del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 y ratificado por España el 20 de octubre de 2001, nos advierte de que la indemnización será procedente "incluso si el autor no puede ser perseguido o castigado". Este principio se reitera en el considerando 19 de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, al establecer que "se debe considerar que una persona es una víctima independientemente de si se ha identificado, detenido, acusado o condenado al infractor". Y en esa presunción favorable se sustentan también los derechos que, desde el primer contacto con las autoridades y con anterioridad a la interposición de la denuncia, asisten a las víctimas de conformidad con el artículo 3 del Estatuto de la víctima del delito, aprobado por la Ley estatal 4/2015, de 27 de abril. Es significativo que esta

última ley expresamente prohíbe que el reconocimiento de la condición de víctima y el apoyo a las mismas se condicione a la previa presentación de la denuncia (artículo 28.3).

No puede descartarse que, en una confundida interpretación y aplicación de sus preceptos, pueda producirse una concreta situación en la que se conculquen cuestiones esenciales, no discutidas, como pueden ser el principio de cosa juzgada, la presunción de inocencia u otra cuestión que afecte al contenido esencial de los derechos fundamentales, pero tampoco hay motivo para pensar que la aplicación del mismo ha de llevar necesariamente a esa situación o a sustituir en sus funciones a los órganos jurisdiccionales penales. De producirse esa situación, evidentemente la reacción debería producirse contra el acto en cuestión, pero ello no puede llevar a un juicio preventivo sobre la norma.

Y ello, claro es, sin perjuicio de que, como todo hecho más o menos basado en presunciones legales, pueda ser luego demostrado falso, incluso ante un tribunal penal, si la persona que se beneficiara de las subvenciones o ayudas percibidas por su condición de víctima fuera condenada por denuncia falsa o simulación de delito, lo que conllevaría la obligación de reembolso de las cantidades y ayudas percibidas. Así sucede en el artículo 35.1 del Estatuto de la víctima del delito, y esto mismo sucede en los supuestos regulados en el anteproyecto cuando se aprecie un incumplimiento de las condiciones y requisitos o la falsedad de los datos presentados (artículo 21 del anteproyecto). Difícilmente, por tanto, podrá decirse que se produce una contradicción entre la verdad penal, o incluso contencioso administrativa, determinada por los tribunales de justicia, y los presupuestos fácticos de los actos administrativos que puedan derivarse de esta ley, siempre sujetos, por supuesto, a revisión judicial. Lo fundamental es que "unos hechos no pueden existir y dejar de existir" para los órganos del Estado o de cualquier otra Administración pública.

Existen, pues, suficientes mecanismos en derecho como para apreciar las interferencias que en este caso se imputan a la norma, sin que por ello deba ponerse en tela de juicio su constitucionalidad. Deben traerse en este punto a colación las previsiones de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales, que habilitan a cualquier juzgado o tribunal para plantear el correspondiente conflicto jurisdiccional a la Administración, por su propia iniciativa o a instancia de parte, cuando considere de su jurisdicción un asunto del que esté conociendo un órgano administrativo (artículos 2 y 9).

Por consiguiente, **tampoco hay motivo para pensar que el anteproyecto ha de llevar necesariamente a una conculcación de los artículos 24, 105 y 117 CE, puesto que ni la función y configuración de la Comisión de Valoración que se constituye, ni el procedimiento, ni los actos que se puedan dictar en su aplicación responden a las características propias de la función jurisdiccional reservada a los órganos jurisdiccionales.**

En esta línea ha de interpretarse también el párrafo 5 del artículo 15 del anteproyecto, introducido en respuesta al escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se declara expresamente que la concurrencia en los expedientes administrativos tramitados de terceras personas que aparecieran concernidas en el contexto fáctico asociado al reconocimiento de las víctimas, no podrá suponer, en ningún caso, vulneración ni afección alguna a sus garantías jurídicas y constitucionales, sin perjuicio, en su caso, de aplicar lo previsto en el ya citado artículo 6.b).

Resulta posible, por tanto, acomodar el objetivo del anteproyecto en el reparto competencial que resulta de la Constitución y el EAPV, dado que, como hemos adelantado, **el anteproyecto trata de responder a una situación de injusticia real y constatada, identificada en un colectivo concreto, y al cual el Parlamento quiere ofrecer un reconocimiento y, en su caso, una satisfacción económica, que no cuesta encuadrar en el ámbito de la asistencia social.**

En cuanto a una posible conculcación del artículo 149.1.29ª CE, que atribuye al Estado la competencia referida a la seguridad pública, por alusión a los funcionarios, principalmente, de los cuerpos y fuerzas de seguridad, es cierto que la redacción del artículo 2.2, incluso después de su modificación operada como respuesta al escrito del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, contiene conceptos más o menos indeterminados de indudable calado –violación de derechos humanos, contexto de represión ilícita o contexto de violencia de motivación política– cuya reconducción al caso concreto presentará dificultades interpretativas. No obstante, esas dificultades interpretativas distan mucho de justificar una pretendida inmisión de la comunidad autónoma, en este caso, respecto de la regulación de la seguridad pública, que no es, ni mucho ni poco, objeto de regulación en este anteproyecto de norma.

Así mismo, debe comprenderse que la alusión a los funcionarios, como venimos insistiendo, responde a un intento de establecer el contexto en el que se producen los hechos, pero no con el fin de depurar sus posibles responsabilidades. Esos funcionarios, independientemente de la Administración de la que dependan, gozarán de la garantía

prevista en el párrafo 5 del artículo 15, mientras que el párrafo 6 del mismo artículo acoge también la suspensión del procedimiento cuando se tenga conocimiento de la existencia de procedimientos administrativos sancionadores abiertos hasta que se conviertan en firmes en la vía administrativa. También es posible, por tanto, mediante una interpretación integradora, acomodar el objetivo del anteproyecto en el reparto competencial que resulta de la Constitución y el EAPV.

Finalmente, en orden a la perspectiva de la distribución competencial en el interior de la Comunidad Autónoma –esto es, entre las instituciones comunes, los territorios históricos y los entes locales–, nada observa la Comisión en el anteproyecto que pueda incidir negativamente en los ámbitos competenciales que a cada nivel institucional corresponden.

DCJA 63/2016 pár. 32 a 73

III. Deporte (Art. 10.36 EAPV)

Los títulos competenciales prevalentes sobre los que se apoya la iniciativa son, tal y como señala la exposición de motivos del anteproyecto, los contemplados en los apartados 36 (deporte) y 22 (ejercicio de las profesiones tituladas, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución) del artículo 10 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV). Ello sin olvidar la incidencia más o menos puntual de otros títulos competenciales, como los previstos en los apartados 28 (defensa del consumidor y del usuario) o 4 (estatuto de los funcionarios del País Vasco, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución) del artículo 10 EAPV, o las competencias previstas en sanidad interior (artículo 18.1 EAPV) y en materia de enseñanza, en los términos del artículo 16 EAPV.

El presente análisis se centrará en los títulos prevalentes, con una mención específica a la defensa de los consumidores y usuarios, que son los que sostienen con carácter general el proyecto, sin perjuicio de que durante el análisis detallado de su contenido resulte preciso o de interés analizar puntualmente algún otro título competencial de los arriba mencionados.

Ahora bien, antes de comenzar el análisis competencial que deriva de nuestro Estatuto, se ha de llamar la atención sobre **la intención última del legislador: garantizar la salud de aquellos que practican algún deporte.** Esa conexión entre salud y deporte no es una cuestión puntual o específica de este anteproyecto sino que, como observamos en nuestro Dictamen 231/2011, tiene un reconocimiento explícito y general incluso en la doctrina del Tribunal Constitucional. El alto tribunal, en su Sentencia 194/1998, de 1 de octubre, recuerda la estrecha vinculación existente entre salud y educación física y deporte, tanto porque la educación física y el deporte son un medio para mantener la salud, como porque un ejercicio inadecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, "especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño", tiene repercusiones muy negativas sobre la salud.

Desde esta perspectiva, el análisis competencial debe partir de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución (CE); artículo que, tras reconocer en su apartado 1 el derecho a la protección de la salud, señala que corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas (apartado 2), y prevé, en último término, que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, y asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. Como tales principios rectores de la política social y económica, su reconocimiento, respeto y protección han de informar la actuación de los poderes públicos, de acuerdo con el artículo 53.3 CE.

En este contexto, y volviendo, ahora sí, a la primera de las competencias del EAPV en los que se apoya la iniciativa, también resulta de interés recordar que el alcance de la competencia prevista en materia de deporte (artículo 10.36 EAPV) es también resultado de materializar en el Estatuto las posibilidades previstas en la propia CE. Como señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 80/2012, de 18 de abril, dictada en relación con un artículo de la LDPV, "la alusión contenida en el artículo 148.19 CE, según el cual las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre la promoción del deporte y la adecuada utilización del ocio, tiene ciertamente un valor hermenéutico, en relación a la voluntad constitucional de que dicha materia sea asumida por las Comunidades Autónomas".

El mismo tribunal se ha encargado también, no obstante, de **matizar la exclusividad de las competencias autonómicas en esta materia.** En su Sentencia 1/1986, de 10 de enero, ya declaró que **la atribución estatutaria de la**

competencia exclusiva en materia de deporte debe necesariamente ponerse en conexión, de un lado, con el carácter territorialmente limitado de las competencias autonómicas y, de otro, con la posible afectación de intereses generales –supraautonómicos– del deporte español "en su conjunto" cuya defensa y promoción corresponderán, entonces, al Estado. Más recientemente, en relación con la competencia en materia de deporte desplegada en la LDPV, ha recordado que las competencias autonómicas –incluso aquellas que han sido configuradas como exclusivas– deben ejercerse: (i) con respeto a las competencias que puedan corresponder al Estado en virtud de otros títulos competenciales y (ii) de acuerdo con el principio de territorialidad de las competencias, como algo implícito al propio sistema de autonomías territoriales que de forma expresa se consagra en el art. 20.6 EAPV (**STC 80/2012, de 18 de abril**):

> Respecto de la primera cuestión, el hecho de que la Comunidad Autónoma del País Vasco ostente la competencia exclusiva sobre la materia de deporte, de acuerdo con el art. 10.36 EAPV, y que el Estado carezca de un título competencial constitucional específico no significa, no obstante, que el Estado no pueda intervenir, en concurrencia con las Comunidades Autónomas, en la regulación del deporte. La propia «realidad» poliédrica de la materia deportiva determina necesariamente el entrecruzamiento de títulos competenciales, la concurrencia de la actuación de las diversas Administraciones públicas –estatal, autonómica y local– en las diferentes facetas sobre las que se proyecta la actividad deportiva (salud, educación, cultura, investigación, educación física, profesiones reguladas o legislación mercantil, por ejemplo) que exigen en algunos casos, una actuación supraautonómica, por requerir de un enfoque global y no fragmentado, o de la coordinación de diversas actuaciones, o por tratarse de actuaciones en las que la materia de deporte se entronca con otra materia atribuida competencialmente al Estado (por ejemplo, la especial vinculación del deporte con la salud (SSTC 194/1998, de 1 de octubre [RTC 1998, 194], F. 7). Como señalamos en la STC 16/1996, de 1 de febrero (RTC 1996, 16), «el Estado ostenta competencias sobre determinadas materias, singularmente educación y cultura, que pueden incidir también sobre el deporte; todo ello sin perjuicio de las competencias específicas que la Ley 10/1990 (RCL 1990, 2123 y RCL 1991, 1816), del Deporte, atribuye al Estado, en especial de coordinación con las Comunidades Autónomas respecto de la actividad deportiva general y apoyo, en colaboración también con las Comunidades Autónomas, del deporte de alto nivel». [F. 2 C) t)].
>
> (…)
>
> Por lo que concierne a la segunda cuestión, conviene advertir que constatada la vigencia del principio de territorialidad de las normas y actos de las Comunidades Autónomas, no puede obviarse, no obstante, que «dichos principios [principio de territorialidad y de unidad de mercado], por su cualidad de tales, no pueden ser interpretados en unos términos que impidan a las instancias autonómicas, en el ejercicio de sus propias competencias, adoptar decisiones cuyas consecuencias puedan proyectarse sobre otros lugares del territorio nacional [por referencia al principio de territorialidad, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981, 37), F. 1; 150/1990, de 4 de octubre (RTC 1990, 150), F. 5; y 126/2002, de 23 de mayo (RTC 2002, 126), F. 9 a)]» (STC 168/2004, de 6 de octubre [RTC 2004, 168], F. 5). Es más, como señalamos en la ya citada STC 165/1994 (RTC 1994, 165) –respecto de la materia «relaciones internacionales»– allí donde las Comunidades Autónomas sean titulares de competencias exclusivas es constitucional la actividad internacional (proyección exterior) siempre que no se afecte a materias propias del ordenamiento internacional, ni se enerve el ejercicio de otras competencias que correspondan al Estado.

DCJA 12/2016 pár. 57 a 62

IV. Ejercicio de las profesiones tituladas (art. 10.22 EAPV)

Más complejo se presenta el título competencial estatutario correspondiente al **ejercicio de las profesiones tituladas.**

De inicio, el propio EAPV, a la hora de atribuir este título competencial con carácter exclusivo, menciona como salvedad lo dispuesto en los artículos 36 y 139 de la Constitución.

El artículo 36 CE establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas, estableciendo **una reserva de ley en la materia, pero no incide**

en el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas. El propio Tribunal Constitucional admitió esta circunstancia en su Sentencia 20/1988, de 18 febrero.

En efecto, tal y como señaló previamente en su Sentencia 42/1986 de 10 abril, este artículo contiene fundamentalmente una reserva de ley en cuanto al establecimiento del régimen jurídico de colegios profesionales y al ejercicio de las profesiones tituladas, y añade que "la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia sea regulada por el legislador, que no encuentra, como es obvio, otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales. Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia".

Algo parecido puede afirmarse con respecto a la mención del **artículo 139 CE**. Su apartado primero sienta el principio de igualdad de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado, mientras que el apartado segundo impide la adopción de medidas que obstaculicen la libre circulación de personas en ese mismo territorio.

Este artículo, por tanto, **tampoco es un precepto que incida, al menos directamente, en el reparto competencial,** y así se desprende igualmente de la doctrina del Tribunal Constitucional. En su Sentencia 173/1998, de 23 de julio de 1998, deja claro, en relación con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 139 CE –aunque puede extenderse a todo el artículo–, que este tipo de preceptos "son presupuestos o límites, pero no títulos competenciales" (STC 61/1997, fundamento jurídico 7º). El principio consagrado en este art. 139.1 CE constituye un límite y una directriz que acota y guía el ejercicio de las competencias, que poseen el Estado ex. art. 149 CE, y las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos Estatutos. No obstante, también es cierto que con posterioridad, en su Sentencia 201/2013, de 5 de diciembre, afirma que "«en la competencia reservada al Estado en virtud del art. 149.1.30 subyace el principio del artículo 139.1 CE, que es un principio estrechamente vinculado a esta atribución competencial» (STC 122/1989 [RTC 1989, 122], FJ 5); es decir, se trata de una competencia directamente vinculada a las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos en cualquier parte del territorio español y ligada asimismo a la garantía de la libertad de circulación y establecimiento de los profesionales y a la libre prestación de servicios (arts. 139 CE y 149.1.1 CE)".

En cualquier caso, **el Estado puede incidir también en esta materia** ya que, al igual que sucede con la competencia en materia de deporte, a la hora de considerar una competencia autonómica como exclusiva, deben tenerse en cuenta las competencias que puedan corresponder al Estado **en virtud de otros títulos competenciales,** como en este caso ocurre con la competencia del **artículo 149.1.30 CE, correspondiente a la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.**

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno a este título competencial del artículo 149.1.30 CE, aunque no siempre con la claridad que resultaría deseable. Puede afirmarse, no obstante, que comprende la competencia para establecer los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, con valor habilitante tanto desde el punto de vista académico como para el ejercicio de profesiones tituladas, es decir, de aquellas cuyo ejercicio exige un título (por ejemplo, graduado escolar, bachiller, diplomado, arquitecto técnico o ingeniero técnico en la especialidad correspondiente, licenciado, arquitecto, ingeniero, doctor); así como comprende también la competencia para expedir los títulos correspondientes y para homologar los que no sean expedidos por el Estado (STC 42/1981, de 22 de diciembre).

Esta misma doctrina se reitera en la Sentencia 82/1986, de 26 de junio, así como en la Sentencia 122/1989, de 6 de julio. En esta última, el Tribunal Constitucional reitera que, "es claro, por tanto, que la competencia que los órganos centrales del Estado tienen para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de los títulos profesionales se vincula directamente a la existencia de las llamadas profesiones tituladas, concepto éste que la propia Constitución utiliza en el art. 36, y que implícitamente admite, como parece obvio, que no todas las actividades laborales, los oficios o las profesiones en sentido lato son o constituyen profesiones tituladas".

Como declaró en la Sentencia 83/1984, de 24 de julio, tales profesiones tituladas existen cuando se condicionan determinadas actividades "a la posesión de concretos títulos académicos" y, en un sentido todavía más preciso, la Sentencia 42/1986 (RTC 1986\42) define las profesiones tituladas como aquellas "para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia". Según señalaba esta última sentencia, "corresponde al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuándo una profesión debe pasar a ser profesión

titulada, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30 de la Constitución, es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva".

La Sentencia 122/1989, de 6 julio, por su parte, introduce una distinción entre las profesiones tituladas y reguladas; distinción que ha sido confirmada en sentencias posteriores (SSTC 113/1993, 386/1993, 330/1994, entre otras) asumiendo, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio protegido en el artículo 35 CE que, como medio necesario para la protección de intereses generales, los poderes públicos pueden intervenir el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud.

En este último caso, sin embargo, la incidencia del título estatal del artículo 149.1.30 desaparece, dado que no estaríamos en el ámbito de las profesiones tituladas en sentido estricto, y su regulación corresponde a quien ostenta la competencia material del ámbito en el que se pretende garantizar una determinada capacitación profesional, siempre teniendo en el horizonte la salvaguarda del interés público y de los consumidores.

DCJA 12/2016 pár. 63 a 74

El anteproyecto tiene como objetivo regular el **acceso y ejercicio de las profesiones del deporte en el País Vasco;** propósito que ha de analizarse desde la perspectiva del espinoso campo de las **profesiones reguladas** y tituladas.

El artículo 35 CE reconoce con carácter general el derecho a la libre elección de profesión u oficio, a lo que ha de sumarse lo dispuesto en su artículo 38, en el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado.

Estos derechos, no obstante, no son absolutos y es el propio artículo 36 CE el que evidencia esa limitación al establecer una **reserva de ley** tanto para las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales como para el ejercicio de las profesiones tituladas. El legislador puede, por tanto, crear nuevas profesiones y regular su ejercicio.

En cuanto al alcance y, en su caso, límites de esta reserva legal, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 83/1984, de 24 de julio, señaló en un primer momento que no hay un contenido esencial constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta. Esta sentencia decía también lo siguiente:

> (…) las profesiones tituladas, a las que se refiere el art. 36 de la C.E., y cuya simple existencia (esto es, el condicionamiento de determinadas actividades a la posesión de concretos títulos académicos, protegido incluso penalmente contra el intrusismo) es impensable sin la existencia de una Ley que las discipline y regule su ejercicio. Es claro que la regulación de estas profesiones, en virtud de ese mandato legal, está expresamente reservada a la Ley. También es claro, sin embargo, que dada la naturaleza del precepto, esta reserva específica es bien distinta de la general que respecto de los derechos y libertades se contiene en el art. 53.1 de la C.E. y que, en consecuencia, no puede oponerse aquí al legislador la necesidad de preservar ningún contenido esencial de derechos y libertades que en ese precepto no se proclaman, y que la regulación del ejercicio profesional, en cuanto no choque con otros preceptos constitucionales, puede ser hecha por el legislador en los términos que tenga por conveniente.

Las posibilidades del legislador en este campo son establecidas con mayor claridad, si cabe, en la Sentencia 42/1986 de 10 de abril. De acuerdo con esta sentencia, la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos consiste en que esta materia –la de los colegios profesionales y las profesiones tituladas– sea regulada por el legislador, que no encuentra otros límites que los derivados del resto de los preceptos de la Constitución y, principalmente, de los derechos fundamentales. "Compete, pues, al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia".

Por otro lado, es importante también aclarar aquí **la diferenciación entre las profesiones reguladas y las tituladas. Estas últimas serían, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, aquéllas para cuyo ejercicio se requieren títulos, entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por su parte, las profesiones regula-**

das atenderían a un significado más amplio y comprenderían todas aquéllas sobre las que exista una norma que discipline su ejercicio. La Directiva 2005/36/CE, de 7 de septiembre, define la profesión regulada como la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales; concepto incorporado también al Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se produce la incorporación de la citada directiva.

Dentro de las profesiones reguladas se incluirían también los supuestos en los que para su ejercicio se requiere una capacitación oficial como medio necesario para la protección de intereses generales. En este caso, la STC 111/1993 de 25 de marzo, con una doctrina que se repite en la STC 122/1989, de 6 de julio, y en la STC 111/1993, de 25 de marzo, entre otras, declaró la posibilidad de que, dentro del respeto debido al derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, los poderes públicos intervengan en el ejercicio de ciertas actividades profesionales, sometiéndolas a la previa obtención de una autorización o licencia administrativa o a la superación de ciertas pruebas de aptitud, si bien, "en estos casos, la exigencia de tales requisitos, autorizaciones, habilitaciones o pruebas no es en modo alguno equiparable a la creación o regulación de los títulos profesionales a que se refiere el art. 149.1.30 CE, ni guarda relación con la competencia que este precepto constitucional reserva al Estado".

La **STC 111/1993**, de 25 de marzo, añadió un matiz sobre lo que debe considerarse como profesión titulada, al **identificar las profesiones tituladas con aquéllas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título;** concepto más estricto –ligada a un título universitario– que parece querer retomar en la STC 201/2013, de 5 diciembre, en la que se valida la utilización de este concepto estricto de la profesión titulada en el artículo 2 de la Ley catalana 7/2006, de 31 de mayo, del ejercicio de profesiones tituladas y de los colegios profesionales, precisamente por su coincidencia con el concepto utilizado por la jurisprudencia constitucional. No obstante, **esa identificación entre estudios superiores y universitarios no goza de consenso entre la doctrina,** y tampoco fue tenida en cuenta, por ejemplo, por el Consejo de Estado en su Dictamen 48/2009, a la hora de valorar un posible recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado frente a la Ley 3/2008, de 23 de abril, del ejercicio de las profesiones del deporte de Cataluña (LEPDCat).

La concreta delimitación de lo que debe ser considerado como profesión titulada no tiene únicamente valor teórico sino una trascendencia real, tanto a la hora de establecer el ámbito de la reserva legal contemplada en el artículo 36 CE, como en otra cuestión, no menos compleja, como la competencial.

El Tribunal Constitucional abordó frontalmente la **cuestión competencial** en su STC 154/2005, de 9 de junio, aunque ya en la STC 122/1989, de 6 de julio, adelantó que "corresponde al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vida social, determinar cuándo una profesión debe pasar a ser **profesión titulada**, y no es dudoso que, con arreglo al texto del art. 149.1.30 de la Constitución, **es el legislador estatal quien ostenta esta competencia exclusiva**".

Se reconoce así una competencia estatal para establecer cuándo una profesión debe pasar a ser considerada titulada, pero esa competencia se desprendería de la interpretación que el propio Tribunal Constitucional ha realizado de lo dispuesto en el artículo 149.1.30 CE y estaría referida, por tanto, a la interpretación de esa misma jurisprudencia constitucional sobre lo que ha de considerarse como "profesión titulada".

Si partimos de una concepción estricta, según la cual, a efectos distributivos de competencia, sólo nos encontramos ante profesiones tituladas cuando para su ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados por la obtención del correspondiente título, el anteproyecto discurre dentro del ámbito competencial de la comunidad autónoma, dado que la injerencia con la competencia estatal sólo podría plantearse en el caso de los profesores o profesoras de educación física (artículo 3) **y, en este aspecto, el anteproyecto es respetuoso, precisamente al omitir cualquier mención a los títulos necesarios, con la regulación que al respecto se ha dictado por el Estado a través, principalmente, de sus competencias en materia educativa y sobre función pública**.

En el resto de los casos –las profesiones reconocidas en los artículos 4, 5 y 6– el anteproyecto no requiere necesariamente de una titulación universitaria, sino una cierta aptitud, acreditada mediante unas cualificaciones profesionales que, a su vez, serán constatadas a través de los títulos educativos, profesionales e, incluso, deportivos que contempla la norma, como se desprende de lo dispuesto en su artículo 2.6, lo cual aleja la cuestión de las profesiones tituladas y la acerca a los supuestos en los que para el ejercicio de una [actividad] se requiere una capacitación oficial como medio necesario para la protección de intereses generales.

En este ámbito de las **profesiones reguladas**, **la competencia para intervenir corresponde a quien ostenta la competencia material para actuar sobre el bien jurídico que se pretende proteger**, constituyendo en este caso el deporte una materia sobre la que la competencia de la Comunidad Autónoma es exclusiva, sin perjuicio de las limitaciones ya advertidas en el análisis competencial.

A esta interpretación podría oponerse, no obstante, el llamamiento que la exposición de motivos realiza a la competencia en materia de profesiones tituladas, recogida en el apartado 22 del artículo 10 EAPV, así como el rango de la iniciativa, que parece atender asimismo a la reserva legal del artículo 36 CE.

Ahora bien, **incluso con la interpretación más amplia de lo que debe ser considerado como título a los efectos de una profesión titulada**, esto es, aquella que entiende por título simplemente la posesión de estudios superiores –lo cual nos llevaría a considerar lo dispuesto al respecto en el artículo 3.5 de la LOE–, **el anteproyecto rompe el esquema de las profesiones tituladas al considerar también como títulos oficiales los federativos y admitir la posibilidad de acceder a las profesiones acreditando su cualificación a través de otros medios o vías alternativas que se perfilan**, además de en el ya citado artículo 2.6, en la parte final de la norma como formaciones oficiales incompletas, certificados de competencia, experiencia profesional formalmente reconocida o el concurso de más de una de esas circunstancias.

DCJA 12/2016 pár. 147 a 162

V. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco (art. 10.6 EAPV)

En segundo lugar, el **artículo undécimo del proyecto modifica e introduce en la disposición final primera un régimen supletorio que interpreta erróneamente, a juicio de esta Comisión, el sistema de fuentes.**

Durante el procedimiento, la OCE [Oficina de Control Económico] ha advertido de la **necesidad de acomodar el desarrollo reglamentario de las AES** [ayudas de emergencia social] **a la normativa básica estatal sobre subvenciones incluida en la LGS y en el decreto que la desarrolla.**

La solución propuesta para esta cuestión por el órgano promotor se encuentra en el artículo undécimo del proyecto, en el cual se da nueva redacción a la disposición final primera del decreto vigente. En el apartado a) de esa nueva redacción se limita a sustituir la remisión supletoria que actualmente se realiza a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC). En el apartado b) se acude a la misma fórmula de supletoriedad en cuanto al régimen subvencional, señalando como normativa supletoria la LGS y el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, que la desarrolla.

En cuanto a la LPAC, se trata de la norma a través de la cual el Estado pretende regular fundamentalmente el procedimiento administrativo común a los efectos del **artículo 149.1.18 de la Constitución (CE).**

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre (mantenida en posteriores Sentencias como 98/2001, 130/2013 y 166/2014), señaló que el adjetivo "común" que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento. **Ahora bien, como se reconoce en la misma sentencia, coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*, y la Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales.** Asimismo, en la Sentencia 50/1999, de 6 de abril, el mismo tribunal aclaró que de ello no puede deducirse que forme parte de esta materia competencial toda regulación que, de forma indirecta, pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto.

Hay que entender, por tanto, que **la competencia referida al "procedimiento administrativo común" no agota la competencia en materia de procedimiento administrativo,** y que esta última es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. De lo contrario –señala el propio Tribunal Constitucional–, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial o paralizar, incluso, el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso.

En consecuencia, concluye que, **cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a esta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.**

Atendiendo al supuesto que nos ocupa, resulta fuera de toda duda que la Comunidad Autónoma pueda dictar las normas de procedimiento necesarias para ejercer sus competencias en materias propias –como es la de los servicios sociales y el sistema de garantía de ingresos e inclusión social–, pero deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias.

Partiendo de ese esquema, **la relación entre las normas autonómicas y la norma estatal que regula el procedimiento administrativo común no es de supletoriedad, sino de especialidad**. La supletoriedad presupone una posición en el sistema de fuentes en el que la posición de la norma supletoria está subordinada a la principal, y eso no ocurre en materia de procedimiento administrativo común. Su forma de integración tampoco es la propia de la norma básica, como veremos a continuación con respecto al ámbito subvencional. El artículo 2 de la LPAC incluye dentro de su ámbito de aplicación a las comunidades autónomas, y la disposición adicional primera concreta los escasos supuestos, relacionados todos ellos con cuestiones orgánicas, que son de aplicación únicamente a la Administración del Estado. **El principio que rige la relación entre ambas normas es el de competencia, al igual que en el caso de las normas básicas, pero, en este caso, el procedimiento administrativo común va más allá de la fijación de sus aspectos básicos.**

Mientras que **en la norma básica el Estado debe necesariamente respetar un espacio en el que las comunidades autónomas desarrollen sus competencias legislativas, en el caso del procedimiento administrativo común la competencia del Estado es más amplia, pudiendo llegar hasta el detalle**. **La Comunidad Autónoma puede establecer, sobre la base de la especialidad, normas procedimentales en razón de su competencia en la materia concernida, pero esas normas sólo se impondrán a las normas del procedimiento administrativo común en aspectos concretos y dentro del marco establecido por la regulación de ese procedimiento común.**

Como plasmación de lo anterior, el artículo 1.2 de la LPAC –cuyo interpretación del reparto de competencias en esa materia hay que acoger con prudencia mientras no sea confirmada por la jurisprudencia constitucional– trata de delimitar el campo en el que las normas procedimentales específicas pueden alterar el procedimiento común. Conforme a este artículo, sólo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta ley. Añade asimismo que reglamentariamente sólo podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

También es preciso reconocer que la propia LGIIS contiene una disposición final –la cuarta–, intitulada como "régimen supletorio", en el que también se hace referencia a la LRJPAC, pero igualmente cierto es que esta disposición legal se refiere también a la materia sancionadora y de subvenciones, en las cuales el régimen supletorio sí tiene sentido, sobre todo al tratarse de una norma con rango de ley, por lo que su título tampoco carece de sentido en cuanto a estas últimas materias.

A mayor abundamiento, si la relación en materia de procedimiento fuera de supletoriedad, el reglamento, debido a su rango, no podría alterar la norma fijada como supletoria en la LGIIS, independientemente de las vicisitudes sufridas por esta.

En base a lo expuesto, la Comisión considera incorrecto, además de innecesario por estar previsto en la LGIIS, acudir al régimen de supletoriedad en materia de procedimiento administrativo común, sobre todo ahora que su regula-

ción se ha disgregado de la que corresponde a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, pero, si se quiere facilitar la labor del aplicador, consideramos más correcto que el título de esta disposición final primera se refiera a "normas de procedimiento", sin aludir a su carácter supletorio.

DCJA 203/2016 pár. 60 a 73

La primera se refiere a la disposición final primera, intitulada "Régimen supletorio", cuyo literal es el siguiente: "En lo no previsto en el Reglamento que se aprueba en relación con el procedimiento administrativo será de aplicación la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

Tal y como hemos señalado y ha razonado la Comisión con detenimiento en su reciente Dictamen 203/2016, la relación entre la LPAC y, en este caso, la LPH y el reglamento que examinamos se rige por el principio "**ley general/ ley especial**". Por lo que no resulta jurídicamente adecuado hacer referencia a la LPAC como "**régimen supletorio**".

El proyecto debe respetar aquellos extremos del procedimiento administrativo común (y así lo hace) que establece la LPAC. **El proyecto, sobre la base de la especialidad que delimita la competencia en materia de parejas de hecho, determina, conforme a la LPH, las normas procedimentales especiales que, como tales, serán aplicables a la materia, si bien ello no permitirá desconocer o eludir aquellos aspectos de la norma del procedimiento administrativo común en tanto establecen ámbitos intangibles para el proyecto** (así, la estructura general del iter procedimental, las formas de elaboración, requisitos de validez y eficacia, modos de revisión y medios de ejecución de los actos administrativos, así como las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento).

Por ello, **la Comisión considera conveniente suprimir la disposición final primera, al resultar más correcto no establecer precisión alguna sobre una cuestión (la supletoriedad) que no pertenece al ámbito del reglamento y se sitúa en el terreno del aplicador, quien, en su caso, deberá seleccionar la norma que debe aplicar para el supuesto de que se enfrente a una laguna.**

DCJA 218/2016 pár. 85 a 88

VI. Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico (Art. 10.19 EAPV)

A) Estado-Comunidad Autónoma:

Como acertadamente expone la exposición de motivos del anteproyecto, la iniciativa tiene encaje en lo dispuesto en el artículo 10.17 y 19 EAPV. El artículo 10.17 EAPV señala que la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) ostenta competencia exclusiva en materia de cultura. Por su parte, el artículo 10.19 EAPV atribuye a la CAPV competencia exclusiva sobre patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo la Comunidad Autónoma el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación.

Sobre ambas atribuciones se proyecta el artículo 149.1.28 CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de "defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las comunidades autónomas", y artículo 149.2 CE, según el cual "sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las comunidades autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las comunidades autónomas, de acuerdo con ellas".

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 17/1991, **el patrimonio histórico se inserta en el concepto cultura,** porque "no hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de cultura".

En este sentido, la STC 17/1991 afirma la existencia de una **competencia concurrente del Estado y de las comunidades autónomas en materia de cultura** de forma que, al lado de la acción específica autonómica, se mueve otra estatal que tiene por objeto preservar el patrimonio cultural común, pero que también opera en aquellos aspectos que precisen un tratamiento general o, desde un ámbito más amplio, en aquellos supuestos en que los fines culturales

no puedan ser satisfechos desde otras instancias. En este sentido, pueden citarse las sentencias 49/1984, de 5 de abril (FJ 6), 157/1985, de 15 de noviembre (FJ 4), y 17/1991, de 31 de enero (FFJJ 2 y 3).

Aunque también ha introducido importantes puntualizaciones, tanto en la referida STC 17/1991, según la cual "no cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de la incardinación general del patrimonio histórico artístico en el término «cultural», pues por dicha vía podrían quedar vacíos de contenido los títulos del bloque de la constitucionalidad que se limitan a regular una porción definida del amplio espectro de la misma".

La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en cuanto al patrimonio cultural, artístico y monumental ha de partir del título estatal previsto en el artículo 149.1.28.ª de la Constitución, articulándolo con los preceptos estatutarios que definen competencias asumidas por las comunidades autónomas en la materia. **El Estado ostenta**, pues, **la competencia exclusiva en la defensa del referido patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las comunidades autónomas en el restante, según sus respectivos estatutos;** sin que ello "implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto" (FJ 3).

Como en la **STC 109/1996**, de 13 de junio, en la que afirma que "**la competencia sobre cultura no puede convertirse en un título universal desde el que puedan realizarse indistintamente todas y las mismas funciones que pueden realizarse desde otras competencias específicas que tienen aspectos culturales, con el argumento de que esos aspectos permiten una intervención superpuesta y duplicada. Debe tenerse presente que son muchas las materias competenciales específicamente contempladas en el bloque de la constitucionalidad que tienen un contenido cultural**, desde la enseñanza hasta los diversos medios de comunicación social, pasando por las bibliotecas, los espectáculos, el deporte o la artesanía. Por ello, aceptar que desde la competencia de cultura pudieran realizarse, sin ningún límite, cualquier actividad de normación o de ejecución sería tanto como convertir en concurrentes, no ya las competencias sobre cultura, sino la competencia de cultura del Estado con todas las competencias exclusivas de las comunidades autónomas con elementos culturales, lo que a su vez supondría convertir en vano el esfuerzo realizado por el legislador constitucional y estatutario por dar un tratamiento diferenciado a estas competencias específicas y por precisar en cada caso el reparto concreto de funciones correspondientes. **La competencia sobre cultura no es**, pues, **un título que le permita al Estado realizar indistintamente las mismas actividades normativas y de ejecución que tienen atribuidas las comunidades autónomas en las muy variadas competencias que tienen ese contenido cultural**".

Hay que tener en cuenta que en ejercicio de su competencia **el Estado ha dictado la Ley 16/1985,** de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE), que contiene las disposiciones generales en materia de conservación del referido patrimonio, así como en materia de defensa contra la expoliación y exportación, y la **Ley 10/2015**, de 26 de mayo, para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.

Recientemente, la **STC 122/2014**, de 17 de julio, **si bien declara que la LPHE no puede ser canon o parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de una ley autonómica, se sirve de ella para analizar si mediante la misma el Estado establece los "tratamientos generales requeridos para la protección del patrimonio histórico español en general**, entre los que se cuentan los principios institucionales que reclaman una definición unitaria, todo ello sin perjuicio de que dicha intervención normativa no puede ir más allá de dicho objetivo, puesto que de lo contrario se invadiría la competencia general en la materia que corresponde a las comunidades autónomas que la tengan atribuida estatutariamente".

Pero, además, permite al alto tribunal identificar submaterias estatales derivadas del artículo 149.1.28 y 149.2 CE, que no son básicas, que están reservadas en exclusiva al Estado y que las comunidades autónomas no pueden entrar a regular, caso de la defensa del patrimonio histórico contra la expoliación. Con cita de la STC 17/1991, señala que el concepto de defensa contra la expoliación ha de entenderse como "un plus de protección respecto de unos bienes dotados de características especiales, que se concreta en un conjunto de medidas de defensa que además de referirse a su deterioro o destrucción tratan de extenderse a la privación arbitraria o irracional del cumplimiento normal de aquello que constituye el propio fin del bien según su naturaleza".

A la vista de lo expuesto y con las matizaciones necesarias derivadas de la estrecha relación entre los títulos competenciales afectados, se puede afirmar que la CAPV ostenta competencia suficiente para abordar la regulación proyectada ordenando y regulando el patrimonio cultural vasco, y más precisamente, el "estatuto particular de unos determinados bienes que, por estar dotados de singulares características, resultan portadores de unos valores que les hacen acreedores de una especial consideración y protección, en cuanto dichos valores, y hasta los mismos bienes, son patrimonio cultural" de todos los vascos.

B) Comunidad Autónoma-territorios históricos:

En este caso, la exposición de motivos alude a la distribución interna 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).

En concreto, acude a lo dispuesto por el artículo 6 LTH que otorga, en su párrafo primero, una competencia residual a las instituciones comunes, y señala, en su párrafo segundo, que en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento. Ahora bien, también se cita el artículo 7.b).5 LTH que atribuye a las instituciones forales la competencia de desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las instituciones comunes en materia de conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del patrimonio histórico artístico monumental y arqueológico.

A juicio de la Comisión, **si partimos del concepto cultura, puede extraerse la conclusión de que se trata de una competencia concurrente de las instituciones comunes y los territorios históricos, al igual que sucede entre el Estado y las comunidades autónomas.**

La LTH contempla una acción específica a nivel de Comunidad Autónoma y otra a nivel de territorio histórico, como se deduce del artículo 7.a).12 y 13 LTH que reconocen la competencia exclusiva de los territorios históricos en materia de "archivos, bibliotecas, museos e instituciones relacionadas con las bellas artes y artesanía de titularidad del territorio histórico" y en materia de "creación y mantenimiento de organismos culturales de interés del territorio histórico".

Son la titularidad y el interés del territorio histórico los que dibujan el campo competencial general de los territorios históricos en materia de cultura. Lógicamente, ello supone la competencia general de las instituciones comunes cuando se trata de fijar la política cultural a nivel de la comunidad o, si se quiere, para regular el patrimonio cultural común de todos los vascos.

Ahora bien, la potencialidad del título debe matizarse cuando esos tratamientos generales se proyectan sobre la materia de conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del patrimonio histórico artístico monumental y arqueológico, ya que, aun existiendo esos valores culturales comunes, la LTH ha querido que los territorios históricos también participen en la preservación de citado patrimonio, mediante una competencia de desarrollo normativo y ejecución.

Confluyen, por tanto, **una competencia que podría definirse de concurrencial como la de la cultura, que atiende fundamentalmente al interés, autonómico y al del territorio histórico, acorde con la territorialidad de las competencias y facultades correspondientes a los órganos forales** (artículo 8.5 LTH), **y una competencia que responde al esquema de normativa básica y desarrollo normativo y ejecución, en el que las instituciones comunes se reservan la ordenación fundamental o sustancial en aras a garantizar un común denominador normativo en la materia en toda la Comunidad Autónoma, mientras los territorios históricos deben tener espacio para ejercer su competencia normativa e introducir aquellas regulaciones que consideren convenientes atendiendo los intereses forales en la materia. A esa competencia de desarrollo normativo se suma una genérica de ejecución, lo que incluye la administrativa, incluida la inspección, y la revisora en vía administrativa** [artículo 8.2 c) y d) LTH].

En este caso, no cabría extender indiscriminadamente la competencia en materia de cultura al ámbito de la conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del patrimonio histórico artístico, monumental y arqueológico, ya que hay que tener en cuenta la distribución específica establecida por la LTH, por lo que inicialmente habrá que partir de la citada delimitación que, por otra parte, atribuye importantes facultades a las instituciones comunes, y en su caso, tomar en consideración si la solución del anteproyecto tiene en cuenta que está en juego un interés cultural autonómico, lo cual podría resultar determinante para acoger una formulación hasta cierto punto extrema de lo que deba considerarse básico, en perjuicio de la competencia de los territorios históricos.

La competencia de las instituciones comunes está comprendiendo funciones normativas que aseguren, en lo que es menester, un régimen común uniforme, unas reglas a partir de las cuales los territorios históricos, titulares de la competencia de desarrollo legislativo y de ejecución, puedan ejercerla de forma efectiva [artículo 8.2.a) LTH].

C) Comunidad Autónoma-municipios:

La **Ley 7/1985,** de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), dispone en su **artículo 25.2** que el municipio ejercerá en todo caso, como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas en materia de "a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística", así como la de "Protección y gestión del patrimonio histórico", y "m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales".

El artículo 7 de la LPHE prevé que los ayuntamientos cooperarán con los organismos competentes para la ejecución de esta ley en la conservación y custodia del patrimonio histórico español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Notificarán a la Administración competente cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta ley.

Analizado el artículo 3.4 y el resto del articulado del anteproyecto de ley, la Comisión considera que su contenido es respetuoso con la autonomía local y atiende singularmente a las importantes competencias que en materia de ordenación urbanística ostentan los municipios.

En concreto, destacaríamos que con arreglo al artículo 76 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), los catálogos, definidos como instrumentos complementarios de ordenación urbanística, inventarían e identifican los bienes naturales o artificiales objeto de protección por la ordenación urbanística, recogiendo sus características, precisando, en su caso, la categoría o calificación que les corresponde, de acuerdo con la legislación aplicable, y especificando el plan que contiene las determinaciones reguladoras de su protección.

También debemos subrayar que, **si bien los ayuntamientos, en materia de protección del patrimonio cultural, realizan una labor de colaboración con la Administración de la Comunidad Autónoma y los territorios históricos** (según la STS de 25 de enero de 2000-RJ 2000/662, **los ayuntamientos "sólo son órganos cooperadores y no tienen facultades decisorias, aunque sí están obligados a poner en conocimiento del órgano competente cualquier amenaza, daño o perturbación sobre los bienes** a que se refiere la Ley 16/1985 e incluso a adoptar medidas cautelares, pero no obviamente a decidir… para sustituir al órgano designado por la ley, en materia de ejecución conservación y custodia del patrimonio histórico artístico"), **ostentan trascendentes funciones en materia de urbanismo que inciden sobre la misma.**

En materia de planeamiento, los **artículos 59.2 y 72.3 LSU** contemplan la confección de un plan especial de protección y conservación de los bienes culturales calificados e inventariados, en cuya tramitación y aprobación participan los ayuntamientos. Sobre tales planes el artículo 97.3 LSU dispone:

> Los planes especiales de rehabilitación y los planes especiales de protección y conservación de conjuntos monumentales o inmuebles calificados deberán ser sometidos, una vez aprobados inicialmente, a informe del Departamento de Cultura del Gobierno Vasco, que será emitido en un plazo no superior a un mes, transcurrido el cual se podrá proseguir el trámite. El informe del Departamento de Cultura tendrá carácter vinculante en relación con el régimen de protección establecido en las resoluciones de incoación o calificación definitiva de los inmuebles de interés cultural.

En materia de control, protección y disciplina urbanística cuentan con los instrumentos necesarios para que se hagan efectivos los deberes de los ciudadanos de respetar y contribuir a preservar el paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural, absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos, y, en particular, los deberes de conservación impuestos a los propietarios de los terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones, que forma parte del contenido del derecho de propiedad del suelo [en la actualidad artículos 6.d) y 15 del Real Decreto-legislativo 7/20015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana].

De esa forma, las actuaciones de transformación y utilización del suelo, subsuelo y vuelo objeto de ordenación urbanística quedarán sujetas, en todo caso, como señala el artículo 206.1 LSU, a control de su legalidad a través de: a) la inspección urbanística; b) la autorización y la licencia; y c) las órdenes de ejecución.

El artículo 210.2.b) LSU prevé, por su parte, que a la solicitud de licencia urbanística deberá acompañarse de "las autorizaciones concurrentes exigidas por la legislación que en su caso fuera aplicable".

En materia de conservación corresponde al ayuntamiento la declaración legal de ruina (artículo 201.2 LSU), y a tenor del artículo 201.4 LSU:

> Los inmuebles que se hallen calificados o inventariados con arreglo a la legislación del patrimonio cultural se regirán, en cuanto a su declaración de ruina, por las disposiciones propias de la mencionada legislación y el desarrollo reglamentario de la misma, aplicándose el régimen del presente artículo en cuanto a las cuestiones y determinaciones que no contradigan la mencionada norma protectora.

Sobre tales cuestiones versan los artículos 46 (autorizaciones preceptivas previas a la licencia urbanística), artículo 47 (adecuación del ordenamiento urbanístico, territorial y medio ambiental a la protección cultural) y artículo 51 (declaración de ruina de los bienes culturales de protección especial y media) del anteproyecto.

DCJA 55/2016 pár. 79 a 109

Puede decirse que tiene tres componentes, los nuevos niveles de protección, la inserción en el ámbito de la ley de los bienes inmuebles catalogados, y el patrimonio inmaterial.

La LPCV organiza la protección del patrimonio cultural vasco sobre dos categorías, los bienes culturales calificados y los inventariados, mientras que el anteproyecto opta por distinguir los bienes culturales de protección especial, de protección media y de protección básica (artículo 8 del anteproyecto).

Dejando a un lado los bienes culturales de protección básica, sobre los que nos ocuparemos más tarde, cabe pensar que estamos ante una simple cuestión terminológica sin importancia, ya que de la lectura de la disposición adicional primera fácilmente se concluye que **los bienes culturales calificados pasaran a tener la consideración de bienes de protección especial, mientras que los bienes inventariados recibirán el tratamiento de los bienes culturales de protección media.**

Pero no podemos dejar de advertir que, parafraseando a la STC 122/2014, *mutatis mutandi*, **el patrimonio histórico vasco está formado por los bienes del patrimonio histórico español radicados en la Comunidad Autónoma, "de modo que aquel es parte integrante de este y no un conjunto autónomo y distinto"**. Esa coincidencia le lleva a sostener que **es aplicable la definición unitaria del artículo 1.3 LPHE conforme al cual los bienes "más relevantes" deberán ser inventariados o declarados de interés general, lo cual no vacía las competencias estatutarias pues el legislador autonómico podrá disponer de otras figuras de protección y, además, respecto de esas dos categorías podrá realizar la declaración formal y precisar las condiciones que rigen su declaración** "siempre que en este último respeten la determinación genérica recogida en el artículo 1.3 LPHE".

Es más, según la sentencia, con respecto a esa definición genérica y esencial de tales categorías, **la precisión o concreción que incluya el legislador autonómico no podrá interferir en la caracterización estatal de los bienes culturales como los más relevantes**, lo que a juicio del tribunal ocurría cuando, en vez de tal concepto, se empleaba el de "valor excepcional".

Es evidente que entre los calificados y los inventariados existe una graduación; siendo todos ellos relevantes son más relevantes los calificados, por lo que, pese a las dudas que suscita la sentencia que comentamos, **la distinción del artículo 8.1.a) y b) entre los "más sobresalientes" y los "relevantes" no es contradictoria con la definición unitaria estatal.**

DCJA 55/2016 pár. 142 a 147

El artículo 40 **regula los derechos de tanteo y retracto que ostenta la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco en los supuestos de transmisiones intervivos onerosas, voluntarias o derivadas de un procedimiento de ejecución patrimonial de los bienes culturales de protección especial.**

No se trata aquí del establecimiento de una norma de orden civil (que se encuentra circunscrita al marco de la competencia atribuida a la CAPV por el artículo 10.5 EAPV) sino de **la extensión a través de la legislación administrativa a un supuesto incardinado en la competencia estatutaria de institutos ya recogidos en el derecho civil, sin modificarlos, posibilidad admitida por el Tribunal Constitucional** en varias sentencias. Así, la Sentencia 28/2012, FJ 4, *in fine*, afirma que:

En tal sentido existe ya una consolidada doctrina constitucional que ha sido sintetizada en la STC 207/1999, de 11 de noviembre (FJ 5). En ella declaramos que, no obstante la regulación del derecho de retracto corresponde a la competencia exclusiva del Estado en cuanto que tal derecho es parte integrante de la legislación civil, se reconoce también, como previamente en las SSTC 170/1989, de 19 de octubre, y 102/1995, de 26 de junio, que ello no excluye que el derecho de retracto pueda «constituirse en favor de las Administraciones públicas para servir finalidades públicas con adecuado respaldo constitucional, siendo en tal caso regulados por la correspondiente legislación administrativa, e insertándose en las competencias de titularidad autonómica cuando las comunidades autónomas haya asumido en sus Estatutos competencias normativas sobre la materia en que dichos derechos reales se incardinan».

DCJA 55/2016 pár. 216 a 217

VII. Sanidad interior (art. 18 EAPV)

La ubicación material de la norma proyectada en el ámbito de la sanidad es clara. Es, por ello, el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV), que atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en dicho ámbito, el soporte competencial de aquella. De acuerdo con la atribución competencial estatutaria, en su ejercicio debe tener presente la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.16ª de la Constitución (CE) en materia de "Bases y coordinación general de la sanidad".

En una doctrina que se observa constante (así, SSTC 1/1982 de 28 de enero; 69/1988, de 19 de abril; 102/1995, de 26 de junio; 197/1996, de 28 de noviembre; 223/2000, de 21 de septiembre, 188/2001, de 20 de septiembre, 126/2002, de 23 de mayo; 24/2002, de 31 de enero; 37/2002, de 14 de febrero, 1/2003, de 16 de enero y 151/2014, de 25 de septiembre), **el Tribunal Constitucional sostiene que el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de sanidad interior descansa esencialmente en dos nociones.**

Las "bases", marco o denominador común, de necesaria vigencia en todo el territorio nacional, que delimita la competencia estatal, al mismo tiempo que determina el punto de partida y el límite a partir del cual la Comunidad Autónoma ejerce su competencia; y la "coordinación general", definida por su finalidad: integrar la diversidad de partes o subsistemas en el conjunto o sistema para evitar contradicciones y reducir disfunciones (entre otras, SSTC 42/1983, de 20 de mayo y 80/1985, de 4 de junio).

Siendo estos los perfiles competenciales, ninguna duda cabe albergar sobre la competencia autonómica para el dictado de una norma como la proyectada.

No obstante, de acuerdo con los parámetros señalados, se trata ahora de indagar si existe un punto de partida o límite que pueda limitar su contenido y, en su caso, el alcance de tal condicionamiento.

A) El marco básico

Como el proyecto versa sobre el establecimiento de medidas para garantizar la seguridad de las personas que reciben asistencia sanitaria, el principal referente normativo estatal a estudiar es la Ley 16/2006, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de la Salud (LCCSNS), dictada, de acuerdo con su disposición final primera, "al amparo del art. 149.1. 1ª, 16ª y 17ª de la Constitución que atribuye al estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad y régimen económico de la Seguridad Social".

Según declara su exposición de motivos, **la calidad es uno de los objetivos a cuyo través se asegura a los ciudadanos el derecho a la protección de su salud, objetivo en el que se inserta asimismo las medidas de seguridad**. Es, por tanto, lógico que la ley contenga "normas aplicables a todo el sistema sanitario español, no sólo a la sanidad pública, en la medida en que por imperativo del artículo 43.2 de la Constitución, incumbe también a los poderes públicos ejercer un control sobre la sanidad privada, en relación con las actividades de información, salud pública, formación e investigación y en materia de garantías de seguridad y de calidad". Más adelante, al sintetizar el contenido del capítulo I –prestaciones del Sistema Nacional de Salud–, de nuevo, tras insistir en la importancia de su garantía ("el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía"), se destacará como parte de esta "la necesaria extensión de las garantías de

seguridad y de las prestaciones, más allá del ámbito estricto del Sistema Nacional de Salud, a la totalidad del sistema sanitario, incluidos, por tanto, los centros y servicios privados".

El traslado de tales ideas a la parte dispositiva se traducen, a lo que interesa a nuestro examen, en una serie de preceptos con una relación directa con el proyecto examinado.

El artículo 27 (garantías de seguridad) remite a un real decreto la determinación, con carácter básico, de las garantías mínimas de seguridad y calidad acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud exigibles para la regulación y autorización por las comunidades autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios; requisitos mínimos que podrán ser completados por las comunidades autónomas.

Ello ha supuesto el dictado del **Real Decreto 1277/2003**, de 10 de octubre, que establece las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios (asimismo, de carácter básico).

El artículo 29 (ámbito de las garantías de seguridad y calidad) expresamente determina que "las garantías de seguridad y calidad son aplicables a todos los centros públicos y privados independientemente de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento, siendo responsabilidad de las administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento".

El artículo 59 determina que la mejora del sistema "debe presidir las actuaciones de las instituciones sanitarias tanto públicas como privadas" y, entre los elementos para conseguir dicha mejora, prevé expresamente "el registro de acontecimientos adversos, que recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente".

Integra también el marco básico con incidencia en la iniciativa, la **Ley 41/2002**, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, íntegramente declarada básica, de acuerdo con el artículo 149.1. 1ª y 16ª CE (disposición adicional primera).

De dicha norma legal tienen relevancia para la iniciativa, con carácter general, la regulación sobre el derecho a la información de los pacientes y, más específicamente, los deberes de reserva y confidencialidad de los profesionales que intervienen en la actividad asistencial respecto de la información y documentación clínica de los pacientes, así como la obligación de los profesionales sanitarios de cumplimentar los protocolos, registros, informes, estadísticas y demás documentación asistencial o administrativa que guarden relación con los procesos clínicos en los que intervienen y los que requieran los centros y servicios de salud (artículo 23).

El contraste de la regulación proyectada con el marco básico que se desprende de las normas citadas es positivo. La iniciativa resulta compatible con la garantía "de un sistema normativo sanitario nacional" y es legítimo ejercicio de la facultad de la CAPV para dictar normas "dirigidas en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador" (entre otras muchas, SSTC 22/2012 y, la antes citada, 151/2014, de 25 de septiembre).

DCJA 54/2016 pár. 54 a 68

Capítulo 5. ÁREAS

I. Administración Pública

A) Administración electrónica

En lo que interesa a nuestro examen, la LPAC, al regular la obligación de resolver y el cómputo del plazo para ello,ya no contempla el *dies a quo* a partir de "la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación" como hacía el artículo 42 LRJPAC –en la modificación que del mismo realizó la Ley 4/1999, de 13 de enero–.

El artículo 21.3.b) LPAC alude para los procedimientos iniciados a solicitud del interesado a "**la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación**".

El artículo 16.4 LPAC, por su parte, admite que los interesados presenten los documentos en: (i) el registro electrónico de la Administración u Organismo al que se dirijan (y restantes registros electrónicos de las entidades contempladas en el artículo 2.1); (ii) las oficinas de Correos; (iii) las representaciones diplomáticas u oficinas consulares; (iv) las oficinas de asistencia en materia de registros, y (v) los otros lugares que establezcan las disposiciones vigentes.

El proyecto, en el artículo 7, última frase del párrafo 4, señala: "En este último supuesto, [presentación de la solicitud ante los órganos del artículo 16.4 LPAC] la tramitación de la solicitud y los efectos de la inscripción solo se producirán respecto de la documentación que haya tenido entrada efectiva en la Delegación Territorial correspondiente, y desde la fecha en que haya tenido acceso a la misma".

Al margen de que la expresión "entrada efectiva en la Delegación Territorial correspondiente" resulte oscura para hacer depender de ello la tramitación de la solicitud, que ese mismo momento sea el que se tenga en consideración para el cálculo del plazo para resolver sobre la solicitud, esto es para practicar las inscripciones y de los efectos de no producirse, plantea problemas interpretativos en relación con lo dispuesto en el artículo 21.3.b) LPAC.

Conforme a dicho precepto, como hemos señalado, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado –que son los que contempla mayoritariamente el proyecto– el plazo máximo para resolver se contará desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro electrónico de la Administración General de la Comunidad Autónoma.

Esta previsión encuentra sentido en el nuevo marco legal, que contempla la obligación de que todas las administraciones cuenten con un registro electrónico general. **En estos no habrá diferencia temporal alguna entre la fecha de entrada en el registro general de cada Administración y en el de sus distintos órganos (aunque la opción de presentación en Correos y en las oficinas en el extranjero, parece seguir requiriendo una previsión específica).**

Pero, en todo caso, hasta que los registros de las administraciones públicas se adecuen plenamente a lo que establece la LPAC, el sistema de la LRJPAC puede y debe seguir temporalmente operativo.

Considera la Comisión que así puede colegirse del régimen transitorio que establece la LPAC.

La disposición final séptima (entrada en vigor) determina: "No obstante, las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónicos producirán efectos a los dos años de la entrada en vigor de la Ley".

Esta es la que, a su vez, motiva que en la disposición derogatoria, tras el listado de normas afectadas, se introduzca una matización: hasta que produzcan efectos las previsiones de la citada disposición final séptima, "se mantendrán en vigor los artículos de las normas previstas en las letras a) [Ley 30/1992, de 26 de noviembre], b) [Ley 11/2007, de 22 de junio y g) [Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio] relativos a las materias mencionadas".

El alcance de dicha previsión en la **cláusula derogatoria** (en contra de lo que exigiría su carácter de excepción a la derogación total de dichas normas) no queda definido con la claridad deseable. No obstante, **la Comisión considera que cabe interpretar que, en tanto no exista en la Administración General de la CAPV un registro electrónico general con las características establecidas en la LPAC (para lo cual dispone de un plazo de dos años), pue-**

de sostenerse que uno de los aspectos de la LRJPAC incluidos en la excepción derogatoria es el relativo al cómputo de la fecha de entrada en el registro del órgano competente para resolver las solicitudes presentadas en papel, en los registros no electrónicos.

Cuestión distinta es la forma en que debe plasmarse en el proyecto la previsión de esta posibilidad, ya que, en principio, de acuerdo con el régimen general de la LPAC, la regulación proyectada tendría un carácter transitorio, en tanto se pone en marcha el sistema de registro electrónico que la LPAC contempla.

Por ello, tomando en consideración la vocación de permanencia en el ordenamiento del proyecto, se somete a la consideración del órgano redactor la conveniencia de recoger el carácter transitorio de las previsiones analizadas y consignar en la parte general la fórmula de la LPAC.

Unida a esta consideración, y por las mismas razones, deberá ajustarse el contenido del artículo 22 (admisión de la solicitud), en tanto vuelve a anudar la fecha de presentación de la solicitud con el momento de presentación en la delegación territorial correspondiente, y del artículo 27.1, en la medida **en que establece el inicio del cómputo del plazo máximo de tres meses para resolver** "desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Delegación Territorial competente para resolver".

DCJA 218/2016 pár. 100 a 114

B) Cargos públicos

Antes de iniciar el examen de esta cuestión conviene realizar un somero acercamiento al fenómeno de los **códigos éticos, deontológicos** o similares que de un tiempo a esta parte forman parte de los elementos organizativos tanto en las organizaciones públicas como privadas.

Mucho se ha escrito sobre la naturaleza jurídica de los códigos éticos o de conducta, si bien, derivado de su particular contenido, no ha sido fácil concluir el carácter que ostentan. Los códigos se han configurado como elementos destinados a reforzar la legitimidad de los cargos públicos y manifestar su compromiso con la transparencia y el buen gobierno.

Son normas singulares en las que parte de su contenido viene inducido o es reproducción de las obligaciones establecidas en la legislación vigente y otra parte tiene un contenido más ligado a la actuación y comportamiento de las personas en el ejercicio de los cargos públicos o, incluso, en otros aspectos de su vida.

Dentro de su contenido se incluyen principios de conducta y buen gobierno, valores, reglas de comportamiento y actuación o, incluso, compromisos de alineación estratégica con las políticas y objetivos de la organización. Se podría afirmar que contemplan obligaciones añadidas a las propias normas, estableciendo la observancia de unas determinadas pautas que caracterizan el modo de ejercer la función pública. Todo ello con el objetivo de recuperar el prestigio y la confianza del desempeño de los cargos públicos ante la ciudadanía.

Así, mientras en determinados aspectos tienen un carácter jurídico, en otros, en cambio, no lo son. Son una especie de híbrido ante el que determinados autores han manifestado que nos encontramos ante una nueva categoría del derecho al que han denominado "ética Jurídica".

En todo caso, una de sus características principales es que son normas que no suelen contener unas consecuencias jurídicas del comportamiento o de los actos, sino que detallan, aconsejan, reclaman o exigen el comportamiento mismo.

Es decir, **en general, los códigos no tienen un carácter vinculante; el incumplimiento de determinadas pautas tendrá consecuencias jurídicas en tanto en cuanto esas actuaciones puedan enmarcarse en alguno de los tipos sancionadores que la legislación ha establecido. En otros casos, sus consecuencias estarán más ligadas al ámbito político, en el sentido de que la no observancia de dichos comportamientos podrá generar una pérdida de confianza en el cargo público.**

Derivado de esta consideración de los códigos éticos, **salvo alguna excepción, han sido considerados actos de carácter político cuyo objetivo es establecer la adquisición de un compromiso en el cumplimiento de los principios éticos y normas de conducta que recogen.**

En este sentido, **su aprobación ha tenido lugar mediante actos ejercidos por la autoridad que goza de tal potestad en cada organización.** Por ello, se han seguido en su aprobación los procedimientos que al efecto dispone cada institución **al margen de los de elaboración de disposiciones de carácter general.**

A pesar de ello, este tipo de disposiciones tienen un carácter orientador o informador, sirviendo de criterios interpretativos a la hora de aplicar las disposiciones sancionadoras que prevean su incumplimiento.

Y en esta línea de profundizar en su dimensión de normas jurídicas, debe apuntarse que **las últimas tendencias legislativas tienden a elevar a rango legal las actuaciones enmarcables en el ámbito de la conducta y el buen gobierno de los cargos públicos**. Así, por ejemplo, la citada LTBG, que acogía los principios de buen gobierno, o la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del alto cargo en la Administración General del Estado, que somete su ejercicio a la observancia de los principios de buen gobierno y conducta que establece, y expresamente contempla la derogación del Acuerdo que aprobó el Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y los altos cargos de la Administración General del Estado.

El proyecto, a lo largo de su **capítulo III** desarrolla las previsiones relativas al Código de ética y buen gobierno y a la Comisión de Ética Pública. Así, contempla el procedimiento de adhesión al mismo –artículo 12–, el procedimiento de consultas a la comisión –articulo13–, los acuerdos adoptados por la misma –artículo 14– y el sistema de seguimiento y evaluación del código –artículo 15–.

Cabe recordar que el Código de ética y buen gobierno de la Administración General e Institucional de la CAPV tuvo una génesis previa a la propia LRCCCP. El primer código ético fue aprobado por el Consejo de Gobierno, en su reunión de 10 de mayo de 2011, que fue publicado en el BOPV nº 102, de 31 de mayo, mediante Resolución 23/2011, de 11 de mayo, de la Directora de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento.

Posteriormente fue sustituido por un nuevo Código ético y de conducta, mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 28 de mayo de 2013, que fue publicado en el BOPV nº 105, de 3 de junio, por Resolución 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento.

Según se manifiesta en su exposición de motivos:

> El Código ético y de conducta pretende identificar cuáles son las conductas y comportamientos exigibles de aquellos cargos públicos que forman parte de la Alta Dirección Ejecutiva del Gobierno Vasco con el objeto de que sus acciones, tanto públicas como privadas, estén en correcta consonancia con tales valores, principios y estándares de conducta previamente fijados en ese documento.
>
> No se trata, a diferencia de otros documentos de este mismo carácter, de un Código declarativo o sin efectos reales, puesto que si se acredita un incumplimiento se activa un sistema interno de seguimiento que puede terminar con el cese de la persona en el puesto de trabajo que ocupe o, en su caso, con la formulación de recomendaciones a los órganos competentes para que se corrijan las desviaciones producidas. Se prevé un sistema de adhesión individual.

El código se constituyó "como un complemento de la legislación sobre la materia, esta actuación se considera parte de una acción más amplia dirigida a elaborar o modificar la normativa que sobre régimen de incompatibilidades, conflicto de intereses y buen gobierno se realice por la proposición de Ley que se encuentra en estos momentos en tramitación parlamentaria".

El código ético fue completado mediante Orden de 6 de septiembre de 2013, del Consejero de Administración Pública y Justicia, sobre procedimiento para la adhesión individual al Código ético y de conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Posteriormente, la meritada proposición de ley cristalizó en la ya reiterada LRCCCP, cuyo capítulo II, denominado "Principios generales que rigen el código de conducta de los cargos públicos", estableció en su artículo 11, titulado "Código de ética y buen gobierno", que "Los principios de actuación y conducta regulados en los artículos 5, 6, 7 y 8 de esta ley serán recogidos y desarrollados en la elaboración de un código de ética y buen gobierno, al que se le dará máxima difusión y publicidad y al que se le dotará de un sistema de adhesión así como de un sistema de seguimiento".

Como consecuencia de la publicación de la ley, mediante Acuerdo de Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2015 –que fue publicado en el BOPV nº 105, de 3 de junio, por Resolución 13/2015, de 28 de marzo, del Director de la

Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento– se modificaron los apartados 2.1, 3.1, 3.2 y 16.4 del código para adaptarlo a los dictados de la ley.

Así las cosas, al emprender el examen de este contenido del proyecto, **la Comisión considera necesario sopesar**, en primer término, **si con el marco existente referente al Código ético y de conducta se encuentra satisfecha la necesidad de desarrollo requerida por la ley o, por el contrario, se requiere la intervención de un reglamento ejecutivo que desarrolle un nuevo código de ética y buen gobierno.**

La Comisión considera que **en el caso de la LRCCCP parece haber primado una concepción del código como un instrumento más al servicio del objetivo de reforzar el compromiso de los cargos públicos con los principios éticos y normas de conducta que recoge. Pero al que no ha querido dotarse de la fuerza vinculante propia de las normas jurídicas.**

Así deriva, a juicio de la Comisión, del propio literal del artículo 11 LRCCCP, que no contempla el habitual desarrollo reglamentario sino que alude expresamente al instrumento "código de ética y buen gobierno, al que se le dará máxima difusión y publicidad y al que se le dotará de un sistema de adhesión así como de un sistema de seguimiento".

Esto es, mantiene la especificidad del mecanismo tanto en su aspecto formal (elaboración y publicidad –distintas de las propias de las disposiciones de carácter general–) como en su aspecto material, deberá contener las reglas éticas y de buen gobierno, un sistema de adhesión y un sistema de seguimiento.

Podría, sin duda, haber sido otro el modelo, pero la LRCCCP parece haber optado por preservar la configuración del Código de ética y buen gobierno existente antes de su dictado.

A esa misma concepción respondería la última actuación del Gobierno sobre el Código de ética y comportamiento (el antes citado Acuerdo de Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2015), que en su parte expositiva expresa que "el Código no tiene, en sí mismo, valor normativo, salvo por las consecuencias que potencialmente se puedan anudar a su incumplimiento o porque las conductas establecidas puedan servir de elemento interpretativo de los tipos de infracciones que, en su caso, se establezcan en las leyes".

Así las cosas, **la coherencia y la seguridad jurídica recomiendan que todos los aspectos que el artículo 11 de la ley ubica en el ámbito del código ético y de buen gobierno sean abordados en este y no incluirlos en el proyecto de reglamento ejecutivo porque ello confunde sobre la naturaleza de aquel y las consecuencias jurídicas.**

Por ello, se considera que el **artículo 12** (procedimiento de adhesión), apartados 1 a 3, es contenido propio del Código y no debe figurar en el proyecto.

El apartado 4 podría mantenerse al referirse a la puesta a disposición de la ciudadanía de la relación de personas cargos públicos adheridas al código ético y de conducta, de acuerdo con lo que al efecto en él se disponga.

De otro lado, **la misma coherencia y seguridad jurídica podría reclamar que el proyecto, en tanto desarrollo de la LRCCCP,** contuviera una mención (preferiblemente en la parte final) **al citado código y al órgano competente para su aprobación.**

No es cuestión de este dictamen el análisis de la adecuación del vigente Código ético y de conducta a los dictados de la ley, ni su vigencia, ya que ello desbordaría la misión encomendada. Ahora bien, derivado de todo lo manifestado anteriormente, **parece adecuado considerar que la elaboración del modelo de código de ética y buen gobierno, en desarrollo de la propia ley, correspondería ser abordado por el Consejo de Gobierno**.

DCJA 163/2016 pár. 115 a 144

Así, el capítulo IV establece las obligaciones de la persona cargo público al inicio de la prestación de servicios. Su **artículo 16** dispone, **con carácter imperativo, la necesidad de que el alto cargo preste su "consentimiento al acceso a la información, precisa y necesaria, que obre en otra administraciones por parte del Servicio de Registro de Personal, en concreto de la administración tributaria y de la seguridad social. Consentimiento que una vez otorgado se prorrogara hasta los dos años posteriores a la finalización del servicio como cargo público".**

Esta previsión carece de cobertura legal que lo permita, por lo que su carácter deberá ser potestativo. Esto es, dependerá de la voluntad del cargo público prestar dicho consentimiento para facilitar la labor del Servicio de Registro de Personal; pero también podrá optar por no prestarlo, limitándose a aportar la información necesaria en cada momento. En consonancia, el artículo debería ser reformulado en dicho sentido.

La adecuación de la disposición precedente permitiría el juego a lo previsto en los artículos 36.3, 37.3, 50.2 y 57.f) y j), **sometiendo a la necesidad de consentimiento previo del personal cargo público el tratamiento o acceso a sus datos de carácter personal.**

Es evidente que, de conformidad con la LOPD, **estamos ante datos reservados, los cuales solo podrán ser publicados por ley o mediante consentimiento**, lo cual debería ser así reflejado. Son datos reservados porque también los califica así el artículo 26.3 LRCCCP. El órgano que gestione el registro debe garantizar que solo puedan acceder a tales datos quienes señala la ley. Es más, los que desarrollen funciones de información previa o de instrucción de un expediente sancionador mantendrán "en su actuación el carácter reservado de los datos e informaciones en tanto sea posible para el ejercicio de la función, requiriéndose, en todo caso, resolución motivada para su incorporación a un procedimiento o acto en el que pueda producirse la publicidad de los mismos".

DCJA 163/2016 pár. 158 a 161

C) Función inspectora

Entre las facultades que se atribuyen al personal inspector en el artículo 80 para el ejercicio de las **funciones** previstas en el artículo 79, figura, en primer lugar, en el apartado a) del párrafo 1, la de **acceder a los inmuebles, locales**, establecimientos, instalaciones, anexos y los espacios **donde se realicen actividades turísticas**. **Se puntualiza dentro de ese apartado la necesidad de solicitud previa de autorización judicial para el caso de que el inmueble constituya el domicilio de una persona física o jurídica, y esta no preste consentimiento a la entrada en la misma.**

Resulta interesante a ese respecto dejar constancia de que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la **STC 10/2002**, de 17 de enero, sobre el **derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y sobre lo que se entiende por domicilio en el marco de ese derecho, en una cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el artículo 557 de la Ley de enjuiciamiento criminal**. **Resolvió** el alto tribunal que **ese precepto era contrario al artículo 18.2 de la CE y, por tanto, quedaba derogado, "por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial".**

A los efectos de la garantía constitucional de su inviolabilidad dispensada por el artículo 18 de la CE, el Tribunal Constitucional recuerda en esa sentencia que: I) la **idea de domicilio** no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones; II) que "**el concepto constitucional de domicilio tiene «mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo»** (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F.2; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5), **y no «admite concepciones reduccionistas** [... como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación» (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5)"; y III) que **reside "en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo".**

Según esa sentencia, "**El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquellos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquellos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos**".

A título de ejemplo, se deja constancia en la STC 10/2002 invocada de que, en aplicación de su doctrina general, "hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC

94/1999, de 31 de mayo, F. 5), y, sin embargo, no hemos considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, F. 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, F. 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [STC 76/1992, de 14 de mayo (RTC 1992, 76), F. 3 b)]".

DCJA 9/2016 pár. 379 a 383

El artículo 147 del anteproyecto recoge la atribución "**al Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi del ejercicio de la función inspectora en relación con el cumplimiento de la presente Ley,** sin perjuicio de las funciones inspectoras que corresponden a los distintos departamentos del Gobierno Vasco o a otras administraciones públicas conforme a sus respectivas competencias".

Por su parte, el artículo 154 establece que el Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi se configura como una entidad pública de carácter consultivo y asesor de las administraciones públicas vascas para todos los temas que afectan al cooperativismo. Gozará de personalidad jurídica propia, distinta de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco con plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones, siendo el régimen de su personal el laboral.

Inicialmente cabe señalar que **las facultades de inspección han sido ubicadas entre las potestades administrativas de supervisión de la actividad de los particulares, con el objetivo de que la misma se adecúe a lo previsto en el ordenamiento jurídico**. La inspección se ha considerado tradicionalmente como una **potestad reglada ubicada entre las actividades de policía administrativa**, con un carácter instrumental respecto al sector en el que se despliega.

La potestad de inspección no es equivalente a la potestad sancionadora ya que tiene un carácter más preventivo. Su fin está más ligado al cumplimiento de la normativa o al restablecimiento de la situación legal, de tal manera que se pueda evitar una sanción. No obstante, como han señalado determinados autores, "la cobertura genérica de las facultades investigadoras de la Administración, sin perjuicio de otras más directas y específicas se encuentra en el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora", ex art. 25 CE. Así, también el Tribunal Constitucional ha señalado que **la inspección cumple la función de investigar y documentar el resultado de las averiguaciones, como medio de prueba en un procedimiento posterior, sancionador o, incluso, penal.**

Dado que **la potestad inspectora supone una afección al derecho de los particulares, su configuración debe someterse al principio de legalidad. Se requiere un apoderamiento legal dado que el sometimiento de los ciudadanos a la potestad inspectora supone una restricción a la actuación de los ciudadanos.** Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, "Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes" "y en última instancia, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano" (STC 83/1984 FJ 4º y 182/1997, FFJJ 6 y 7).

Pocas son las referencias a la atribución genérica de la potestad inspectora a la administración pública. Es un campo en que las referencias tanto constitucionales como legislativas circunscriben la potestad a ámbitos sectoriales concretos. No obstante, existen determinados apartados de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, LRJPAC), que atribuyen esta potestad de manera indubitada a la Administración pública. Inicialmente se consideraba residente en el artículo 39.1, referente a la obligación de colaboración de los ciudadanos con la Administración en materia inspectora. No obstante, dicha potestad ha quedado más concretada a raíz de la modificación operada en la LRJPAC por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que introdujo un nuevo artículo 39 bis (que pasará a ser el artículo 4 de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) relativo a los principios de intervención de las administraciones públicas para el desarrollo de una actividad, cuyo párrafo 2º establece lo siguiente:

> Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual podrán comprobar, verificar, investigar e inspeccionar los hechos, actos, elementos, actividades, estimaciones y demás circunstancias que se produzcan.

Esta configuración supone que **la función inspectora constituye el ejercicio de una potestad administrativa que implica ejercicio de autoridad, cuya aplicación y cumplimiento pueden llevarse a cabo incluso coac-**

tivamente, contra la voluntad del sujeto inspeccionado. Es decir, nos encontramos en presencia de funciones que integran el núcleo duro de las responsabilidades de la Administración pública, de funciones propias del tráfico jurídico administrativo a las que le son inherentes una serie de prerrogativas y privilegios. **Lo anterior, en principio, impediría toda posibilidad de delegación en sujetos privados o entidades ajenas a la propia Administración.** Como tal, **se trata de una función que no puede ser objeto de gestión indirecta o contratación con terceros, ni puede llevarse a cabo por sociedades mercantiles de capital público, sin perjuicio de la ejecución de tareas auxiliares de la inspección, donde se puede producir una colaboración**. Además, generalmente, **se trata pues de una función reservada a funcionarios públicos en garantía de la imparcialidad y de los derechos particulares afectados.**

Así se desprende de lo expresado en el artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (EBEP). En el mismo se establece que, "En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca".

Por su parte, el artículo 19 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca, tras establecer que, con carácter general, los puestos de trabajo de las administraciones públicas vasca serán desempeñados por funcionarios públicos, dispone que los puestos adscritos a órganos especiales de gestión, organismos autónomos forales y locales y organismos autónomos mercantiles de la Administración de la Comunidad Autónoma se podrán reservar a personal laboral, salvo que impliquen ejercicio de autoridad, asesoramiento legal preceptivo, fe pública, inspección, control o fiscalización de la gestión económica-financiera por la Administración de la que aquéllos dependan, en cuyo caso se reservarán a funcionarios.

Incluso nuestra Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, deja entrever dicha reserva en su artículo 32.

Sobre el particular merece ser destacada la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea respecto al ejercicio del poder público y su relación con el mismísimo concepto de soberanía. Entre otras, la Sentencia de 29 de octubre de 1998 (Comisión/España, C 114/97) dispone que "el concepto de poder público implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso en contra de la voluntad de los mismos. En particular, el poder público se manifiesta a través del ejercicio de poderes coercitivos".

Ahora bien, tampoco podemos negar que **la Administración**, básicamente **en ámbitos muy técnicos, se está sirviendo de sujetos externos para que le asistan en e**l **ejercicio de las funciones públicas**. Se trata de lo que se ha catalogado como entidades colaboradoras que dentro de la intervención administrativa realizan funciones auxiliares. **Son entidades que no forman parte del aparato administrativo**, **no están investidas de poderes coactivos y a las que no se les traslada potestades públicas.** Además, en su actuación **han de actuar siempre bajo la supervisión de una entidad pública competente y, en todo caso, es el órgano administrativo quien toma la decisión final y la ejecuta.**

La actividad de este tipo de entidades, como hemos manifestado, se suele desarrollar en ámbitos muy técnicos en los que la Administración, a veces, carece de medios propios para dicho cometido. Su actividad es meramente asistencial, de auxilio al ejercicio de una función pública: preparan y facilitan datos objetivos, los contrastan con la normativa de aplicación e informan a la Administración competente respecto de su conformidad o no conformidad con la misma, para que sea esta quien decida.

Por consiguiente, su actividad de comprobación y verificación queda lejos de poder ser considerada como ejercicio de una potestad de un poder público, aunque se le atribuyan determinadas prerrogativas propias de este poder para llevar de forma más eficaz los controles que directamente practican.

En relación con este tipo de **entidades colaboradoras** se ha insistido sobremanera en la importancia de que las mismas adopten una **posición imparcial**, que exista una separación clara entre el inspector-controlador respecto al inspeccionado-controlado, con **la prohibición de que las empresas con interés en el sector sometido a verificación participen activa o pasivamente en las entidades de control.**

Derivado de todo lo anterior, **no podemos considerar adecuada la opción proyectada en el anteproyecto de atribuir a una entidad pública no dependiente de la propia Administración el ejercicio de potestades públicas que a ella le corresponden. Además, incluso en el supuesto de que ello se entendiera como posible, no parece correcto que el desempeño de dichas tareas no se realizara mediante empleados públicos, quebrando el principio de reserva de funciones.**

Pero incluso la posible reformulación para posibilitar que pudiera actuar como entidad colaboradora también albergaría recelos jurídicos al ser una entidad en la que se concitan los intereses de quien pueden ser investigados, incurriendo en un claro conflicto de intereses.

Así, tal y como se manifiesta en la exposición de motivos, **se deberá optar por implantar un servicio específico de inspección cooperativa o atribuir dichas potestades a la Inspección de trabajo, reformulando el contenido del artículo citado.**

DCJA 66/2016 pár. 108 a 125

D) Organización institucional

Así, en la teoría organizativa clásica, cuando hablamos de las diferentes estructuras que se pueden configurar dentro de la Administración General y sus organismos autónomos se suele **diferenciar entre órganos y unidades administrativas**. **Las unidades administrativas** son los elementos básicos de la organización, que pueden ser más o menos complejas, **se crean a través de las relaciones de puestos de trabajo y se integran en un determinado órgano.** Existen, por otra parte, los órganos administrativos que son unidades administrativas a las que **se les atribuyen funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo.** Estas pueden ser de diferente grado según el nivel que ocupen en la escala organizativa, **no estando sujetas al principio de reserva de ley** y correspondiendo a cada Administración establecer las normas que rigen su creación.

Parece evidente que, en nuestro caso, dada la eficacia de los actos de la AVA [Agencia vasca antidopaje] ante terceros, estaríamos ante **un órgano administrativo.** En este sentido, para la creación/reconocimiento de los mismos **se deberían cumplir los requisitos que con carácter básico se recogen en el artículo 11 (apartados 2 y 3) de la LRJPAC**, que son idénticos a los recogidos en el proyecto de Ley del sector público vasco e idénticos a los contenidos en el artículo 5 de la próximamente vigente LRJSP, siendo los siguientes:

- Determinación de su forma de integración en la respectiva Administración y su dependencia jerárquica.
- Delimitación de sus funciones y competencias.
- Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

En el anteproyecto se ha optado por una fórmula escueta que no satisface de manera completa los requisitos mínimos citados, ni otros que, derivados de los anteriores, se antojan imprescindibles para dotar a la AVA de una mínima seguridad jurídica.

DCJA 5/2016 pár. 98 a 100

E) Órganos colegiados

Cabe realizar, no obstante, alguna observación en cuanto a **la fórmula adoptada para la integración de los miembros en el Consejo.**

El proyecto realiza un loable esfuerzo para concretar los criterios para designar a los miembros del Consejo, tanto en el ámbito de la representación de la Administración, como en el de la sociedad civil. Sin embargo, **elimina toda referencia al nombramiento de sus miembros, limitándose a establecer la fórmula o el criterio de designación. Con ello, se dice, se ha tratado de simplificar el sistema de designación, suprimiendo la necesidad de nombramiento, a los efectos de establecer un procedimiento más ágil y eficaz.**

En torno a esta cuestión debemos recordar que el proyecto que dio lugar al vigente Decreto 55/2010, de 23 de febrero, partía de una situación similar, pero fue finalmente modificado incluyendo un régimen de nombramiento precisamente como consecuencia de lo que esta Comisión señaló en su **Dictamen 215/2009**. Decíamos entonces que "**los nombramientos de componentes de los órganos administrativos han de ser hechos por quien tenga autoridad,** normalmente el Consejero titular del Departamento al que el órgano está adscrito, debiendo el proyecto preverlo, y lo que a las organizaciones con interés en participar en el Consejo corresponde son las propuestas correspondientes. Convendría también que se previera el nombramiento de los miembros suplentes".

Esta afirmación no constituye una simple apreciación formal, sino una concreción del régimen jurídico de la Administración. La potestad organizatoria alude al conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas. Aunque en este caso sus funciones sólo sean de orden consultivo o de asesoramiento, y su integración en la estructura de la Administración no es jerárquica, el Consejo no deja de ser un órgano administrativo; de ahí la necesidad de un acto formal de nombramiento, en los términos que adelantamos en nuestro citado dictamen.

La designación y nombramiento de los miembros del Consejo es, como decimos, un proceso sometido al ordenamiento jurídico y, por tanto, susceptible de revisión, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, y sólo puede ser discutido y revisado a través del acto de nombramiento que, forzosamente, ha de ser dictado por un órgano de carácter administrativo, dotado de competencia para adoptarlo.

Esta observación es también trasladable a lo dispuesto en el artículo 7 sobre el cese. El decreto vigente permite el cese a propuesta de la organización o Administración a la que representan, mientras que el proyecto atribuye a esas organizaciones o administraciones el propio cese, algo que supone atribuir a entes de naturaleza privada potestades de naturaleza administrativa.

DCJA 56/2016 pár. 46 a 51

El último cambio importante que pretende introducir el proyecto se refiere al **régimen de adopción de acuerdos**. **Se propone pasar del actual régimen de mayoría simple a un régimen general de mayoría absoluta, que puede convertirse en la necesidad de unanimidad si así lo solicita al menos la mitad de los miembros del Consejo.**

Esta decisión se funda en la trayectoria del Consejo en estos años, en el que se ha establecido como una práctica consolidada la adopción de acuerdos de modo colegiado y por consenso.

En principio, no se aprecia ningún obstáculo en el requerimiento de una mayoría absoluta para la adopción de sus acuerdos. Partiendo de la mayoría simple como el mínimo que requiere la colegialidad, **la amplia capacidad de autoorganización que ostenta la Administración permite adoptar como regla general un régimen de adopción de acuerdos en el que se requieran mayorías más exigentes**. Tampoco cabe descartar, dada la naturaleza y funciones atribuidas al Consejo, que existan supuestos en los que la exigencia de unanimidad se presente como una opción normativa razonable o necesaria, **si bien esta opción sólo tiene sentido entendida desde la excepcionalidad y para supuestos tasados, puesto que, en general, la exigencia de unanimidad puede considerarse refractaria a la actuación colegiada.**

En este contexto, la fórmula del proyecto, por la cual cualquier asunto en el que la mitad de los miembros –se entiende que de derecho– lo solicite, deba ser aprobado por unanimidad, **constituye una posibilidad cuando menos extraña**, desde la perspectiva normativa que estamos analizando.

Puede entenderse, dada la especial sensibilidad de las cuestiones que pueden tratarse en el Consejo, que sus miembros valoren, con el fin de exteriorizar una imagen de unidad, la conveniencia de adoptar algunos de sus acuerdos por unanimidad, pero no se aprecia con la misma nitidez la necesidad, como decimos, de que esa fórmula se plasme normativamente, puesto que tal previsión puede llevar a resultados indeseados que afecten al funcionamiento del Consejo.

En definitiva, **la Comisión recomienda reflexionar sobre esta circunstancia, considerando también la posibilidad de contemplar un régimen excepcional de mayoría cualificada** en el cual, sin llegar a la unanimidad, resulte preciso lograr cierto consenso entre los representantes de las dos facciones –Administración y sociedad civil– con

presencia en el Consejo, como por ejemplo, la exigencia de mayoría en cada una de las dos facciones representadas.

DCJA 56/2016 pár. 52 a 57

En primer lugar, **al fijar los vocales del Consejo en el supuesto de los representantes de las organizaciones representativas de los intereses del sector económico afectado y asociaciones de defensa de las personas consumidoras y usuarias, se indica que serán un máximo de cinco representantes los designados por la persona titular de la dirección competente** en materia de espectáculos, **previa consulta con las entidades más representativas de cada sector**. Se deja, por tanto, **un margen amplio de decisión al titular de esa dirección para determinar el número de los representantes** (con la única pauta de que el máximo son cinco) **y la procedencia de los mismos, dado que en ese grupo se encuentran organizaciones con intereses distintos** (las representativas de los intereses del sector económico afectado, por un lado, y las asociaciones de consumidores y usuarios, por otro).

Para facilitar la designación y garantizar que la presencia de esos dos ámbitos será equilibrada, entiende la Comisión que el proyecto debe fijar con mayor precisión la representación de cada uno de ellos o, en otro caso, ofrecer una explicación –de la que ahora carece el expediente– que justifique a qué responde esa indeterminación.

DCJA 112/2016 pár. 62 a 63

A ese respecto cabe recordar **el criterio que viene manteniendo la Comisión al distinguir el "nombramiento", como acto no equiparable a "designación", que, en ocasiones, puede plantear dudas sobre la forma de perfeccionar la obtención del cargo del representante en el órgano**, conforme a la procedencia de la persona designada. Como venimos señalando, para evitar esas dudas, podría generalizarse la distinción entre dichos términos, a fin de desdoblar los actos de propuesta vinculante de una persona por parte de la entidad representada –designación– y su formalización reglada –nombramiento– por parte, por ejemplo, del titular del Departamento competente.

DCJA 112/2016 pár. 65

El **artículo 10,** sobre indemnizaciones, plantea varias cuestiones interpretativas. En primer lugar, en cuanto a su ámbito, de la literalidad de sus términos ("El cargo de vocal miembro del Consejo… no es retribuido, ni percibirán compensaciones de gastos por parte de la Administración General, por la participación en las sesiones en que formen parte") se colige que resultaría aplicable solo a los que ostenten el cargo de vocal del Consejo, cuando, en principio, debería extenderse a todos sus miembros, ya que no se ha motivado en el expediente lo contrario.

En segundo lugar, la Comisión considera que, con independencia del régimen específico que se quiera establecer –que ha de hallarse justificado y resultar proporcionado–, ha de tenerse en cuenta que puede afectar a personas que ostentan la representación en el Consejo por diferentes motivos y con distintas procedencias, y que, por ello, pueden encontrarse sometidas también a regulaciones específicas, a estos efectos: I) por su condición de altos cargos de la Administración; II) por la de funcionarios al servicio de la Administración; III) por tratarse de personas que representan a otros órganos, entidades, organizaciones o asociaciones.

Además de los anteriores, no puede obviarse que, con arreglo al artículo 3.4 del proyecto, el Consejo puede convocar puntualmente a sus reuniones a otras personas: a otros representantes de las administraciones públicas o de organizaciones representativas de sectores económicos, profesionales o sociales, que no son miembros del mismo, así como a expertos. En cambio, en el proyecto no se contiene previsión específica alguna sobre el resarcimiento de los gastos en que puedan incurrir por esa participación puntual.

De una primera lectura se desprende que el precepto analizado, por el mensaje que contiene, va dirigido a los vocales (por tanto, parte de los miembros del Consejo) que pertenecen a la tercera de las categorías señaladas: a los que representan a entidades, asociaciones u organizaciones que actúan en el ámbito concernido o que representan intereses del sector económico afectado y de defensa de las personas consumidoras o usuarias.

La Comisión no pone reparos a que se disponga que los miembros del Consejo no serán retribuidos por su participación en el mismo y a que la Administración general no compensará los gastos que pueda generar esa participación a los miembros que pertenezcan a otros órganos, entidades, asociaciones u organizaciones como las ya referidas (que, en su caso, podrán ser resarcidos por estas).

Pero no pueden ignorarse las normas que rigen en esta materia para: I) los funcionarios de carrera e interinos, el personal eventual y los funcionarios en prácticas de la Administración General de la Comunidad Autónoma y de la Administración foral y local, que se encuentran sometidos al régimen de indemnizaciones previsto en el Decreto 16/1993, de 2 de febrero, sobre indemnizaciones por razón del servicio, con las especificidades que recoge su artículo 1; y II) **los miembros del Gobierno, altos cargos de la Administración y personal de confianza, a los que les es aplicable la Ley 14/1988,** de 28 de octubre, de retribuciones de altos cargos de la Administración, que regula su régimen retributivo, así como la Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del código de conducta y de los conflictos de intereses de los cargos públicos.

Para los funcionarios que se hallan en su ámbito de aplicación, el Decreto 16/1993 distingue los tipos de indemnizaciones o compensaciones, siendo reseñables como conceptos diferentes, en lo que nos interesa, los gastos (de viaje, comida, alojamiento, dieta por manutención) y la asistencia, que es "la compensación económica que se devenga por la concurrencia a reuniones de órganos colegiados de la Administración y consejos de Administración, la participación en tribunales y la colaboración en actividades formativas" [artículo 4.g)].

Las denominadas "asistencias" se encuentran reguladas en el capítulo V del Decreto 16/1993. Con arreglo a su artículo 20.4, en ningún caso serán de aplicación tales asistencias cuando la pertenencia o participación en un órgano colegiado esté determinada en razón directa del puesto de trabajo desempeñado.

Sin embargo, en cuanto a **los gastos en que se incurra como consecuencia de la participación en tales órganos**, conforme al artículo 4, en relación con el artículo 2.d) del mencionado decreto, **darán origen a indemnización o compensación** (a las personas incluidas en su ámbito de aplicación, ya señaladas) **los gastos de viaje, gastos de comida o, en su caso, de alojamiento,** en las condiciones y con los requisitos que se establecen en ese decreto, y siempre a reserva de la efectiva realización del gasto. En definitiva, si concurren esas circunstancias, se genera el derecho a la indemnización por los gastos en que se incurra, lo que no debe suscitar dudas (como concepto, en su caso, indemnizable, diferenciado de la compensación por la pertenencia al Consejo y concurrencia a sus reuniones).

También se aprecia esa distinción respecto a los miembros del Gobierno y a los altos cargos de la Administración en la Ley 14/1988 y en la Ley 1/2014: se establece para ellos una retribución única, cuya cuantía, que habrá de fijarse por el Parlamento Vasco a través de las leyes de presupuestos, comprende la totalidad de los conceptos inherentes al cargo o puesto; pero, conforme al artículo 3 de la Ley 14/1988, tendrán derecho a ser resarcidos de cuantos gastos se vean obligados a realizar por razón del servicio, previa justificación de los mismos.

En esa línea, el artículo 13.3 de la citada Ley 1/2014 señala que no tendrán la consideración de retribución las cantidades que perciban en concepto de indemnización por los gastos en que hayan podido incurrir en razón del servicio. Y conforme a su artículo 15 ("Compatibilidad con actividades públicas"), el ejercicio de las funciones de cargo público será compatible con otras actividades públicas por las que no percibirán retribución alguna, "con excepción de la indemnización por los gastos en los que hubieren incurrido para el ejercicio de la función de representación encomendada". Entre esas actividades se encuentran el "desempeño de los cargos que institucionalmente le correspondan y de aquellos para los que resulte expresamente comisionado por el Parlamento Vasco, por el lehendakari o por el Gobierno", y "la representación del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco en órganos colegiados (…)".

En definitiva, a modo recapitulativo, **el artículo 10 del proyecto ha de redactarse de forma clara y completa** –preferiblemente, contemplando las distintas situaciones que pueden darse, según se ha expuesto–, **de manera que no suscite ninguna duda en su inteligencia; y, de manera específica, que no sugiera una derogabilidad singular del régimen de compensación por gastos prevista para el personal funcionario en el Decreto 16/1993.**

DCJA 112/2016 pár. 83 a 94

F) Potestad sancionadora

Algunos de los participantes en el proceso de elaboración (entre otros, el Colegio de Enfermería de Álava o el Consejo Económico y Social) han sugerido la necesidad de completar **las previsiones sancionadoras del proyecto que se condensan en el artículo 11, en la forma siguiente**: "El incumplimiento de lo establecido en el presente decreto constituirá infracción administrativa en materia de sanidad y será objeto de sanción administrativa, previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con lo previsto en el capítulo segundo del título VI de la Ley 8/1987, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi".

De acuerdo con la mejor doctrina constitucional, **las exigencias ínsitas en la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora (artículo 25.1 CE) están orientadas a asegurar una adecuada predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes**. **Ello conlleva para el normador la obligación de delimitar tales extremos con la mayor precisión posible** a fin de que los ciudadanos puedan conocer de antemano y con certeza el ámbito de lo proscrito y prever las consecuencias de sus acciones. Se trata de evitar las formulaciones abiertas cuya amplitud, vaguedad o indefinición supongan en la práctica que la efectividad del régimen sancionador dependa de una decisión prácticamente libre del intérprete y juzgador (entre otras muchas, SSTC 100/2003, 26/2005, 242/2005).

Es cierto que, en el caso, **contamos con una tipificación de conductas infractoras y de sanciones en la LOSE** (artículos 35 y 36) que, como expresamente declara, completa y desarrolla la establecida en la Ley estatal 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad. Pero también lo es que **la generalidad de dichas tipificaciones que se proyectan sobre un amplio espectro de actividades, junto al indudable carácter novedoso de la regulación proyectada y la forma en que se contemplan algunas de las exigencias, recomiendan hacer uso de la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a los reglamentos para acometer el desarrollo y precisión de los tipos infractores predeterminados en la ley, cuando –como aquí sucede– no se vislumbran con la certeza exigible las conductas que pueden ser objeto de sanción ni el grado de reproche que estas podrían merecer.**

DCJA 54/2016 pár. 108 a 110

II. Cooperativas

El anteproyecto, tal y como se refleja en las memorias del mismo, ha incorporado los aspectos sustanciales relativos al gobierno corporativo derivados de lo establecido en la Ley estatal 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. Entre sus novedades destaca la establecida en el artículo 49 **del anteproyecto,** dedicado a la responsabilidad de los administradores. En el mismo se establece **la responsabilidad de "los administradores**, siempre que haya intervenido dolo o culpa, de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo, que deberá estimarse con más o menos rigor en función del carácter retribuido o no del mismo".

Para que exista responsabilidad, en este tipo de supuestos, se necesita la concurrencia del ejercicio de su cargo, **la producción de un daño mediante un comportamiento ilícito y la existencia de una relación de causalidad entre ambos, lo que provocará la responsabilidad de los administradores ante el daño causado.**

Este supuesto, derivado de la Ley 31/2014, ha sido matizado en el texto. Así**, el inciso final del artículo pretende introducir una limitación o graduación de las responsabilidad unida a la mayor o menor profesionalización del desempeño del cargo. Una especie de atenuante o exoneración basada en el binomio retribución *versus* gratuidad.**

Según la teoría general de las obligaciones la responsabilidad está basada en el deber de actuar con una diligencia adecuada en el cumplimiento de las funciones. Esta obligación se recoge en el artículo 48 del texto, al establecer los deberes de los administradores. Así, dispone que deberán actuar en sus funciones con la diligencia de un ordenado empresario, desempeñando su cargo con lealtad y obrando de buena fe.

Esta exigencia se realiza con independencia de que el cargo se desempeñe de manera retribuida o no. Así, a la hora de establecer las obligaciones de los administradores, estas son idénticas para todos ellos. Se les supone una conducta adecuada a la buena fe y que, en la gestión de sus atribuciones, emplean la diligencia debida, debiendo

ser conocedores del funcionamiento de la cooperativa, en virtud de su deber de información, suponiéndosele una dedicación adecuada al cargo para cumplir sus obligaciones.

Puede resultar adecuado traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de julio de 2002, en la que se manifiesta que:

> En general, la conducta de los miembros del Consejo Rector adolece de graves anomalías en el cumplimiento de sus obligaciones como administradores, puestas de manifiesto en la sentencia recurrida, sin que los exonere la circunstancia de que se trata «de agricultores, miembros además de una cooperativa de base, personas poco acostumbradas a la actividad comercial o mercantil propiamente dicha, que acuden a las reuniones periódicamente, sin actuar en el día a día de la Cooperativa, con más voluntad que otra cosa y sin posibilidad, muchas veces, de conocer el funcionamiento real de la entidad, funcionamiento llevado a cabo por Directores o Gerentes comerciales en los que se delegaban las funciones», como se expone en el motivo, pues lo cierto es que no actuaron con la más elemental prudencia exigida a un administrador. (...)

Otra cuestión es que, derivado de la variabilidad de la diligencia empleada y de las circunstancias que en su producción pueden concurrir, la responsabilidad misma puede ser matizada tras su nacimiento. Si bien, en este capítulo debemos entender que en el ejercicio de la acción de responsabilidad la modulación de la misma entra dentro del arbitrio judicial. Así, el artículo 1.103 del Código Civil indica que "la responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones, pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

Por tanto, **el criterio de la integridad de la reparación no es un concepto absoluto, admitiéndose la posibilidad de que sea moderada en virtud de las circunstancias concurrentes, derivadas, en nuestro caso, principalmente de la intensidad de la culpa, dependiendo ello de la facultad discrecional del juzgador. Sin embargo, la introducción en el texto de un factor de variabilidad en función de la onerosidad del cargo es una circunstancia que puede resultar excesivamente problemática en su aplicación.**

El apartado segundo del mismo artículo establece **una presunción en el caso de que se haya probado la ilicitud de la conducta.** Inicialmente, **el establecimiento de una presunción de culpabilidad, cuando el acto sea ilícito, sin admitir prueba en contrario, parece vulnerar el principio general de presunción de inocencia que establece el artículo 24 de la CE.**

Las presunciones son consideradas medios de prueba que se definen como "el resultado de una operación lógica, mediante la cual partiendo de un hecho conocido se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto". Inicialmente el Tribunal Constitucional venía aceptando una cierta extensión del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos civiles y laborales, STC 81/1988 de 28 de abril. Sin embargo, esta jurisprudencia cambia con sentencias como la 30/1992, de 18 de marzo, donde se establece que "debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisprudencia laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar aplicable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal".

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de noviembre de 1985, estableció que la presunción de inocencia que establece el art. 24, CE, que es consustancial al Estado de derecho que proclama, hay que ponerlo en relación con todo el conjunto del ordenamiento jurídico en vigor y, en consecuencia no se vulnera, cuando existe una norma específica que, de por sí, establezca presunción legal de culpabilidad civil con posible proyección posterior penal.

Tal y como se afirma en el artículo 385 de la Ley de enjuiciamiento civil, las presunciones legales dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. El efecto general, en el ámbito de la presunción, que genera es la inversión de la carga de la prueba. De esta manera, la parte no favorecida por la presunción podrá argumentar en contra de la misma para desvirtuarla. El propio artículo establece que "las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba".

Sin embargo, **la presunción *iuris et de iure* encierra una certeza que descarta la probabilidad, es una norma imperativa que no puede ser discutida, no hace falta probarse ni se admite prueba en contrario**. Al no admitir

desvirtuación alguna constituye auténtica ficción o creación jurídica, habida cuenta que consagra una situación jurídica incontestable.

Son diversos lo[s] ejemplos existente[s] de este tipo de presunciones, sobre todo en el mundo mercantil. Ahora bien, el establecimiento de un tipo determinado de presunción está basado en ciertas consideraciones en las que influyen factores tales como el tipo de acto, la inexigibilidad de la deuda, el factor temporal, etc. En todo caso, lejos de contener las citadas normas mercantiles unas presunciones *iuris et de iure* generales, lo que realizan es tipificar normas de calificación de conducta y comportamiento que, al concurrir, determinan necesariamente la presunción. Son supuestos excepcionales por considerarse indubitables. Más aun, con carácter general la mayoría de las presunciones existentes en dicha normativa son *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario.

Por establecer un parangón con la normativa de la que trae origen, cabe señalar que en la Ley 31/2014 las presunciones admiten prueba en contrario.

Finalmente, manifestar que el texto del anteproyecto, en el mismo apartado, extiende la presunción a cualquier conducta ilícita. Dicha cuestión tiene un tratamiento diferente en la Ley 31/2014, que limita la presunción a los supuestos de actos contrarios a la ley o a los estatutos, sin incluir los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo.

Por ello, **convendría reflexionar sobre la conveniencia de extender a todos los supuestos la presunción de culpabilidad ya que muchas de las actuaciones de los administradores pueden generar un daño a la cooperativa, pero las mismas no suponen una actuación al margen de las obligaciones del cargo y carecen de relevancia a efectos de culpa, al formar parte de la esfera de su libre decisión. En todo caso, en este tipo de supuestos sería más conveniente preservar las reglas de la carga de la prueba, debiendo la parte denunciante probar que los administradores no han empleado la diligencia debida, pero en ningún caso al revés.**

DCJA 66/2016 pár. 127 a 143

El **artículo 145 reconoce como agente social a la Confederación de Cooperativas de Euskadi en su interlocución, representativa del conjunto del cooperativismo vasco.**

Tal y como indica el artículo 153.2 del texto, cuando una confederación agrupe, al menos, al sesenta por ciento de las federaciones de cooperativas de Euskadi registradas se denominará confederación de cooperativas de Euskadi.

El concepto de agente social deviene de lo establecido en el artículo 7 de la CE, que reconoce ese papel a los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales al entender que contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Además, a través del artículo 131.2 establece la participación de los sindicatos y de otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la planificación económica.

Es evidente que, en los últimos años, los agentes sociales han ido adquiriendo mayor protagonismo en el diseño, no solo de las políticas más ligadas al campo laboral, sino también en otro tipo de políticas sociales, sectoriales e, incluso, económicas. Además, han ido surgiendo otro tipo de colectivos que por sus intereses han entrado a formar parte del círculo de influencia en la vida social y económica.

Ahora bien, circunscrito a nuestro análisis, conviene puntualizar que **el concepto de agente social es un concepto genérico, dedicado a un conjunto de agentes que operan y participan en la vida, fundamentalmente, institucional. La consideración como agente social es una atribución que corresponde a un colectivo en general pero que no puede atribuirse *intuitu personae*. No puede ser exclusiva ni excluyente de una concreta organización empresarial**, en nuestro caso.

Así, la Confederación de Cooperativas de Euskadi es una asociación empresarial más, dentro de un conjunto de asociaciones, federaciones o confederaciones empresariales de diverso tipo que son consideradas, en su conjunto, agentes sociales.

Más aún, en nuestro ámbito no cabe descartar de antemano la posible existencia de alguna otra asociación o federación que agrupe a diferentes cooperativas, que se integrarían como una asociación empresarial más en el conjunto de las mismas.

Otra cosa diferente es la representatividad a efectos de participación institucional o de otro tipo. Representatividad que se formula, generalmente, en función de la mayor o menor implantación en los diferentes ámbitos de cada asociación, federación o confederación.

DCJA 66/2016 pár. 144 a 151

III. Derechos y deberes fundamentales

El Pleno del Parlamento Vasco aprobó, el 31 de marzo de 2011, la Proposición no de Ley 61/2011, sobre víctimas de violaciones de derechos humanos y otros sufrimientos injustos producidos en un contexto de violencia de motivación política. En dicha proposición no de ley, el Parlamento instó al Gobierno Vasco a poner en marcha medidas y actuaciones destinadas al reconocimiento de dichas víctimas, y a la reparación de su sufrimiento, lo que, en su momento, se materializó en el Decreto 107/2012, de 12 de junio, de declaración y reparación de las víctimas de sufrimientos injustos como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos, producida entre los años 1960 y 1978, en el contexto de la violencia de motivación política, vivida en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Fue un primer paso que tenía un ámbito temporal limitado, dejando para un ulterior momento legislativo la extensión de esta política de acompañamiento a las víctimas.

Más recientemente, en la sesión celebrada el 11 de junio de 2015, ha aprobado la nueva Proposición no de Ley 70/2015, en la que insta al Gobierno Vasco a continuar las políticas de reconocimiento y reparación a las víctimas de violaciones de derechos humanos provocadas por abuso de poder o uso ilegítimo de la violencia policial, buscando desde el principio el máximo consenso social, político e institucional.

Este anteproyecto supone, por tanto, la continuación del camino iniciado con el Decreto 107/2012, de 12 de junio, aunque, tal y como ya hemos adelantado, con una diferencia significativa. El periodo que alcanzaba el citado decreto llegaba justamente hasta el año de aprobación de la actual Constitución (1960-1978), periodo coincidente con la existencia de un régimen dictatorial en España que ha sido rechazado tanto internamente como desde instancias internacionales (citaremos, por todas, la Recomendación 1736 de condena al franquismo contenida en el informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006). La Ley estatal 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y establece medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, conocida como Ley de la Memoria Histórica, contiene, por su parte, un reconocimiento general en el que, como expresión del derecho de todos los ciudadanos a la reparación moral y a la recuperación de su memoria personal y familiar, se reconoce y declara el carácter radicalmente injusto de todas las condenas, sanciones y cualesquiera formas de violencia personal producidas por razones políticas, ideológicas o de creencia religiosa durante la Guerra Civil, así como las sufridas por las mismas causas durante la dictadura y la represión franquista. Por consiguiente, podemos afirmar que el reconocimiento y la necesidad de reparación de violaciones de derechos y abusos por parte de los poderes públicos o con su connivencia o tolerancia resulta pacífica o, si se quiere, menos conflictiva, cuando afecta al periodo preconstitucional, en el que es notorio que se recurrió a todos los métodos represivos propios de todo régimen no democrático, y no goza de la presunción de legitimidad que se presupone a las actuaciones desarrolladas en el actual estado de derecho.

Ese mismo reconocimiento y necesidad de reparación, sin embargo, se muestra más problemático cuando se refiere al actual periodo constitucional.

Ya hemos adelantado, al realizar el análisis competencial, que entendemos viable la posibilidad de intervenir desde la acción social sobre un colectivo determinado que haya sufrido una violación de sus derechos humanos en un contexto de violencia, que origina situaciones que escapan, en cierta medida, a la normalidad de un régimen democrático que no estuviera sometido a la tensión de la violencia.

No obstante, es cierto, igualmente, que esta situación se muestra extremadamente delicada por los intereses enfrentados: la seguridad jurídica, la exclusividad de la función jurisdiccional o el prestigio y buen nombre de la gran mayoría de funcionarios públicos y miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad, frente a la realidad de ciertos abusos y al derecho de las víctimas reales, de carne y hueso, a un reconocimiento y la reparación del daño, en su caso.

Precisamente por esa dificultad, resulta extremadamente importante que el supuesto de hecho para la aplicación de la ley se establezca de una forma clara, que permita reconocer a las personas con derecho a ese

reconocimiento y reparación pero, a su vez, no perturbe o suponga amenaza alguna para otro de los principios fundamentales del estado de derecho como es la seguridad jurídica, además de los derechos fundamentales de terceros implicados.

Esa dificultad debe analizarse especialmente en el **artículo 2**, **referido al ámbito de aplicación.**

La Comisión estima que el problema se presenta fundamentalmente a la hora de definir la "**vulneración de derechos humanos en un contexto de represión ilícita**".

Podríamos dar por sentado que la vulneración de derechos humanos es una cuestión suficientemente caracterizada y un concepto suficientemente delimitado tanto en el ámbito interno como internacional. La exposición de motivos trae a colación el artículo 10.2 CE para recordar que los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en la Carta Magna deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

No estaría de más, en ese mismo sentido, traer a colación también otros instrumentos que podríamos enmarcar también en ese artículo 10.2 CE, que pueden ayudar en cierta medida a determinar qué pueda entenderse por "represión ilícita", concepto que entendemos menos perfilado en el anteproyecto. En tal sentido podemos referir, por ejemplo, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (ratificado por España el 19 de diciembre de 1987); o la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 (y ratificada por España el 20 de diciembre de 2006), como ejemplos de conductas, atentatorias de derechos humanos, que podemos claramente entender como constitutivas, cuando se producen, de ejemplos de "represión ilícita".

No obstante, debe quedar meridianamente claro que **el proyecto no se refiere a cualquier vulneración de derechos humanos**. No debemos olvidar que por vulneraciones de derechos humanos pueden entenderse no sólo las que, generalmente calificadas como delito por el derecho interno, atentan contra la integridad física, psicológica o moral o sexual de las personas. Antes bien, los derechos humanos amparan también derechos políticos, sociales, económicos o culturales, cuyas eventuales violaciones, incluso cuando pudieran referirse a hechos sucedidos en un contexto de "represión ilícita", entendemos que no pretenden ser objeto de este anteproyecto, a la vista de lo previsto en el artículo 2.2.c).

Del mismo modo, es muy factible que los derechos o los bienes jurídicos protegidos, violentados por un hecho delictivo o por un acto cometido por funcionarios públicos que pueda ser sancionado administrativamente, puedan ser reconducidos al catálogo de derechos humanos reconocido internacionalmente, y el hecho o el acto calificado, a los efectos de esta ley, como una vulneración de los mismos.

Ahora bien, **lo que las sentencias o las resoluciones judiciales o administrativas en todo caso reconocerán es que se ha perpetrado el hecho, a partir del cual realizarán una calificación del mismo como delito o infracción disciplinaria, pero no que se ha producido una vulneración de derechos** (art. 2.3), **ni por supuesto que esa vulneración de derechos puede ser calificada como "vulneración de derechos humanos en un contexto de represión ilícita"**. Es al órgano administrativo competente a quien, a propuesta de la Comisión de Valoración, y únicamente a los efectos de esta ley, competerá realizar dicha calificación, idealmente, poniendo los hechos en relación con el precepto de la carta de derechos humanos o el instrumento internacional de derechos humanos que se considera infringido. Y siempre con sujeción a la preceptiva supervisión judicial, que se sustanciará mediante el correspondiente sistema de recursos.

Más complicado se presenta, como antes decíamos**, definir lo que el anteproyecto califica como "contexto de represión ilícita"**, concepto básico en el anteproyecto y poco perfilado en el mismo. En un intento de definir más claramente este concepto, el texto articulado acude a tres criterios que, a tenor de la redacción del precepto, resultan acumulativos.

En primer lugar, la violación de derechos se tendrá que haber producido en un contexto de violencia de motivación política. Este contexto debe ser concreto, de forma tal que el hecho en sí mismo esté relacionado con el conflicto en el que se desenvuelve y desencadena la violencia política. Ello quiere decir que no son vulneraciones de derechos que, a los efectos de esta ley, otorguen la condición de víctima, las producidas por represiones ilícitas dirigidas a otros colectivos (violencia contra inmigrantes, violencia sexista no vinculada a la acción política…) y ello

aunque los hechos se produzcan en un contexto general de violencia política, como todo lo sucedido en el País Vasco en las últimas cinco décadas, pero desvinculados de la misma.

En segundo lugar, vuelve a requerir un contexto de actuación o actuaciones con fines de represión ilícita, añadiendo a ese contexto, alternativamente, la posible participación de personal funcionario público, en el ejercicio de sus funciones o al margen de su ejercicio, o de particulares que actuaban en grupo o de forma aislada, individual e incontrolada. Debe entenderse, por tanto, este elemento en relación con el anterior, de forma que, tanto si se trata de actos de funcionarios como de particulares, actuando en grupo o de forma aislada, los actos deben estar relacionados con la violencia de motivación política, lo que excluye los daños contra la integridad física, psíquica, moral o sexual ocasionados por delitos de los denominados "comunes", es decir, sin fines represivos o desvinculados de ese contexto concreto.

Así mismo, acota que **no será preciso establecer una relación concreta de culpabilidad**, **porque en este caso el foco se pone en la víctima y los daños por ella sufridos, en relación con esos hechos, no en determinar la identidad del autor o autores, o de sus cómplices o encubridores, al objeto de ventilar las correspondientes responsabilidades penales, labor que, por supuesto, queda reservada a la jurisdicción.**

Finalmente especifica que, para que sea considerada una vulneración de derechos como consecuencia de esos actos, **se debe causar una afección a la integridad física, psíquica, moral o sexual de las personas solicitantes, lo que también sirve a los efectos de acotar el alcance para que el daño sufrido pueda ser objeto de reconocimiento y reparación.**

El problema es que uno de los elementos esenciales para definir el supuesto de hecho, como es el contexto de **represión "ilícita",** plantea, como ya hemos advertido, serias **dificultades interpretativas**, en la medida que la ilicitud presupone que se haya cometido un acto contrario a la ley, lo que generalmente se dará casi siempre que se produzca una afección a la integridad física, psíquica, moral o sexual de las personas, afecciones que normalmente son merecedoras de tipificación penal. O, cuando menos, en los casos de afecciones de entidad menor, de una responsabilidad disciplinaria.

Pero las limitaciones competenciales expuestas impiden entrar a definir con la precisión que resultaría aconsejable este elemento fundamental del supuesto de hecho que da lugar al reconocimiento y la reparación, precisamente por no entrar en lo que sería materia penal. No existirá problema alguno en aquellos supuestos en los que hubiese un pronunciamiento jurisdiccional que calificase la actuación como ilícita pero, cuando no sea así, parece que debería ser la Comisión de Valoración la que tendría que determinar tal situación en atención a lo que establece el párrafo 3 del artículo 2.

Sin embargo, la memoria elaborada en respuesta a las objeciones planteadas por el Ministerio de Presidencia y Administraciones Públicas señala que la función que la ley otorga a la Comisión de Valoración se centra en la valoración de daños, lesiones o secuelas de los casos de vulneración de derechos humanos que se le presenten. Su misión, se dice, no es el esclarecimiento penal de los hechos, pues no tendría ni medios ni competencia.

Se trata de una cuestión fundamental que afecta, como decimos, al supuesto de hecho que permite definir el objeto del anteproyecto y que debería, por tanto, resultar clarificada en aras de la seguridad jurídica. **En su actual redacción, cuando no exista una sentencia o pronunciamiento judicial o administrativo previo que determine el carácter ilícito de la actuación, resulta complicado discriminar los supuestos ilegítimos a los que quiere dirigirse la norma de aquellos en los que el daño se produce –pues pueden producirse también– dentro de un contexto lícito y legítimo.**

Es plausible que la ilicitud pudiera afirmarse también en aquellos casos en los que, una vez establecida la vinculación causal de unos daños con un hecho tipificado como delito, la antijuridicidad esté claramente establecida, aunque pueda no haber delito punible.

Más cuestionable parece el supuesto en el que la antijuridicidad esté cuestionada y en ese sentido debemos entender también la exclusión de los supuestos en los que la persona afectada se encontrara desarrollando una actividad violenta, conforme al artículo 2.6.

Si en un momento podría parecer que la participación –inadecuada o desproporcionada– de funcionarios públicos pudiera ser un elemento decisivo, lo cierto es que al incluir tanto su actuación dentro como al margen de sus funciones, así como a particulares, que actuasen en grupo, de forma aislada, individual e incontrolada, la determinación

del supuesto vuelve a pivotar en torno al contexto de violencia de motivación política y de actuación o actuaciones con fines de represión ilícita.

En cualquier caso, debemos insistir en que, especialmente en el caso de que se haya declarado la prescripción de un delito, tampoco resulta descabellado y ajeno al reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma que esta última, desde la perspectiva de la acción social, atienda a las víctimas de esa actuación ilícita al margen del *ius puniendi* que corresponde en exclusiva al Estado, en la medida en que este, aunque pueda no negar ni la realidad de los hechos ni su carácter ilícito, renuncia a actuar por mor de dicho instituto prescriptivo. Lo mismo sucede cuando la responsabilidad penal pueda ser descartada por otros motivos diferentes al prescriptivo pero que, sin descartar que el hecho ilícito se ha producido, o incluso comprobando y declarando que el mismo se ha producido, con daño para la víctima, terminan por determinar que ello no puede dar lugar a la imposición de penas a una persona eximida de algún modo, o porque no puede ser imputado a una persona en concreto.

En este sentido, **debe considerarse un criterio similar al empleado** con la acción civil derivada del delito, que puede ejercitarse separadamente de aquella (art 111 LECrim) y no se extingue por la extinción de la acción penal, "a no ser que la extinción [de la acción penal] proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer" (art. 116 LECrim).

Y ello aunque para que la Comunidad Autónoma pueda actuar a favor de las víctimas fuera preciso realizar una valoración previa, en el marco del procedimiento administrativo, sobre la existencia o no de los hechos alegados, la relación de causalidad con los daños o el carácter ilícito de las actuaciones provocadoras del daño.

En ese caso, esa valoración sólo podría realizarse a los efectos de la declaración de víctima y con la garantía frente a terceros de lo dispuesto en el artículo 15.5 del anteproyecto para garantizar, tal y como ya hemos señalado, la preeminencia de la jurisdicción penal. Y, por supuesto, siempre con sujeción a la posterior revisión judicial por medio de los recursos correspondientes, contencioso administrativos o, en su caso, incluso penales si la declaración de la supuesta víctima puede ser calificada como denuncia falsa o como simulación de delito.

Derechos a la verdad, la justicia y la reparación:

Este capítulo constituye el **núcleo esencial del anteproyecto**. Persigue el reconocimiento de la condición de víctima y, unido al reconocimiento de esa condición, el reconocimiento de los derechos atribuidos a las mismas por el derecho internacional, como son el derecho a la verdad, a la justicia y, en su caso, a la reparación.

En el marco del derecho internacional sobre violaciones de derechos humanos, estos tres elementos (verdad, justicia, reparación) constituyen la base del derecho a un recurso efectivo para las víctimas (contemplado en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en otros tratados internacionales).

El Ararteko presentó en enero de 2012 el documento "Verdad, Justicia y Reparación para las víctimas de la dictadura franquista: significado y políticas públicas en la Comunidad Autónoma del País Vasco". En este documento, el citado órgano realizó un análisis general de estos tres derechos, en el marco del derecho y la jurisprudencia internacional sobre los derechos humanos, si bien finalmente se ha focalizado en las políticas desarrolladas con las víctimas del franquismo que, como ya hemos dicho, presentan connotaciones diferentes.

De forma muy sintética, pues las condiciones en las que se emite este informe no permiten profundizar en exceso en estas circunstancias, puede afirmarse que **el derecho a la verdad** de las víctimas de violaciones de derechos humanos conlleva, por un lado, la obligación de los poderes públicos de investigar y aunque está, como decimos, íntimamente ligado al derecho de acceso a la justicia, no implica sólo esclarecer las potenciales consecuencias penales, civiles o de otro tipo que pudieran derivarse, sino al puro y simple esclarecimiento de los hechos a fin de aliviar la carga añadida que la incertidumbre o la falta de reconocimiento acarrea para las víctimas. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha vinculado también este derecho con el derecho a la libertad de expresión (caso Chauvy y otros contra Francia, sentencia de 29 de septiembre de 2004).

El citado documento del Ararteko se hace eco de lo reconocido por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 12/12, sobre el derecho a la verdad, según lo cual, las comisiones u otros órganos constituidos para el conocimiento de la verdad no deben ser entendidas como alternativas a los recursos judiciales, sino como instrumentos que complementan el sistema judicial.

En ese sentido, está claro que el cierre de una investigación penal no acarrea la imposibilidad de que pueda seguir investigándose desde otros ámbitos, como en el académico, el periodístico u otros, que incluso podrían llevar, en un momento dado, a que se reabriera una causa penal previamente archivada.

En cuanto al **derecho a la justicia**, con él se pretende eliminar cualquier espacio de impunidad en el campo de las violaciones de derechos humanos, y está íntimamente vinculado con la obligación de los estados de extraditar o juzgar y eventualmente castigar a los culpables de dichos actos. En esta cuestión, el propio Ararteko reconoce que, por lo general, excede del ámbito competencial de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma.

Finalmente, el **derecho a la reparación** constituye la reacción más allá del reconocimiento, para que este último no se convierta en una mera formalidad, sin otro contenido más que el simbólico.

El anteproyecto parte en su artículo 4 de un reconocimiento explícito e incondicionado de estos tres derechos a las personas a las que se les haya reconocido la condición de víctima. Aunque, con posterioridad, viene a dar muestra de las limitaciones competenciales a las que se enfrenta –especialmente en los artículos 6 y 7–, cuando trata de concretar, a los efectos de la norma, el contenido real de esos derechos.

En cuanto al derecho a la justicia, se configura con un alcance, evidentemente, muy inferior al que se le atribuye en el derecho y la jurisprudencia internacional. Tal y como hemos adelantado, este derecho se vincula con la obligación de los estados de juzgar y extraditar, lo cual, evidentemente, ni es, ni pretende ser, afrontado en el presente anteproyecto, que no pretende sustituir ni suplantar la potestad jurisdiccional sino que, antes bien, pretende basarse en ella, en la medida de lo posible, y complementarla, en su caso. El párrafo inicial ya reconoce esas limitaciones al establecer la obligación de los poderes públicos vascos de colaborar para garantizar el acceso a la justicia "en la medida de sus posibilidades".

En cuanto al derecho a la verdad, se aprecia nuevamente la configuración de un derecho de alcance menor al ya caracterizado, empleado por el derecho y la jurisprudencia internacional. El artículo 7 establece que los poderes públicos vascos colaborarán con los órganos y organismos del Gobierno Vasco que ejerzan funciones en materia de derechos humanos, promoción de la memoria o convivencia democrática para, en el marco de sus respectivas competencias, contribuir al conocimiento de la verdad sobre las vulneraciones de derechos humanos a las que se refiere esta ley a través de las siguientes acciones: a) promoverán el derecho de todas las víctimas a que se conozcan los hechos contrastados de lo sucedido, facilitando el acceso a todo tipo de archivos oficiales y a cualesquiera otros lugares donde se pueda conseguir información y; b) difundirán, con el necesario respeto a la identidad de las víctimas, y atendiendo a la diversidad y a las diferencias existentes, las relaciones de hechos que la Comisión de Valoración haya considerado vulneraciones de derechos humanos producidas en contextos de represión ilícita en un contexto de violencia de motivación política a las que se refiere esta ley.

Estas acciones pueden colaborar, sin duda, a que las víctimas vean reconocida su situación y tengan más facilidad para proceder al esclarecimiento de los hechos. Pero distan mucho de lo que podría considerarse como una completa satisfacción del derecho a la verdad, en los términos entendidos por la comunidad internacional, al no poder incidir, más que tangencialmente, en aspectos esenciales de este derecho como lo son, sin duda, la obligación del Estado de investigar aquellos sucesos que pudieran haber originado una vulneración de derechos o, como lo es también, el derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

El derecho a la reparación es seguramente, dada la perspectiva subvencional o de acción social desde la que se parte, el que mejor es atendido desde el anteproyecto puesto que, tratándose de hechos acaecidos en el pasado, en un contexto social ya superado y con instrumentos jurídicos en gran medida prescritos o vencidos los plazos preclusivos de reclamación, la reparación sólo se puede instrumentar a través de medidas reparadoras e indemnizatorias, a lo que el anteproyecto responde adecuadamente desde la acción social.

Lo que se plantea, en definitiva, es si la contundente declaración del artículo 4 en torno a los derechos a la justicia y a la verdad puede ser mantenida a la vista de lo que luego en realidad suponen conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7. El reconocimiento del artículo 4 podría interpretarse como una declaración simbólica, a la que, posteriormente, el anteproyecto responde únicamente atendiendo a las competencias que dispone la Comunidad Autónoma. Pero, en cualquier caso, la Comisión quiere advertir sobre un reconocimiento incondicionado a las víctimas de estos derechos, cuando las limitaciones competenciales impiden afrontarlos y garantizarlos en su plenitud. Como posible alternativa, se recomienda considerar la posibilidad de matizar la declaración del artículo 4, en el sentido de que la

declaración de víctima supondrá que los poderes públicos vasco[s], en la medida de sus posibilidades, promoverán las acciones pertinentes para que se materialicen los citados derechos.

DCJA 63/2016 pár. 113 a 156

IV. Educación

Al igual que en el currículo de educación básica, **se observa que el proyecto opta por omitir conceptos como los de asignaturas troncales, asignaturas específicas y asignaturas de libre configuración autonómica, y se refiere de forma tangencial a la evaluación final de bachillerato.**

En tanto que omisiones específicas del proyecto que afectan al bachillerato, el proyecto omite mencionar en su artículo 3.2 que para acceder a los estudios de esta enseñanza, no solo hay que estar en posesión del título de Graduado en Educación Secundaria, sino que además los alumnos han de superar "la evaluación final de educación secundaria obligatoria por la opción de enseñanzas académicas". Se detecta asimismo la existencia de otra omisión de menor calado, que por ello la trataremos en último lugar.

En general, **tales omisiones o referencias incidentales no implican necesariamente un incumplimiento de la normativa básica, en cuanto que tales elementos que configuran las enseñanzas no pierden en virtud del proyecto su plena operatividad.**

Para examinarlas debemos recensionar la doctrina del Tribunal Constitucional que condensa la **STC 8/2012**, de 18 de enero:

> Respecto a la relevancia constitucional de las omisiones que existan en la legislación autonómica, este Tribunal se ha pronunciado en supuestos en los que la Ley autonómica omite algunas previsiones recogidas en la legislación estatal básica y ha dicho al respecto que «es obvio que la omisión en una Ley particular de unas precisiones cualesquiera de carácter básico establecidas en la Ley general no vicia de inconstitucionalidad a aquella Ley particular, pues estas precisiones mantienen su plena vigencia con independencia de que sean recordadas o no por el legislador comunitario, cuya referencia a ellas sólo este carácter de recordatorio puede revestir» (STC 5/1982, de 8 de febrero [RTC 1982, 5], F. 2). No obstante, también se ha señalado que la conclusión será distinta, y concurrirá un vicio de inconstitucionalidad, cuando la única exégesis posible de la omisión –total o parcial– lleve a entender que la regulación autonómica está estableciendo una regulación contraria a la legislación básica estatal, al tratarse de omisiones que, al no poder considerarse inocuas, indiferentes o neutras, alteran el régimen jurídico previsto en la misma, como es el caso de la omisión de requisitos esenciales en una determinada regulación que el desarrollo autonómico no puede desconocer (STC 172/1996, de 31 de octubre [RTC 1996, 172], F. 2) u omisiones muy significativas que sólo pueden entenderse como reducción del nivel de rigor que en la materia establece la legislación básica estatal (STC 73/1997, de 11 de abril [RTC 1997, 73], F. 4).

En el caso de las asignaturas –troncales, específicas y de libre configuración autonómica–, delimitan diferentes ámbitos competenciales para el Estado y las comunidades autónomas, por lo que lo relevante es que dichos ámbitos se respeten.

La circunstancia de que las asignaturas se relacionen de forma indistinta en el artículo 15 y 16 del proyecto resulta, por sí misma, inocua, indiferente o neutra.

Por lo que se refiere a la evaluación final de bachillerato, si bien es cierto que solo existe una alusión de soslayo en los artículos 38.2 y 40 del proyecto, es importante observar que la LOE ha retenido en favor del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, "a través del Instituto Nacional de Evaluación Educativa" (artículo 144.1 LOE), la competencia para establecer "para todo el Sistema educativo español los criterios de evaluación, y las características de las pruebas, y las diseñará y establecerá su contenido para cada convocatoria" (artículo 36 bis.3 LOE). **Nada se puede reprochar, por tanto, al normador autonómico, cuando apenas dispone sobre dicha evaluación, más allá de constatar que debe superarse para obtener el título de bachillerato.**

En definitiva, **el futuro decreto no es un elemento aislado del ordenamiento que rige el sistema educativo, ya que sus previsiones coexisten con las normas básicas estatales, sin que el silencio respecto a ciertos aspectos del contenido de estas deba llevar a la conclusión de que se excluya su aplicación**.

Mayor enjundia revela la omisión del artículo 3.2, que no prevé que para el acceso los alumnos y alumnas han de estar en posesión del título de Graduado en Educación Secundaria, y superar "la evaluación final de educación secundaria obligatoria por la opción de enseñanzas académicas", exigido por el artículo 32.2 LOE y reiterado por el artículo 26.1 del Real Decreto 1105/2014.

Ese segundo requisito se enlaza con dos cuestiones que se han revelado problemáticas con la reforma de la LOMCE: la fijación de dos trayectorias diferenciadas en cuarto de la educación secundaria obligatoria (ESO) y la evaluación final de la etapa.

El artículo 25.1 LOE prevé que los padres, madres o tutores legales o, en su caso, los alumnos y alumnas podrán escoger cursar el cuarto curso de la educación secundaria obligatoria por una de las dos siguientes opciones: a) opción de enseñanzas académicas para la iniciación al bachillerato; y b) opción de enseñanzas aplicadas para la iniciación a la formación profesional. Con esa delimitación se les orienta para que elijan entre dos alternativas ya desde ese nivel educativo y escojan el bachillerato o la formación profesional.

No obstante, la elección de una de las dos opciones no condiciona el acceso de los alumnos al bachillerato y a la formación profesional, porque ese acceso no depende de la misma sino de la opción escogida al realizar la evaluación final de la etapa.

El artículo 29.1, 2 y 6 LOE contempla que, al finalizar el cuarto curso de la ESO, los alumnos y alumnas realizarán una evaluación individualizada por la opción de enseñanzas académicas o por la de enseñanzas aplicadas, con independencia de la opción cursada en el cuarto curso de la ESO, o por ambas opciones en la misma ocasión o, una vez realizada, repetir la evaluación por la otra opción.

De esa forma acceden a bachillerato los que superen la evaluación final por la opción de enseñanzas académicas (artículo 32.2 LOE) y acceden a los ciclos formativos de grado medio los que superen la evaluación final por la opción de enseñanzas aplicadas (artículo 31.2 a) 1º LOE).

Los artículos 25 (organización del cuarto curso de ESO), 29 (evaluación final de ESO) y 32 (principios generales del bachillerato) LOE son todos ellos objeto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco.

No es desde luego este decreto el lugar en el que deben regularse las dos trayectorias de cuarto de la ESO, ni la evaluación final de ESO, pero, **en tanto que se ocupa del acceso al bachillerato, podría entenderse la omisión como la de un requisito esencial dispuesto por la normativa básica, en una cuestión que, sin que debamos prejuzgarla, parece entroncar con la competencia estatal en materia de regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales ámbito en el que la competencia normativa estatal es plena.**

No obstante, la Comisión también es consciente que las modificaciones introducidas por la LOMCE en el cuarto curso de la ESO se implantarán en el curso escolar 2016-2017, y la evaluación final de ESO que se realice en 2017 no tendrá efectos académicos (disposición final quinta.2 LOMCE), por lo que el requisito de la superación de la evaluación final de ESO por la opción de enseñanzas académicas no será aplicable hasta el curso 2018-2019.

DCJA 35/2016 pár. 98 a 114

V. Libertad de empresa

Existe una modificación que atañe al régimen aplicable a las personas o entidades que habitualmente ejerzan el comercio de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural vasco.

El artículo 42 LPCV **indica que "deberán formalizar un libro registro de las transmisiones que realicen sobre dichos bienes" y,** con arreglo al artículo 108.1.a) y artículo 108.3.a) LPCV, **su infracción será castigada con una multa** de hasta 10.000.000 pesetas.

Hay que recordar que, según el artículo 14.2 y 18.1 LPCV, tanto en el caso de los bienes culturales calificados como de los inventariados es obligación de su titular comunicar al Registro de Bienes Culturales y al Inventario General de Bienes Culturales todos los actos jurídicos que sobre los mismos recaigan, así como las alteraciones de los datos contenidos en el decreto u orden de inscripción. Además, para que la Administración pueda ejercer el derecho de tanteo, el artículo 25.1 LPCV prescribe que le debe ser notificada toda pretensión de venta de un bien cultural calificado o inventariado. O ya en fin, el artículo 41 LPCV señala que los propietarios y poseedores legítimos deberán comunicar al citado registro o inventario "los traslados de lugar" de los bienes muebles calificados o inventariados. Tales obligaciones se recogen nuevamente en el anteproyecto (artículo 25.3, 40 y 52).

La obligación de llevar un libro registro es otra pieza más de los instrumentos que permiten a la Administración controlar lo que sucede con tales bienes muebles y se endereza cabalmente a garantizar el ejercicio del derecho de tanteo y retracto legal, en tanto que facilita las labores de comprobación de las enajenaciones privadas que se lleven a cabo con tales bienes.

Esa relación entre derecho de adquisición preferente y libro registro es patente en el artículo 26.4 LPHE:

> Los propietarios o poseedores de los bienes muebles que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, que deberán, además, formalizar ante dicha Administración un libro de registro de las transmisiones que realicen sobre aquellos objetos.

El anteproyecto persevera en la regulación de la LPCV y LPHE en su párrafo 1, pero sus párrafos 2 y 3 dan un salto cualitativo del que se desconocen las razones.

Ya **no se trata de mantener un control sobre las transacciones que realicen sino de someter la propia actividad comercial a una intervención administrativa que legitime su desarrollo mediante la presentación previa a su ejercicio de una declaración responsable,** que es la que "habilita para poder ejercer desde ese día dicha actividad con carácter indefinido".

Declaración previa en la que deben manifestar que cumplen la obligación de llevar el libro registro, que se constituye en el único requisito al que queda sometida (párrafo segundo), no obstante lo cual podrán ser privadas de la habilitación "cuando se constate la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato contenido en la declaración responsable o cuando se produzca el incumplimiento sobrevenido de algún requisito" (párrafo tercero).

Por decirlo gráficamente, se pasa de un régimen que impone una obligación al ejercicio profesional de la actividad, y que de incumplirse podría dar lugar a una sanción, a un régimen en el que es condición *sine qua non* para ejercerla formular una declaración responsable y llevar el libro registro.

Con ello, **en fin, se supedita el acceso a una actividad de servicios a la realización de una declaración responsable, restringiéndose la libertad de establecimiento y el libre ejercicio de la actividad de compraventa de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural vasco.**

Como es bien sabido, **la libertad de empresa del artículo 38 CE no tiene carácter absoluto, sino que está sujeta a una serie de limitaciones orientadas a proteger otros bienes constitucionales o intereses sociales, como el respeto a los derechos de los demás y los previstos, en general, en las leyes y en la propia CE.** Como ha señalado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, "no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor" [SSTC 26/1981, de 17 de julio y 109/2003, de 5 de junio].

El artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), dispone en su párrafo 1: "Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio". Y conforme al párrafo 2, "Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado

anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Por su parte, el artículo 17.2 LGUM insiste en que se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para exigir la presentación de una declaración responsable para el acceso a una actividad económica o su ejercicio "cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados".

Ciertamente, entre las razones poderosas del artículo 3.11 de la Ley 17/2009 se incluye la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional, pero la restricción debe ser proporcionada a esa razón sin que exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica. Indudablemente hay un interés público o general que justifica el reconocimiento de un derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración para hacerse con la propiedad de bienes del patrimonio cultural vasco que vayan a ser enajenados, se asegura de esa forma la conservación del bien al estar en poder de la Administración, sin perjuicio de que esa conservación también resulta obligada para su titular cuando este sea un particular, pero hasta la fecha no se ha considerado que constituyera una razón imperiosa que obligara a implementar sobre dicha actividad económica empresarial o profesional el nuevo nivel de intervención.

En definitiva, **la Comisión aprecia que el anteproyecto se ampara en una razón imperiosa de interés general, pero ello no releva al órgano proponente de justificar su proporcionalidad y, al igual que en el informe de impacto en la empresa redactado por el propio departamento, se echa en falta una justificación de la necesidad de la presentación de una declaración responsable habilitante**, lo que "supone a los empresarios un mayor esfuerzo y canalización de recursos propios para destinarlos a cargas burocráticas".

DCJA 55/2016 pár. 234 a 248

VI. Patrimonio cultural

La exigencia de protección del patrimonio histórico, **cultural** y artístico que impone a los poderes públicos el artículo 46 CE **ha llevado al reconocimiento de una tutela judicial específica** para exigir el cumplimiento de la legislación protectora o de defensa de dicho patrimonio mediante el establecimiento de la acción pública.

El reconocimiento de la acción pública se recoge con rango constitucional y carácter general en el artículo 125 CE, como una manifestación de la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, estableciendo que "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular".

El artículo 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, prevé que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción pública en los casos y formas establecidos en la ley, y el artículo 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, hace referencia a ella al establecer que también tiene legitimación para promover el recurso contencioso-administrativo "cualquier ciudadano, en el ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las leyes".

La acción pública es una institución característica de determinadas normas sectoriales, esencialmente en la legislación de urbanismo; en la actualidad se encuentra prevista en el artículo 62 del Texto refundido de la Ley del suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, de forma que "será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística."

Pero también, como decimos, fue contemplada por el artículo 8 LPHE que, tras imponer en su párrafo primero un deber activo a todos los ciudadanos para que denuncien, en el menor tiempo posible, ante la Administración competente, un peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del patrimonio histórico, "quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta ley se dispone", reconoce que "será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta ley para la defensa de los bienes integrantes del patrimonio histórico español".

En la línea de la LPHE, el artículo 3 **LPCV dispone que cualquier persona estará legitimada para actuar en defensa del patrimonio cultural ante las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco o tribunales competentes exigiendo el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley.**

Tal previsión hay que entenderla en el sentido de que se traslada al ámbito autonómico una acción pública reconocida por la normativa estatal, sin que se pretenda incidir en una materia sobre la que la competencia autonómica resulta cuando menos dudosa, la de la legitimación procesal, cuya determinación, según la STC 146/1999, de 19 de septiembre, corresponde en exclusiva al legislador estatal ex art. 149.1.6.º CE, al tratarse de "una regulación de naturaleza jurídico-procesal, por lo que es evidente su inserción en el indicado título competencial (SSTC 71/1982, fundamento jurídico 20; 83/1986, fundamento jurídico 2.º; 123/1988, fundamento jurídico 3.º)".

Pese a la ambigüedad de la expresión relativa a los tribunales competentes del artículo 3 LPCV, no suscita duda de que se refiere a los tribunales contencioso-administrativos.

Sobre esta acción pública ha dicho lo siguiente la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de diciembre de 2005 (RJ 2006/173):

> La acción pública en materia de protección del patrimonio histórico, que reconoce el artículo 8.2 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, para exigir ante los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en dicha Ley, para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, puede ser ejercitada, sin incurrir en abuso de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para promover la acción de la justicia invocando derechos de la colectividad que afecten a los intereses generales de los ciudadanos.
>
> El ejercicio de la acción pública, que ha de formularse de modo fundado, es adecuado para amparar pretensiones de nulidad de la actuación administrativa y que se restablezca la legalidad infringida, pero no puede ser utilizado para lograr el reconocimiento de situaciones jurídicas individuales o particulares.
>
> De tal modo que la acción pública será rechazable, conforme a la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, cuando no se invoque la infracción de un precepto legal, cuyo designio obedezca a tutelar los bienes del Archivo Histórico Español o, utilizando la expresión formulada en el artículo 46 de la Constitución, de los bienes que integran «el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España», o cuando se persigan intereses exclusivos de particulares, o se pretenda provocar daños a un tercero, que no sean imprescindibles para el beneficio de la comunidad, que constituye el fundamento legitimador de la acción pública.

Una vez expuestas tales consideraciones, estima la Comisión que **resulta difícil sostener que la acción pública en materia de patrimonio cultural prevista por el artículo 7.3 del anteproyecto se configura de una forma materialmente equivalente a la regulada por el artículo 8.3 LPHE.**

Según el precepto que comentamos:

> Cualquier persona está legitimada para actuar en defensa del patrimonio cultural, pudiendo ejercer tanto en vía administrativa como en vía judicial las acciones oportunas para exigir de las administraciones públicas y de los sujetos y entidades privadas el cumplimiento de lo dispuesto en esta ley.

No se altera la acción pública ni se extiende más allá de los términos en los que queda acotada por la ley estatal si se omite toda referencia a los sujetos o entidades privadas, pero, al citarlos y al **no especificar cuál es la vía judicial a la que cabe acudir, estrictamente la contencioso-administrativa, se podría llegar a la conclusión equivocada de que también se reconoce una acción pública para exigir ante los tribunales ordinarios que los propietarios o titulares de derechos reales de los bienes integrantes del patrimonio cultural cumplan la ley, lo cual supondría una completa desnaturalización de la misma.**

La legitimación derivada de la acción pública permite impugnar tanto la actividad como la inactividad de la Administración y plantear las acciones oportunas para combatirla, ya sea en la vía administrativa como, sino la corrigiera, en la contencioso-administrativa (sin perjuicio de que de forma mediata o indirecta ello incida sobre la situación jurídica y derechos de los particulares).

DCJA 55/2016 pár. 176 a 188

El artículo 71 declara que **los bienes de interés arqueológico y paleontológico descubiertos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya sea de forma casual o fruto de un trabajo sistemático dedicado a tal fin, serán de dominio público.**

Se trata de bienes que por tener ese interés, en el momento en que se produzca su hallazgo, pertenecen de forma automática y directa al dominio público de la Comunidad Autónoma.

El anteproyecto reproduce el artículo 47.1 LPCV y es conforme con el régimen del artículo 44 LPHE. Se trata de una categoría genérica de bienes cuya demanialización se ha producido por ley, tal y como exige el artículo 132.2 CE, aprobada por el Estado, a tenor del artículo 149.1.8 CE.

Como es sabido, la STC 227/1988 subrayó que **la incorporación de un bien al dominio público supone, no tanto una forma de apropiación de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*.**

Lo controvertido en este caso no es esa demanialización, sino **la omisión de la medida dispuesta por el artículo 44.3 LPHE**, reproducida también por el artículo 48.4 LPCV, en cuya virtud **el descubridor y el propietario del lugar en que hubiese sido encontrado de forma casual el objeto tiene derecho a percibir, en concepto de premio en metálico, la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales, exceptuándose el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes Culturales Calificados o en el Inventario General.**

Pues bien, podríamos formular hasta tres hipótesis sobre la misma. Conforme a la primera, se trata de una norma estatal que pretende garantizar la conservación del patrimonio cultural común y, en particular, su finalidad es la de evitar su expolio, dirigida a alejar la tentación del descubridor y del dueño del terreno de ocultar el hallazgo y quedarse lo hallado para sí, por lo que debe ser asumida por el legislador autonómico.

Conforme a la segunda, entraña uno de los tratamientos generales que, como avala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede aprobar el Estado y deben respetar las comunidades autónomas, porque encuentra su sentido último en la demanialización que produce la LPHE de tales bienes, como una suerte de medida equilibradora o restauradora derivada de su inclusión en el dominio público.

Con esa demanialización se sustraen a la apropiabilidad de los particulares, en virtud del mecanismo de la ocupación regulado en el artículo 610 y ss del Código Civil, declarando expresamente el artículo 44.1 *in fine* LPHE que en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del CC.

Por el contrario, **si consideramos que se trata de una medida estrictamente de fomento para recompensar a quien ha contribuido a que todos los ciudadanos podamos disfrutar de los bienes descubiertos, de ahí que se califique expresamente como premio, las comunidades autónomas deberían contar con un margen para valorar,** con arreglo a la correspondiente política de protección e impulso del propio patrimonio, **si es preciso ponerla en práctica**, máxime cuando impone una carga que puede resultar extremadamente gravosa para las exhaustas arcas públicas autonómicas, que se añade a la de la posterior conservación y custodia del bien.

También **hay sólidas razones para acoger esta tercera hipótesis pero debe darse una explicación satisfactoria de los motivos que avalan la modificación del régimen legal de la LPCV que se pretende instaurar**, sin que en este caso, comprobada la distinta redacción de la ley, quepa defender que no se separa de la LPHE o que ésta resultara aplicable por vía interpretativa.

DCJA 55/2016 pár. 249 a 258

VII. Personal de las administraciones públicas

A) Provisión

Por lo que se refiere al **jefe de zona**, debemos detenernos en el artículo 14.2 del proyecto:

> Los jefes y jefas de zona dependerán directamente del jefe o jefa territorial y se integrarán en las comisiones territoriales respectivas. Sus titulares serán nombrados por orden de la persona titular del departamento competente en materia de educación a propuesta del Inspector o Inspectora General de Educación, tras la realización de un concurso de méritos entre los funcionarios y funcionarias del Cuerpo de Inspectores e Inspectoras de Educación, así como de los pertenecientes al extinguido Cuerpo de Inspectores al servicio de la Administración educativa, con destino definitivo en el Territorio correspondiente, atendiendo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. En dicho concurso la Dirección de Gestión de Personal nombrará una comisión que valorará el trabajo desarrollado y el proyecto de intervención en la zona así como la antigüedad en el ejercicio de la función inspectora. La asignación de funciones a los jefes y jefas de zona serán para un período de tres años, prorrogable hasta seis años, previa evaluación positiva del trabajo desarrollado.

El artículo 14.1 del proyecto lo califica expresamente de puesto de trabajo y, como ha quedado reflejado, la disposición adicional tercera LCCD llama a la aplicabilidad, en lo no previsto en esta ley, de las normas que regulan la función pública docente.

Eso significa que debe figurar en la relación de puestos de trabajo con los contenidos que dispone el capítulo I del título II LCD (entre ellos, los requisitos exigidos para su provisión, entre los que necesariamente deben figurar el perfil lingüístico asignado y, en su caso, la fecha de preceptividad). Y que, al ser un puesto reservado a los funcionarios del Cuerpo de Inspectores e Inspectoras de Educación, deberá asimismo fijarse su sistema de provisión, mediante concurso o libre designación, siendo éste último excepcional, ex artículo 23 LCD.

Pues bien, **aunque no pongamos en duda el acierto de la fórmula, no encontramos un engarce legal para restringir el acceso** (únicamente pueden aspirar a su provisión y participar en el concurso los inspectores o inspectoras con destino definitivo en el territorio correspondiente) **y limitar de forma temporal su provisión** (por un periodo de tres años, prorrogable hasta seis años, previa evaluación del trabajo desarrollado).

El artículo 5.2 LCCD faculta al personal del Cuerpo de Inspectores e Inspectoras de Educación de la Comunidad Autónoma a participar en los concursos para la provisión de puestos de la Inspección de Educación de la Comunidad Autónoma, sin ningún tipo de condición (que no sea derivada de los requisitos fijados en la relación de puestos de trabajo). **La ocupación de un puesto de trabajo no constituye un derecho adquirido** (artículo 25.1 LCD) **pero, una vez se produce el acceso al puesto por el procedimiento de concurso, son tasadas las causas para su remoción o pérdida de adscripción** (artículo 25. 3 y 4 LCD), **entre las que no figura el transcurso del tiempo**.

No es inoportuno recordar que tales previsiones legales son de aplicación, sin que la ley haya establecido reserva, particularidad o excepción alguna para los puestos de la Inspección educativa, y sin que tampoco se pueda asimilar su situación a la de los puestos de los servicios de investigación y apoyo a la docencia, o a la de los puestos a los que se atribuye la función directiva en el centro docente, ya que tienen establecido su régimen especial en ley, subsección 2 y 3 de la sección 1ª del capítulo IV del título III de la LCD, y capítulo II de la LEPV, que en lo que se refiere al director y al resto de miembros del equipo directivo fue modificada por la Ley 8/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la Ley de la escuela pública vasca.

El legislador ha sido consciente de la reserva material de ley que impone el artículo 103.3 de la CE para la regulación por ley de diversos ámbitos de la función pública, de forma que habrá de ser sólo la ley la fuente introductora de las normas reclamadas por la Constitución, ámbitos entre los que la STC 99/1988, de 11 de junio, incluyó al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas.

Distinto podría ser, al igual que en el Decreto 3/2009, y probablemente eso era lo perseguido por el redactor del proyecto, **que no se configurará como un auténtico puesto de trabajo sino como unas funciones de coordinación** (y anejas) **para las que no se ha contemplado la creación de un específico puesto de trabajo**, **funciones que pudieran ser atribuidas a uno de los inspectores o inspectoras de la zona** de forma añadida a las que le corresponden por su puesto de trabajo de inspector o inspectora, atribución que podría materializarse, **acudiendo a los sistemas aplicables, mediante una comisión de servicios** para el desempeño de funciones no asignadas

específicamente a un puesto de trabajo (artículo 54 LFPV y artículo 50 del Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de las administraciones públicas vascas, aprobado por Decreto 190/2004, de 13 de octubre).

En ese caso estaría justificada la restricción, pudiendo articularse una especie de concurso interno, ya que tales funciones añadidas no podrían ser desarrolladas por un inspector ajeno a la zona (algo que por cierto no garantiza el artículo 14.2 del proyecto, ya que al poner como condición para participar que sean del territorio correspondiente, y no de la zona, podría resultar que en Bizkaia y en la sede de San Sebastián, un inspector de una zona dirigiera otra zona) y la limitación de tiempo, inherente a cualquier tipo de comisión de servicios (esa asignación tendría que ser de dos años prorrogables por otros dos, ex artículo 54.5 LFPV, aunque lo lógico es que coincidiera con la asignación de zonas del artículo 9.5 del proyecto). De igual forma convendría establecer las causas de finalización: por revocación expresa o por el transcurso del tiempo para el que se concedió.

En definitiva, estima la Comisión que es preciso replantear el tratamiento del jefe y jefa de zona, sin que deba considerase como un puesto sino como unas funciones, fundamentalmente de coordinación de los equipos de zona, que serán atribuidas a uno de los inspectores o inspectoras de la zona previo concurso de méritos y mediante comisión de servicios para el desempeño de unas funciones no asignadas específicamente a un puesto de trabajo.

DCJA 90/2016 pár. 90 a 99

La provisión de puestos de trabajo con carácter temporal:

Cualquier tipo de análisis sobre este asunto exige consignar previamente que **el acceso al Cuerpo de Inspectores e Inspectoras de Educación es *sui generis***, ya que **sólo pueden aspirar al mismo funcionarios que forman parte de los cuerpos que integran la función pública docente de la Comunidad Autónoma del País vasco con** "una antigüedad mínima de seis años como funcionario o funcionaria de carrera en alguno de esos cuerpos y una experiencia docente de igual duración, y estar en posesión del título de doctor o doctora, licenciado o licenciada, arquitecto o arquitecta, ingeniero o ingeniera, o el título de grado correspondiente o titulación equivalente, así como superar el proceso selectivo" (artículo 3.4 LCCD).

Se trata, por tanto, de una vía de acceso restringida, que no tiene carácter abierto ni existe garantía de la libre concurrencia de cualquier ciudadano, y que encierra una auténtica promoción interna, en tanto que se facilita el acceso de determinados funcionarios de carrera a otro cuerpo funcionarial.

Evidentemente, esa circunstancia condiciona radicalmente el sistema, ya que es preciso partir de los mínimos exigibles para el acceso, que constituyen elementos objetivos de la capacidad necesaria para prestar las funciones atribuidas a los inspectores, por lo que habrá que reclutar personal que la reúna y así se colmen las necesidades del servicio.

El proyecto alude en el artículo 23 **a un régimen de provisión de puestos de trabajo con carácter temporal, pero no especifica, como debiera,** que se pondrá en marcha cuando existan razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, y cuando se de alguna de las siguientes circunstancias: (i) la existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera del Cuerpo de Inspectores e Inspectoras de educación; y (ii) para la sustitución transitoria de sus titulares.

Solo en tales casos está justificado el recurso a personas que no sean integrantes del cuerpo al que se reserva el ejercicio de las funciones.

DCJA 90/2016 pár. 100 a 104

VIII. Profesiones tituladas y profesiones reguladas

De acuerdo con la definición que contiene el apartado k) del artículo 2.2, las **profesiones turísticas** son "las relativas a la prestación de servicios de orientación, difusión, información y asistencia en materia de turismo, de manera habitual y retribuida, bien por personas físicas o jurídicas, y las que así se determinen reglamentariamente".

Dada la concreción que de dicho concepto contempla el anteproyecto, circunscrita a los artículos 64 y 65, parece adecuado realizar una serie de consideraciones previas.

Tal vez convendría reflexionar sobre si es bueno para la inserción de la futura norma en el ordenamiento jurídico perseverar en el uso de la voz "profesión turística", tradicional en el ámbito de la ordenación del turismo, pero que, en realidad, remite a lo que hoy es una actividad de prestación de servicios (que puede además ser realizada por personas jurídicas).

Al margen de esta precisión menor, en el examen material de la regulación proyectada se advierte que, si el inciso final de la definición ("…y las que así se determinen reglamentariamente") persiguiera dejar abierta la posibilidad para, en un momento posterior, ampliar el "listado" de profesiones turísticas, que ahora se reduce a la de guía turística –definida en los términos del artículo 64–, debe tenerse presente que, tras la entrada en vigor de las normas legales reseñadas al inicio de este dictamen, como recoge en un *obiter dicta* el Tribunal Supremo (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo) en su Sentencia de 13 de julio de 2015, la regulación de la intervención de la Administración en la actividad de los guías de turismo debe ser compatible con la prestación de servicios reconocida en los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la UE (antiguos artículos 49 y 50 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y desarrollada en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Tal regulación ha supuesto un cambio de paradigma en la intervención administrativa en el sector turístico, en el sentido de que **las habilitaciones para el ejercicio de las actividades profesionales relacionadas con la información turística solo perviven cuando están justificadas por razones imperiosas de interés general.**

Asimismo, en tanto en cuanto la profesión de guía turístico exige una cualificación profesional, habrá de tenerse en cuenta lo previsto en el Real Decreto 1700/2007, de 14 de diciembre (y normativa que los desarrolle), que complementa el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales (Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio), mediante el establecimiento de trece cualificaciones profesionales de la familia profesional hostelería y turismo, entre las que se encuentra "Guía de turistas y visitantes".

Pero el artículo 64 del anteproyecto se ocupa de los guías de turismo y, en forma más acorde con el objeto de normación, alude, no a una profesión, sino a la actividad consistente en la prestación habitual y retribuida de "servicios de información e interpretación del patrimonio histórico, natural o gastronómico de los bienes de interés cultural y del resto de los recursos turísticos de Euskadi a los turistas y visitantes, tanto en las dos lenguas oficiales como en cualquier otra lengua extranjera" (párrafo 1).

Dicha actividad, según señala expresamente el párrafo 2, **es de libre prestación, principio general que se exceptúa cuando la actividad se desarrolle "en el interior de los elementos catalogados como bienes pertenecientes a alguna de las categorías en las que se integra el Patrimonio Cultural del País Vasco,** de conformidad con lo establecido en la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural del País Vasco o normativa que la sustituya".

De ese párrafo 2, y también del 3, cabe derivar que, en tales supuestos, para la prestación de la actividad de guía de turismo se va a exigir una habilitación. **Como excepción al principio de libre prestación de servicios y requisito para el desarrollo de la actividad de guía de turismo en determinados lugares, el anteproyecto debe delimitar en qué consistirá dicha habilitación y sus rasgos esenciales, así como la declaración previa que contempla el citado párrafo 3 *in fine*.**

Asimismo, **al tratarse de una condición restrictiva para el desarrollo de la actividad, debe extremarse el esfuerzo para acotar sus contornos en la forma más segura, clara y precisa.**

Todo ello, sin perjuicio de la conveniencia de tomar en cuenta que aquella puede encontrar fundamento, no solo en la protección del patrimonio histórico-artístico, sino también en la protección del medio ambiente (como, por ejemplo, cuando la actividad de guía se desarrolle en espacios naturales con normas de protección) e, incluso, en la protec-

ción de la salud y seguridad de las personas (por ejemplo, si se trata de prestar tales servicios en zonas o parajes de especial riesgo).

En suma, **puede quedar justificada la exigencia de una intervención administrativa para el desarrollo de la actividad de información y acompañamiento y asesoramiento a los turistas y visitantes, pero ello conllevaría la necesidad de establecer en el anteproyecto los rasgos básicos de dicha intervención.**

La norma debe contemplar los rasgos esenciales de la intervención que denomina "**habilitación**" pues la remisión que ahora se establece "**en los términos que prevea la normativa**" resulta insuficiente, siendo precisamente el proyecto la ubicación adecuada para afrontar dicho contenido.

DCJA 9/2016 pár. 354 a 366

Más allá de la cuestión competencial interna y al margen de la existencia de legítimos motivos, lo cierto es que **el anteproyecto introduce una serie de barreras a la prestación de servicios dentro del mundo del deporte que deben ser analizadas a la luz de las directivas europeas dictadas para garantizar la libre competencia y el libre acceso a la prestación de servicios**: concretamente **la Directiva 2005/36/CE,** de 7 de septiembre, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales, incorporada al derecho interno mediante el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, y la Directiva de Servicios, cuya incorporación se ha producido fundamentalmente –aunque no únicamente– a través de la LAASE.

En cuanto al reconocimiento de cualificaciones profesionales, la Directiva 2005/36/CE establece como principio general que los estados miembros no podrán restringir, por razones de cualificación profesional, la libre prestación de servicios en otro estado miembro, siempre que se encuentren establecidos legalmente en otro estado miembro para ejercer en él la misma profesión.

Lo anterior no excluye el que, como pretende el anteproyecto, el prestador de servicios deba estar sujeto a la aplicación de las normas disciplinarias del lugar de acogida que estén relacionadas directa y específicamente con las cualificaciones profesionales, por ejemplo, la definición de las profesiones, la gama de actividades que abarca una profesión determinada o que le está reservada, el empleo de títulos y la negligencia profesional grave que se encuentre directa y específicamente relacionada con la protección y la seguridad del consumidor.

Tal y como refleja la parte expositiva de la citada Directiva 2005/36/CE, la garantía que confiere a las personas que han adquirido sus cualificaciones profesionales en un estado miembro para acceder a la misma profesión y ejercerla en otro estado miembro con los mismos derechos que los nacionales debe entenderse sin perjuicio del cumplimiento por el profesional migrante de las condiciones de ejercicio no discriminatorias que pueda imponerle este último estado miembro, siempre que tales condiciones estén justificadas objetivamente y sean proporcionadas.

Desde esta perspectiva, el artículo 18 del anteproyecto elimina cualquier posible debate sobre esta cuestión, al remitirse a los tratados internacionales y a las normas comunitarias y a las disposiciones estatales de trasposición, a la hora de reconocer las cualificaciones profesionales obtenidas en estados miembros de la Unión Europea o en estados en los que resulte de aplicación la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Desde la perspectiva de **la Directiva de Servicios**, la cuestión resulta algo más complicada. Uno de los principales objetivos de esta directiva es **también**, al igual que la anterior, el de facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en la Unión Europea, con previsión de un ámbito de aplicación amplio, en el que, con carácter general y sin perjuicio de la existencia de ciertos sectores excluidos y del reconocimiento de la especificidad de determinadas actividades, se incluyen todos los servicios prestados a cambio de una remuneración.

La principal norma de trasposición interna de esta Directiva, esto es, la LAASE, también contempla dentro de sus objetivos establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta ley, no resulten justificadas o proporcionadas.

El artículo 5 de la LAASE, por su parte, considera excepcional cualquier régimen autorizatorio para el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio de la misma; excepción que únicamente podrá imponerse cuando concurran las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, y que habrá de motivarse suficientemente en la ley que establezca ese régimen autorizatorio.

Por su parte, el artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), en redacción dada por la Ley Ómnibus, establece que las administraciones públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público, así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Este mandato es reproducido también en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; ley cuya entrada en vigor se pospuso un año después de la fecha de su publicación, el 2 de octubre de 2015.

Es decir, **corresponde en principio al legislador escoger las opciones normativas que estima convenientes pero, si se trata de introducir nuevas medidas que afectan a la libre prestación de servicios, no puede obviar en su valoración considerar las diferentes opciones existentes para adoptar, en su caso, la menos restrictiva**.

Es en este marco donde debe ser examinado **el anteproyecto,** en la medida en que **pretende introducir barreras a la libre prestación de servicios en el campo de los profesionales del deporte que no se limitan a la exigencia de determinada cualificación unida a títulos académicos o profesionales** (artículos 4, 5 y 6), **sino que incluye también otras barreras al libre acceso a la prestación de los servicios como pueden ser la obligatoriedad de inscripción en un registro** (artículo 10), **o la posibilidad de establecer por el Gobierno un régimen autorizatorio aún no definido** (artículo 19.1). Por otro lado, **introduce también barreras al libre ejercicio de esas profesiones al establecer una reserva de denominaciones** (artículo 9), **la exigencia del aseguramiento de la responsabilidad civil** (artículo 13), **así como otras medidas restrictivas en materia de publicidad** (apartados 2 y 3 del artículo 19).

A la hora de analizar la necesidad y proporcionalidad de las medidas de acceso, y **aunque la Agencia Vasca de la Competencia no lo ha considerado debidamente acreditado, esta Comisión considera difícilmente cuestionable la existencia de una conexión entre la correcta práctica deportiva y la salud y seguridad de aquéllos que lo practican**. Esa relación ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional y, si bien no está justificada mediante datos empíricos o estadísticos, sí tiene su reflejo tanto en el expediente como en la exposición de motivos del anteproyecto.

Para la citada agencia, la profesionalización del deporte genera una desproporción evidente y manifiesta por su incidencia en la libre prestación de servicios, creando una barrera de entrada y una restricción en la oferta de servicios profesionales no justificada, ya que, a su juicio, no supone en realidad un aumento en los estándares de protección de la seguridad y de la salud. Considera, así, que las barreras introducidas no superan ni el primer elemento del test de proporcionalidad porque no son idóneas para obtener una mejora evidente en la salud y seguridad de la práctica deportiva.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de reconocer las dificultades a las que nos enfrenta el principio de proporcionalidad, **no podemos concluir en este caso, con certeza absoluta, que se produce una desproporción objetivable, ya que los elementos diferenciadores escogidos** – esto es, la salud y la seguridad– **no son ni arbitrarios ni carentes de fundamento racional.**

La exposición de motivos aduce a una similitud entre los modelos deportivos vasco y catalán, para "apropiarse", en el buen sentido, de los fundamentos y razones que llevaron a aprobar en su día la LEPDCat, a lo que se añade la denuncia en el Plan vasco del deporte 2003-2007 de una falta de regulación profesional en ese mundo, que ha conducido a una irrupción en el mercado de personas carentes de formación y a situaciones de infracualificación.

Por otro lado, **el anteproyecto adopta además dos declaraciones importantes con el fin de evitar cualquier posible discriminación de orden subjetivo o territorial**. En el orden interno, el párrafo 7 del artículo 1 establece que su regulación se entiende sin perjuicio de lo establecido en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, asumiendo de esta forma los principios y garantías recogidos en esta ley. En el orden europeo e internacional, el ya citado artículo 18 elimina cualquier posible discriminación en el reconocimiento de las

cualificaciones profesionales. Estos dos preceptos, unidos a las reglas especiales previstas en el artículo 7 para los supuestos específicos, permiten desechar un trato discriminatorio, puesto que cualquier profesional que obtenga una cualificación homologada a la exigida en el anteproyecto podrá ejercer su actividad de forma habitual en el País Vasco, mientras que para las actuaciones ocasionales en la Comunidad Autónoma por parte de profesionales que no ejerzan de forma habitual en el País Vasco, este artículo también ofrece una solución abierta e integradora.

En este contexto, la exigencia de cualificación puede considerarse una barrera al acceso proporcionada y no discriminatoria.

Aunque la Comisión estima que debería haberse realizado un mayor esfuerzo para exponer todas las opciones existentes para conseguir esa finalidad, así como, si no la necesidad, sí las ventajas de la opción finalmente escogida frente a otras posibles, también es cierto que esa necesidad puede ser extraída implícitamente o, incluso, explícitamente de otros textos normativos. Prueba de esta última afirmación es lo señalado, en su momento, en el preámbulo del ya derogado Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuraban como enseñanzas de régimen especial las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos, se aprueban las directrices generales de los títulos y de las correspondientes enseñanzas mínimas (actualmente sustituido por el también citado Real Decreto 1363/2007, de 24 de octubre). Este texto ya reconocía cómo "(...) en los últimos años las actividades deportivas han cobrado una gran importancia en el ámbito del mantenimiento de la salud (...). Por otra parte, las prácticas deportivas (...) implican a menudo situaciones de riesgo o de peligrosidad objetiva que exigen, además de los necesarios conocimientos sobre las actividades y su práctica, una especial formación en materia de seguridad y de primeros auxilios". De ahí que, "(...) la formación de los entrenadores demanda unas condiciones de calidad y exigencia que consideren como aspecto básico que el futuro técnico deportivo reúna una cultura apropiada y, particularmente, unos contenidos formativos asociados y acordes con las funciones y tareas que debe desempeñar".

En cuanto al registro, su configuración como requisito indispensable precisa de una reflexión específica, en conexión con lo dispuesto en el artículo 19.1 del anteproyecto. Este último precepto contiene un mandato al Gobierno para garantizar la salud y la seguridad de las y los consumidores y usuarios, atribuyéndole asimismo, a nuestro juicio de modo excesivamente abierto, la capacidad para establecer los oportunos sistemas de autorización, declaración responsable, comunicación, evaluación acreditación e inspección con relación a la exigencia de cualificaciones.

La configuración del registro como requisito indispensable para el acceso y ejercicio de las profesiones debe ser considerado como un régimen de autorización; régimen en el que se prevé un control previo o *ex ante* del cumplimiento de los requisitos exigidos para desempeñar la actividad. Conforme al artículo 5 de la LAASE, la protección de la salud es uno de los motivos que pueden justificar la necesidad de un régimen de autorización de esta naturaleza pero, de acuerdo también con ese mismo artículo, la imposición de cualquier régimen de control sobre la actividad económica ha de atender también, según se ha adelantado, al principio de proporcionalidad; es decir, que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

El departamento promotor, a la hora de justificar la necesidad de ese registro, ha aludido también a otros antecedentes, como el de la LEPDCat, y otros registros profesionales.

Ahora bien, aunque atendiendo al objetivo perseguido por el anteproyecto –la salud y seguridad– el legislador puede introducir un registro de estas características, también es cierto que en este caso la proporcionalidad de la medida puede resultar discutible, por cuanto este es uno de los casos en los que no se aprecia con nitidez la necesidad de esta fórmula de intervención previa, frente a otras posibilidades menos restrictivas. A efectos ilustrativos y dado que el propio departamento alude a otros antecedentes, consideramos de interés mencionar que la LEPDEx ha introducido, y considerado por tanto suficiente para resolver la misma cuestión, la obligación de presentar únicamente una comunicación previa.

Sometemos por ello al órgano promotor la posibilidad de valorar si para conseguir los objetivos del anteproyecto no resultaría suficiente con establecer una comunicación previa o, en su caso, una declaración responsable, unida a un registro de carácter informativo. **Esta posibilidad constituye una medida menos restrictiva que la prevista en el anteproyecto y más acorde, a nuestro juicio, con los principios que pretende implantar la Directiva de Servicios.**

DCJA 12/2016 pár. 169 a 191

El artículo 16 vuelve a **incidir en las posibles responsabilidades penales, si bien en este caso referidas a quienes ejerzan las profesiones contempladas por el anteproyecto sin la debida cualificación.**

En su actual redacción no puede asociarse ningún efecto concreto a este artículo, ya que actúa como un simple recordatorio de la normativa que resulte aplicable, así como de las consecuencias que resulten del mismo. No obstante, **uno de los efectos nada desdeñables que puede derivarse de ligar una profesión con una titulación determinada es el posible nacimiento de una responsabilidad penal, ya que el artículo 403 del vigente Código Penal contempla el delito de intrusismo mediante una "Ley penal en blanco",** esto es, su concreción obliga a acudir a otras disposiciones, como la que nos ocupa, para completar su contenido. Es conveniente, por tanto, analizar cómo el anteproyecto puede afectar a la definición penal.

En la configuración de este delito de intrusismo, tal y como figuraba definido en el Código Penal de 1973, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 111/1993, de 25 de marzo, estimó que el término "título oficial" a que se refería el artículo 321.1 del Código Penal no podía ser entendido sino como "título académico oficial". Por ello, consideró que cualquier interpretación de dicho artículo que admitiera la sanción como delito de intrusismo de injerencias únicamente en profesiones que exigiesen "título oficial", pero no "título académico oficial", vulneraba frontalmente el principio de legalidad penal y constituía un caso de extensión *in malam partem* del alcance del tipo a supuestos que no podían considerarse incluidos en él.

El vigente Código Penal modificó la anterior definición del delito de intrusismo, contemplando separadamente el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente "título académico" de aquéllos que exigen únicamente un "título oficial". Un tercer supuesto agravado recoge el supuesto en el que el culpable se atribuye públicamente la cualidad de profesional.

La nueva redacción del nuevo Código Penal tampoco resolvió definitivamente la interpretación que debe darse a la expresión "título oficial". La Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 2/1996, entendió, junto con gran parte de la doctrina, que el legislador establecía aquí un tipo atenuado autónomo, sancionando con una pena inferior la injerencia en profesiones cuyo ejercicio exija un título oficial no académico.

La cuestión, no obstante, tampoco quedó definitivamente resuelta porque, en la ya citada **STC 111/1993, el Tribunal Constitucional** también **declaró contrario al principio constitucional de proporcionalidad entre el injusto y la pena conceder la intensa protección penal frente a injerencias en profesiones que, precisamente por no requerir un título académico oficial, no afectan a bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional como la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad**, pues en tales casos estimaba que bastaría con la mera imposición de una sanción administrativa.

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional no ha dispuesto de muchas ocasiones para analizar el cambio que supuso en la configuración del delito de intrusismo la nueva definición del mismo incluida en el vigente Código Penal. En su Sentencia 174/2000, de 26 de junio, se enfrentó a un recurso de amparo en el que la condena por intrusismo se había dictado ya conforme al nuevo código, pero no analizó esta modificación puesto que aplicó el inciso primero (título académico) del artículo 403 del Código Penal a una profesión –la de gestor administrativo– que, en realidad, sólo requería título oficial. Se limitó a reiterar su doctrina tradicional, añadiendo, además, que en el ejercicio genérico de esa concreta profesión no observaba un interés público esencial que, en el juicio de proporcionalidad, se hiciera merecedor del grado de protección dispensado a través del sistema penal de sanciones.

En consecuencia, **no se pronunció sobre la eventual constitucionalidad del inciso segundo o sobre si, al menos desde la perspectiva del principio de legalidad, existía una nueva cobertura para la sanción penal de estas conductas.**

En este contexto, fue el Tribunal Supremo el que, en su Sentencia 2066/2001, de 12 noviembre, trató de dar una interpretación que integrara la nueva redacción del Código Penal con la doctrina del Tribunal Constitucional. Para ello estableció las siguientes pautas: i) restringir la aplicación del tipo atenuado del inciso segundo a supuestos en que el intrusismo se produzca en profesiones que requieran una especial capacitación de la que dependan bienes jurídicos de la máxima relevancia constitucional, como son la vida, la integridad corporal, la libertad y la seguridad; ii) excluir radicalmente su aplicación en aquellas profesiones en las que ya existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional afirmando que no se observa en el ejercicio genérico de la misma un interés público esencial que en el juicio de proporcionalidad le haga merecedor de tan alto grado de protección como la dispensada a través del sistema penal de sanciones (p.ej. agentes de la propiedad inmobiliaria o gestores administrativos); iii) interpretar el pre-

cepto atendiendo esencialmente al bien jurídico protegido, la apariencia de verdad que poseen determinados títulos y que constituye mecanismo necesario y esencial para garantizar a los ciudadanos la capacitación de determinados profesionales. Bien jurídico de carácter colectivo y no individual, cuya lesión afecta a la sociedad y no a particulares intereses patrimoniales individuales o de grupo, como pueden ser los miembros de un colectivo profesional.

De acuerdo con esta doctrina, **el único interés que puede fundamentar y legitimar cualquier restricción penal al acceso a una profesión mediante la exigencia de un título oficial, académico o no, es el interés público.**

Volviendo al anteproyecto que nos ocupa, ya hemos reiterado en numerosas ocasiones a lo largo de este dictamen la existencia de una innegable conexión entre la adecuada práctica del deporte y la salud y seguridad de los deportistas. Aunque ceñido exclusivamente a la **profesión de profesor de educación física**, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 194/1998 de 1 octubre, estableció de modo explícito esa conexión al señalar que "la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten la educación física y el deporte (art. 43.3 CE) y que ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud –a la que se refiere el apartado 1 del mismo art. 43 CE–. De suerte que no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte, desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el establecimiento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas y de modo especial, para quienes tienen como función la de docentes de esta materia en los centros de enseñanza. Debe, además, tenerse en cuenta que los destinatarios de tales actividades son en una buena parte de los casos, menores de edad, y ello redunda en unas mayores exigencias de preparación y responsabilidad para quienes asumen dicha docencia".

Esta argumentación llevó al Tribunal Constitucional a rechazar el amparo solicitado por haber sido condenado el recurrente como autor de una falta de intrusismo del art. 572.2 del Código Penal de 1973.

Resulta obligatorio reconocer, por tanto, la posibilidad de que el ejercicio de alguna de las profesiones reguladas por el anteproyecto sin la adecuada titulación pueda dar lugar a alguno de los tipos penales contemplados en el artículo 403 del vigente Código Penal, según se trate de un título oficial o académico. Ninguna duda cabe al respecto con respecto a la profesión de profesor de educación física, si bien en ese caso no sería por efecto del anteproyecto, puesto que la ley penal en blanco ya habría sido completada con anterioridad por la legislación estatal dictada en materia educativa.

Más complicado resulta determinar si esa protección podría extenderse al resto de profesiones del anteproyecto. El párrafo 7 del artículo 7 considera títulos o certificaciones oficiales, además de las expedidas por la Administración educativa, las expedidas por la Administración laboral en el ámbito de la legislación sobre cualificaciones profesionales y las expedidas por la Administración deportiva en el marco de la legislación deportiva.

Ahora bien, aunque finalmente se refiera a unas titulaciones determinadas, lo que el anteproyecto pretende imponer es una adecuada cualificación profesional, que puede acreditarse en cada caso mediante diferentes títulos y, en algunos casos, incluso mediante formación oficial incompleta y certificados académicos o de profesionalidad que acreditan las competencias profesionales adquiridas en relación con el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional. En otros casos, se limita a requerir una "formación específica" relacionada con la concreta actividad a desarrollar.

Siendo esta la situación, **la Comisión considera que, dejando al margen la de profesor de educación física por los motivos ya expuestos, otorgar protección penal a su ejercicio a través de todas esas titulaciones parece excesivo en el resto de las profesiones contempladas, siendo suficiente la protección que ofrece el ámbito administrativo y ello, pese a la trascendencia del bien jurídico que se pretende defender con la regulación de estas profesiones**. No obstante, hasta que no se clarifique con carácter definitivo el alcance del tipo atenuado previsto en el inciso segundo del artículo 403 del Código Penal, no parece prudente avanzar una conclusión definitiva sobre esta cuestión.

DCJA 12/2016 pár. 235 a 250

IX. Protección de datos personales

En el párrafo 1 del artículo 101 se prevé la existencia de un **registro de sanciones**, en el que se anotarán las sanciones firmes impuestas por infracciones a esa ley, con traslado, además, al Registro de empresas y actividades turísticas, para su inscripción, de la correspondiente resolución firme, en el caso de imposición de sanciones por infracciones graves, muy graves y accesorias.

El órgano proponente se ha decantado, por tanto, por un **sistema de doble registro**, para esas infracciones, en lugar de otras soluciones más acordes con la simplificación de estructuras, como, por ejemplo, la creación de una sección en el Registro de empresas. Y tal decisión se ha adoptado pese a que el artículo 75 somete a la disciplina turística a las personas físicas y jurídicas titulares de empresas turísticas, así como a las que ejerzan una profesión turística –es decir, a las inscritas en el Registro de empresas–; y a que son esas personas sobre las que recae la responsabilidad de las infracciones en materia de turismo, en los términos del artículo 95.

Además, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del mismo precepto, **en el caso de infracciones muy graves, la autoridad que ha resuelto el expediente puede acordar la publicación de la sanción, una vez haya adquirido firmeza en la vía administrativa, "en previsión de futuras conductas infractoras".**

Las dos materias tratadas (la creación de un registro de sanciones y la publicidad de las sanciones) merecen ser comentadas desde la perspectiva de la **normativa reguladora de la protección de datos de carácter personal**, como hemos hecho en otros dictámenes, mereciendo ser citado el Dictamen 83/2012 (emitido con ocasión del anteproyecto de ley de vivienda).

Como cuestión previa debe indicarse que **no todos los datos relacionados con la imposición de las sanciones se encontrará sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD)**. Ello se funda en el hecho de que el párrafo primero del artículo 2.1 de dicha ley delimita su ámbito de aplicación, disponiendo que "La presente Ley Orgánica será 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 estos datos por los sectores público y privado", siendo datos de carácter personal únicamente, según el artículo 3 a), "Cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables".

Según los artículos 75 y 95 del anteproyecto, pueden ser responsables de las infracciones en materia de turismo las personas físicas y jurídicas. Por lo tanto, **los datos correspondientes a sanciones cuyo destinatario no sea una persona física o que no se refieran a personas físicas identificadas o identificables, no se encontrarán sometidas a lo dispuesto en la LOPD.**

Además, procede también apuntar previamente, en el contexto del artículo analizado, que, partiendo de la previsión del artículo 105.b) de la CE, la LRJPAC ha desarrollado en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos de acceso a la información pública, archivos y registros (según la redacción otorgada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). La Ley 39/2015, asimismo, traslada al artículo 13.d) el reconocimiento de ese derecho de las personas en sus relaciones con las administraciones públicas, de acuerdo con lo previsto en la citada Ley 19/2013 y el resto del ordenamiento jurídico.

La Ley 19/2013 regula el derecho a la información pública en el capítulo III del título I. En su artículo 15 prevé que, si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el artículo 7.3 de la LOPD, relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma con rango de ley.

Dicho lo anterior, la Comisión, por su relevancia, quiere recordar que **el hecho de que el rango de la norma proyectada sea el de ley no avala que todo lo contenido en ella sea acorde con el respeto al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.**

Como indica la propia Agencia Vasca de Protección de Datos (AVPD), en su dictamen CN11-007: "(…) aunque la norma tenga rango de Ley y que sea un principio general de protección de datos que el consentimiento del interesado pueda ser excepcionado cuando así lo prevea una norma con tal rango, no es posible limitarse a la constatación de que la incidencia en el derecho fundamental se produce a través de una Ley, implicando ello de manera automática la no vulneración del derecho

fundamental, sino que deberá comprobarse que dicha Ley cumple los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para hacer válida dicha incidencia".

En ese sentido, exige que **la recogida y tratamiento de datos de carácter personal se realice desde su subordinación a los principios de calidad de los datos y de proporcionalidad:** "Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido" (artículo 4.1).

Asimismo, requiere que "**los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan de dejado de ser necesarios** o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados" (artículo 4.5).

Estos límites y, a la vez, garantías reforzadas para el tratamiento de los datos personales (el principio de finalidad de los datos, el de proporcionalidad y el derecho de cancelación) deben presidir todas las actuaciones relacionadas con esta materia en aplicación de la norma que informamos, con especial incidencia en el artículo 101 ahora analizado.

No debe olvidarse que el derecho a la protección de datos de carácter personal (o derecho a la autodeterminación informativa, según recuerda la AVPD) deriva del artículo 18.1 de la CE y ha sido consagrado como derecho fundamental y autónomo, así analizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre), que tiene un ámbito más amplio que el derecho a la intimidad. Su contenido, según esa sentencia, consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales "que se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y… requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos".

Pero, como reconoce la misma sentencia, **ese derecho fundamental no es ilimitado y puede ceder ante bienes e incluso intereses constitucionalmente relevantes** "**siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido".**

Por ello, la ley que establezca esos límites "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 70/2009). Según el Tribunal Constitucional, la injerencia en ese derecho exige –al igual que en el derecho fundamental a la intimidad–, "de un modo inexcusable", una previsión legal que "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención (…)"; o lo que es lo mismo, ha de poseer cierta "calidad de ley".

Es decir, no basta con que sean fijados en ley los límites al derecho fundamental ahora concernido, sino que, como ha expuesto recientemente la AVPD (en el informe emitido en relación con el anteproyecto de ley de modificación de la ley contra el dopaje en el deporte), **es también necesario que "obedezcan a una justificación objetiva y razonada y someterse a la estricta observancia del principio de proporcionalidad** en su triple perspectiva de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto".

Trasladando las consideraciones expuestas al análisis del artículo 101, respecto al registro de sanciones que el anteproyecto dispone que debe existir (en principio, para inscribir todo tipo de sanciones firmes), **la Comisión aprecia, en primer lugar, que la regulación que se prevé para ese registro carece de detalle en cuanto al contenido de los datos que debe recoger, a las obligaciones o limitaciones que pretende establecer y a cómo se produce el acceso al mismo (o sea, no cumpliría con la exigencia de "calidad de ley"** a que se refiere el Tribunal Constitucional). La norma tan solo prevé la existencia de "un registro de sanciones, en el que se anotarán las sanciones firmes impuestas por infracciones a la presente ley"; a lo que añade que, en el caso de sanciones por infracciones graves, muy graves y accesorias, la resolución firme del órgano sancionador se trasladará también al Registro de empresas y actividades turísticas de Euskadi para su inscripción.

No se dispone, por tanto, de la información suficiente para realizar una valoración sobre la limitación de acceso a los datos que consten en dichos registros. En cualquier caso, es incuestionable que el acceso a los datos de carácter personal que figuren en ese registro habrá de atenerse a la normativa reguladora de la protección de esos

datos, teniendo presente, además, que, por referirse a infracciones administrativas, se trata de datos especialmente sensibles (a título de ejemplo, en el artículo 66 de la Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas del País Vasco, se crea el registro de sanciones en esa materia y advierte de la exigencia de respeto a la normativa de protección de datos).

Por ello, y con base en el principio de seguridad jurídica y en el artículo 4 LOPD, debe revisarse esa apertura indeterminada y señalar los criterios básicos de la regulación, que permitan, en su caso, aplazar algunas cuestiones a las normas de desarrollo complementarias.

Se advierte, asimismo, que dada su ubicación en el precepto, la cancelación de la inscripción parece referirse solo a la que se realiza también en el Registro de empresas y actividades turísticas, lo que merece una aclaración porque, en ese caso, se desconoce el régimen que se sigue para las cancelaciones en el registro específico de sanciones.

Por lo que respecta a la **publicación de las sanciones**, cabe dejar constancia de que la **Agencia Española de Protección de Datos** (en materia de dopaje) **ha considerado que no resulta contraria a la LOPD, siempre que se cumplan ciertas limitaciones:** I) **La publicación no debe entenderse como una sanción añadida** –la legislación no contempla como sanción específica la amonestación pública–, sino que debe entenderse como una consecuencia necesaria del procedimiento sancionador. II) **Es preciso garantizar el principio de proporcionalidad**, que afecta al alcance de lo publicado, en relación con los datos que pueden publicarse y con el momento en que sea posible esa publicación. III) **La publicación debe garantizar el principio de finalidad, lo que se traduce en que, transcurrida la sanción, el dato sea objeto de cancelación**.

El artículo 45.1 de la Ley 39/2015 (como hace el artículo 60.1 de la LRJPAC) permite que los actos administrativos sean objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente. La publicación se realizaría en el diario oficial correspondiente.

En este caso, la propuesta de publicación se inserta en una norma legal y se prevé para el caso de infracciones muy graves (párrafo 3 del artículo 101 comentado), invocando, de manera genérica, motivos ejemplarizantes o disuasorios ("en previsión de futuras conductas infractoras"). Pero esa razón por sí sola resulta insuficiente, porque nada añade a esa finalidad que conlleva cualquier sanción.

En el supuesto que analizamos y con la información ofrecida, no se vislumbra de forma clara el interés público singularizado –diferenciado del propio efecto disuasorio y ejemplarizante que caracteriza a toda sanción– que se persigue con su difusión pública –que, si se encuentra en conexión con la protección de los derechos de las personas usuarias, debe de motivarse de manera suficiente–. Por ello, desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, sería necesaria la invocación de un motivo válido y suficiente para superar el juicio de proporcionalidad que reclama el artículo 4.1 de la LOPD.

En rigor, **la publicidad de las sanciones en el presente supuesto, sin otra motivación, adquiere, de hecho, los rasgos de una sanción accesoria, y, como tal, en su caso, debería ser contemplada y tratada en la norma, con las advertencias que se han realizado en cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal, cuando así proceda, por afectar a personas físicas**. Como sanción accesoria se caracteriza, por ejemplo, en el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2007, en el que se prevén los datos a publicar en consideración a "que concurra riesgo para la salud o seguridad de los consumidores y usuarios, reincidencia en infracciones de naturaleza análoga o acreditada intencionalidad en la infracción".

DCJA 9/2016 pár. 417 a 442

X. Registros

Una de las novedades que incorpora la regulación proyectada es la referida a la exigencia de que las personas que quieran constituir una pareja de hecho –artículo 12 y artículo 6.4 (registros municipales)–, **cancelar la inscripción** (artículo 16) **o inscribir el pacto regulador del régimen económico-patrimonial** (artículo 19) **deben comparecer ante el registro**, en la forma que establece el artículo 25.

Este artículo 25, en su párrafo 1 (con olvido de la posibilidad municipal), determina que **la comparecencia deberá realizarse con carácter previo a la calificación por el registro de las solicitudes.**

En su párrafo 2 determina: "La comparecencia **se configura como un acto personalísimo** y, por tanto, habrá de realizarse por las personas interesadas de forma presencial, **no admitiéndose la posibilidad de que sea realizado por medio de representante**, en la forma prevista en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas".

Si bien, de los artículos 11.2.a), 14.2 y 18.2.a) parece derivar la posibilidad de autorizar a una persona para que comparezca en nombre de la persona interesada.

El artículo 12.2, por su parte, contempla las excepciones a dicha obligación de comparecer para aquellas personas que padezcan una enfermedad grave o estén ingresadas en un establecimiento penitenciario.

Como antes el artículo 40 de la derogada Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), hoy **el artículo 19 de la LPAC sujeta la comparecencia obligatoria ante las oficinas públicas (presencial o por medios electrónicos) a su previsión en una norma con rango de ley.**

Sin negar el loable objetivo que parece estar detrás de la regulación proyectada (contribuir a evitar el fraude de ley), al que vendría a servir, en parte, la introducción del trámite de la comparecencia obligatoria, en la perspectiva que corresponde a nuestro análisis resulta problemática.

En este punto, **el proyecto** (así se desliza en algunos de los informes del expediente) **sólo podría ampararse en la mención que el apartado 3 del artículo 4 de la LPH contiene a la manifestación de la voluntad por ambos miembros de la pareja** ("Junto con la solicitud de inscripción, ambos miembros de la pareja deberán, además de manifestar su voluntad de inscribirse, acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2.1, así como señalar el domicilio de la pareja").

Este único sustento, advierte la Comisión, resulta frágil porque la manifestación de voluntad admite muy diversos modos válidos de producirse y, en todo caso, no parece que pueda otorgar la cobertura legal necesaria a las comparecencias previstas para la cancelación o para la inscripción autónoma de los pactos reguladores de las relaciones económico-patrimoniales.

DCJA 218/2016 pár. 68 a 76

XI. Sanidad

En el proyecto la figura del referente de seguridad es la persona que debe desarrollar las "tareas de coordinación de las distintas acciones para la mejora de la seguridad de las y los pacientes", así como desarrollar las orientadas a la "implantación y mantenimiento de la cultura de la seguridad". Se prevé su existencia en todos los centros y servicios sanitarios del artículo 2.1, si bien se contempla que en aquellos que cuenten con menos de seis profesionales sanitarios en su plantilla las funciones del referente de seguridad podrán ser desempeñadas por quien "ejerza como responsable sanitario del centro".

Especial atención merece la regulación sobre su designación, duración de esta, su prórroga, régimen de renuncia y de vacante, ausencia o enfermedad que realiza el artículo 6.3.

Ha de tomarse en consideración, de nuevo, **la doble proyección de la norma tanto sobre los centros y servicios sanitarios públicos como sobre los privados.**

Respecto de los primeros, se trata de una regulación (del expediente parece derivarse que se está pensando en unas funciones, no en la creación de un puesto específico) que ha de resultar compatible con la normativa aplicable al tipo de personal sobre el que recaiga la designación. Por ello, parece suficiente establecer la exigencia de la existencia de una persona referente de seguridad en cada centro o servicios sanitarios.

En la perspectiva de los centros y servicios sanitarios privados el detalle en la regulación de la figura podría exceder el ámbito propio del reglamento. La manera en que cada centro o servicio designe a la persona, el tiempo de permanencia, renuncia, sustituciones por enfermedad, etc., son cuestiones que, en principio, pertenecen al ámbito de decisión del titular de la empresa. **Salvo que llegara a considerarse, con un claro fundamento en el interés público,** que es imprescindible la determinación de límites o condicionantes (así, un tiempo máximo de desempeño, unos conocimientos determinados…), lo que, en todo caso, debería formularse en unos términos compatibles con las facultades de decisión y organización del titular de cada centro o servicio sanitario.

DCJA 54/2016 pár. 90 a 94

XII. Turismo

Para centrar la cuestión atinente a la problemática asociada al **principio de unidad de explotación** que regulan los artículos 34 y 35 del anteproyecto, es preciso realizar unas observaciones generales previas.

Ese principio se ha acuñado en el ámbito del turismo, vinculado inicialmente a la gestión de los apartamentos turísticos, y ha sido establecido y regulado en las normativas autonómicas de ordenación del turismo de algunas comunidades autónomas. Con diferentes variantes en su formulación, en todas ellas consiste en el **sometimiento a una única empresa de la actividad de explotación turística alojativa en cada uno de los establecimientos.** Con la aplicación de dicho principio se pretende que el conjunto de unidades alojativas ubicadas en un mismo inmueble o establecimiento se sometan a una unidad de gestión, a fin de ofrecer servicios homogéneos y con un mismo nivel de calidad en la prestación del servicio.

La Ley 7/1995, de 6 de abril, de ordenación del turismo de Canarias, introdujo, como una novedad, ese principio para los establecimientos alojativos, que ha sido reconocido, asimismo, en otras comunidades autónomas (como, por ejemplo, la valenciana, en la Ley 3/1998, de 21 de mayo –añadido en el artículo 7, por la Ley 7/2014, de 22 de diciembre–; la de Madrid, en la Ley 1/1999, de 12 de marzo; la de Galicia, en la Ley 7/2011, de 27 de octubre –ya se contemplaba por primera vez en la Ley 9/1997, de 21 de agosto, después derogada–; la de Andalucía, en la Ley 13/2011, de 23 de diciembre; la de Baleares, en la Ley 8/2012, de 19 de julio; o la de Murcia, en la Ley 12/2013, de 20 de diciembre).

En la práctica, mediante la aplicación de ese principio se viene a equiparar el régimen de explotación de los apartamentos turísticos y el de establecimientos hoteleros mediante un sistema de concentración de los servicios turísticos en empresas especializadas, ya sean unidades de explotación o empresas explotadoras.

Sus defensores sostienen que responde a la necesidad de proteger los derechos de los turistas a obtener unos servicios profesionalizados y de calidad (criterio utilizado por el órgano promotor de la iniciativa); en definitiva, se justifica, de manera general, en la protección de las personas usuarias de servicios turísticos.

Como venimos reiterando, en la Directiva de Servicios, el concepto de "razones imperiosas de interés general" desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado de la Comunidad Europea, abarca entre sus ámbitos la protección de los derechos de los consumidores y de los destinatarios de los servicios (artículo 4). Y en ese sentido asume ese concepto el artículo 3.11 de la Ley 17/2009.

Pero, de otra parte, **el problema surge en la concreción de esa protección y en el juicio de proporcionalidad de las medidas adoptadas al amparo de esas razones**. Y adquiere especial relevancia respecto a situaciones jurídicas preexistentes, constituidas por la titularidad de unidades alojativas no explotadas turísticamente pero ubicadas en un establecimiento dedicado a ese uso. Como se ha puesto de manifiesto en los conflictos planteados en relación con la aplicación de este principio, el efecto que se consigue es evitar la convivencia en un mismo edificio o complejo de los usos de residencia y turístico (que persiguen intereses distintos y en muchos caso opuestos), limitándose los derechos de propiedad de los titulares de inmuebles en complejos turísticos, que, si pretenden arrendarlos para fines turísticos o vacacionales, han de hacerlo mediante una única titularidad de explotación.

Se postula que su finalidad es gestionar de una manera más coordinada los complejos turísticos a fin de tratar de proyectar una imagen de calidad e integridad al turista, en el entendimiento de que así se mejora la gestión de complejos y establecimientos turísticos extrahoteleros, al concentrar la explotación de las unida-

des alojativas en una única titularidad empresarial, que es la que impone los criterios de gestión y, a la postre, establece el precio de todos los apartamentos del complejo turístico, sin que los propietarios individuales puedan ofertarlos ni ajustarlos.

Por ello, **en la actualidad ese principio se encuentra cuestionado porque**, desde que se integró en los ordenamientos jurídicos autonómicos, **se han producido importantes novedades normativas en relación con la consolidación de los principios de libertad de empresa y de establecimiento**, especialmente **como consecuencia de la aplicación de las directrices europeas sobre la libre prestación de servicios;** y también, de forma especialmente significativa, por la incidencia en este ámbito de los principios que rigen **en materia de los mercados y la competencia** (de manera singular, desde la aprobación de la LGUM). **De hecho, en el procedimiento de elaboración del anteproyecto la AVC** [Autoridad Vasca de la Competencia] **ha expresado que dicho principio atenta contra la libre competencia ya que limita ostensiblemente la oferta.**

Sirve como prueba de la conflictividad suscitada por ese principio el hecho de que, en julio de 2005, la Comisión Europea, en un procedimiento de infracción, decidiera pedir oficialmente al Reino de España que revisara sus normas sobre alquileres turísticos en las Islas Canarias en lo referente a la autorización previa y al principio de unidad de explotación. Según la Comisión, esos requisitos infringen las normas del Tratado CE sobre la libre prestación de servicios (artículo 49).

Asimismo, es reseñable, también a título ilustrativo, que la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (Ministerio de Economía y Competitividad), ha intervenido con ocasión de la reclamación de un particular de las Islas Baleares (en el marco del procedimiento del artículo 28 de la LGUM en el que alegaba la vulneración de los artículos 5 y 16 de la LGUM y del derecho a la libertad de empresa y a la propiedad privada reconocidos en los artículos 38 y 33 de la CE). Esa secretaría ha emitido en dicho procedimiento un informe, fechado el 20 de febrero de 2015, en el que da noticia de que "se está impulsando (…) un proceso de coordinación interdepartamental a distintos niveles territoriales para simplificar y armonizar la normativa y maximizar la protección de los agentes que intervienen en la actividad turística y se ha creado un grupo de trabajo dependiente de la Mesa de Directores Generales de Turismo para avanzar en el proceso de armonización, en línea con las exigencias del Plan de Racionalización Normativa que acompaña a la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (...). En este sentido, siendo la regulación de los alojamientos turísticos materia de competencia autonómica, en la reunión de la Mesa de Directores Generales de Turismo, celebrada en Pamplona el 22 de febrero de 2013, se creó un grupo de trabajo para lograr cierto consenso sobre las normas autonómicas que deberían aprobarse para regular estas nuevas figuras".

En ese informe se concluye que "cabría analizar la proporcionalidad de la regulación descrita en relación con la razón imperiosa de interés general que se pretende proteger. Por ello se va a continuar con el procedimiento abierto de coordinación interadministrativa con las Comunidades Autónomas, que ostentan la competencia exclusiva en materia de ordenación turística, para la adaptación de las normas reguladoras actuales a la modificación efectuada por la LAU, sin perjuicio de que, en su caso, se contemplen y justifiquen razones imperiosas de interés general que no puedan solucionarse con medidas menos restrictivas".

En la CAE, la Ley 16/2008, que modificó la LOT, introdujo como aspecto caracterizador de los apartamentos turísticos (artículo 28) su gestión bajo el principio de unidad de explotación empresarial, entendida como la exigencia de sometimiento a una única titularidad empresarial de la actividad de explotación turística alojativa de esos apartamentos (párrafo 2 del artículo 28). El párrafo 3 prevé que "La persona titular de la explotación turística referida en el párrafo anterior debe obtener un título jurídico de las personas propietarias que la habilite suficientemente para la explotación turística del establecimiento, con el objeto de garantizar las responsabilidades que se deriven de la misma". No se asocia infracción específica alguna al incumplimiento de ese principio.

En el anteproyecto, el artículo 34 (ubicado dentro del título V, capítulo II, que regula las disposiciones generales comunes aplicables a todas las empresas turísticas) dispone en el párrafo 1 que "Las empresas turísticas ejercerán su actividad bajo el principio de unidad de explotación"; y en el párrafo 2 especifica que "Se entiende por unidad de explotación el sometimiento de la actividad turística a una única titularidad de explotación ejercida en cada establecimiento". Añade en ese párrafo que "La unidad de explotación supone la afectación a la prestación del servicio de alojamiento turístico de todas las unidades de alojamiento integrantes de la edificación o las edificaciones y sus partes independientes y homogéneas ocupadas por cada establecimiento".

Conforme al artículo 35 del anteproyecto, el incumplimiento de ese principio y de sus requisitos y condiciones se considera infracción y se sanciona con arreglo a la ley (en el artículo 94.5 se tipifica como infracción muy grave), además

de conllevar la exclusión de la oferta turística de Euskadi de los alojamientos afectados; sin que se pueda ejercer en ellos la actividad turística alojativa, perdiendo eficacia la declaración responsable conectada con ellos y sin que puedan ser incluidos en los catálogos ni ser comercializados por agencias de viajes u otros canales de oferta turística.

Cabe reseñar que, en respuesta a las alegaciones de la AVC respecto a este principio, el órgano promotor ha citado su positivación también en otras normativas autonómicas. Pero **no se han facilitado datos concluyentes que permitan valorar la proporcionalidad de la regulación descrita en el ámbito concreto de la realidad turística en la CAE y con el alcance que se prevé para toda la tipología de empresas turísticas –no solo para los apartamentos turísticos, como hace la LOT**–.

Hay que tener en cuenta que tal valoración se hace necesaria porque en la aplicación del principio subyace un enfrentamiento entre el interés general que se pretende proteger (el derecho de las personas usuarias de servicios turísticos, en forma de una mayor calidad de los mismos), singularmente, con los intereses de las personas particulares propietarias de unidades alojativas individuales, que ven condicionado el ejercicio de las facultades derivadas del derecho de propiedad, además de con la libre prestación de servicios –que también podrían ejercitar otros operadores turísticos–.

Dicho lo anterior, ha de insistirse en que, dada la ubicación de los artículos 34 y 35 en el capítulo II del título V, y conforme a la formulación del principio de unidad de explotación, sería aplicable a todas las empresas turísticas (personas físicas o jurídicas), ya sean de alojamiento o de mediación (según la tipología que establece el artículo 29 del anteproyecto). No obstante, como se ha expuesto, en su concepción originaria en la LOT y en otras normativas, ese principio viene referido generalmente, por la forma en que opera, a las empresas turísticas de alojamiento y, más en concreto, junto a los establecimientos hoteleros, a los apartamentos turísticos (artículo 28 de la LOT).

Ese principio resulta difícilmente concebible para las empresas turísticas de mediación e, incluso, para algunas modalidades de empresas de alojamiento que se regulan en el anteproyecto (según el artículo 38, además de los establecimientos hoteleros y los apartamentos turísticos, los agroturismos y casas rurales, los campings, albergues y otros tipos de establecimiento, entre los que se encuentran las residencias de estudiantes y colegios mayores, alojamientos en carros, cabañas en los árboles, etc. –en los términos que dispone el artículo 52–); al tiempo que resulta incompatible con el alquiler de viviendas para uso turístico o de las habitaciones en viviendas particulares para uso turístico, que el artículo 36 también considera “empresas turísticas de alojamiento”.

A modo recopilatorio de lo hasta ahora dicho, el principio de unidad de explotación ha de venir referido en la norma proyectada solo a los establecimientos de alojamiento mencionados: los hoteleros y los apartamentos turísticos; por supuesto, previa justificación suficiente de las razones en las que se soporta, en consideración a las circunstancias que concurren en el ámbito de la CAE, y su proporcionalidad. De hecho, en el artículo 44 del anteproyecto, referido al concepto de apartamentos turísticos, es donde se explicita la aplicación concreta del principio (párrafo 1), y en el párrafo 4 se repite el mensaje relativo al sometimiento, en todo caso, al principio de unidad de explotación.

DCJA 9/2016 pár. 208 a 227

Las empresas turísticas de alojamiento se clasifican según su objeto de explotación, en el artículo 36, en: establecimientos de alojamiento (que pueden ser, según el artículo 38, los establecimientos hoteleros, apartamentos turísticos, campings, agroturismos y casas rurales, albergues y otros tipos de establecimientos –entre los que figura una tipología variada, comprensiva de residencias de estudiantes, alojamientos en carros, carromatos, cabañas en árboles, hospederías, etc.–), viviendas para uso turístico y habitaciones en viviendas particulares para uso turístico.

(…)

Se advierte de entrada que **la regulación detallada de esas figuras** alojativas **se contiene en las normas que se dictarán en desarrollo de la ley una vez aprobada, como ocurre en la actualidad con las remisiones reglamentarias de la LOT, que se han concretado en disposiciones de carácter general reguladoras de dichas figuras.**

Pero, advertimos, **con carácter general, que ese desarrollo reglamentario viene a complementar** –dentro de los límites de ejercicio de la potestad reglamentaria– **el régimen jurídico de esos alojamientos, que ha de establecer la ley**. Por ello, **no basta con la simple remisión a la determinación mediante reglamento del régimen jurídico de la correspondiente figura alojativa**, como hacen el artículo 51.6 (respecto a los albergues), el artículo 52.3 (re-

lativo a los otros tipos de establecimientos a que se refiere), o los artículos 53.10 y 54.7 (en relación con las viviendas para uso turístico y el alojamiento en habitaciones de viviendas particulares para uso turístico).

La ley ha de contemplar los rasgos esenciales que caracterizan el régimen jurídico de esos alojamientos, que la norma reglamentaria podrá, por su carácter ejecutivo, complementar, pormenorizar o desarrollar, respetando en todo caso los límites que la ley establezca.

DCJA 9/2016 pár. 231 a 235

En términos parecidos a los de la LOT (artículo 28.ter, añadido por la Ley 7/2012), el artículo 41 del anteproyecto prevé que la Administración turística pueda dispensar con carácter excepcional a un establecimiento de alojamiento determinado (de los previstos en el artículo 38.1), del cumplimiento de alguno o algunos de los requisitos y condiciones mínimas establecidas en las disposiciones de desarrollo de esta Ley. En el párrafo 3 contempla factores compensatorios para equilibrar les dispensas: la oferta de servicios complementarios o condiciones adicionales a los que les corresponderían según su grupo y categoría.

Cabe advertir de inicio –para su consideración por el órgano promotor– que los requisitos exigibles a las viviendas para uso turístico y al alojamiento en viviendas particulares para uso turístico no disfrutarían de ese régimen de dispensa, por no tener la consideración de establecimientos de alojamiento, según el citado artículo 38.1. En principio no se ve obstáculo para la extensión de ese régimen a esas figuras, máxime cuando se articula esencialmente en torno a la atención a alojamientos instalados en edificios que reúnan ciertas características que señala el párrafo 2 del artículo 41, que pueden concurrir también en los tipos alojativos a los que nos referimos.

Como ya señalamos en nuestro dictamen 199/2014 (con ocasión del proyecto de decreto de segunda modificación del decreto por el que se establece la ordenación de los establecimientos hoteleros), la dispensa se articula en el marco del procedimiento que ordena el establecimiento de las empresas turísticas de alojamiento, por lo que queda sujeto a las prescripciones de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009. En su virtud, tanto los requisitos como los trámites a que se somete no deben ser discriminatorios, han de ser claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles, y han de garantizar que los solicitantes de tales dispensas reciban un trato objetivo e imparcial.

Sin embargo, como ha apuntado también el CES, se aprecia que, de nuevo, **se diseña el régimen de dispensa en términos amplios e inciertos, concediendo un amplio margen de actuación a la Administración para que, mediante reglamento, realice una concreción de aspectos cuyos elementos sustanciales corresponde establecer a la ley.**

Nos referimos singularmente a cuestiones relativas a la determinación de las "medidas preceptivas" a las que afectará la dispensa (en el supuesto de alojamientos instalados en edificios de singular valor arquitectónico acreditado o en edificios rehabilitados ubicados en cascos históricos o que respondan a la arquitectura tradicional típica de la comarca); así como a los factores compensatorios con que se equilibrarán las dispensas (entre los que se citan, a título de ejemplo, la oferta de servicios complementarios o condiciones adicionales a las que les corresponderían según su grupo y categoría).

Los parámetros que establece el anteproyecto para llevar a cabo el desarrollo reglamentario deja a la Administración un margen de actuación muy amplio, si tenemos en cuenta que se permite dispensar –si bien razonadamente y con carácter excepcional– cualesquiera de los requisitos y condiciones mínimas (incluidas las medidas preceptivas).

En el anteproyecto conviene, cuando menos, que se prevea la exclusión de la dispensa aquellos elementos que puedan afectar a la seguridad del establecimiento, o, en su caso, que se establezcan las medidas alternativas que sirvan de garantías adecuadas; al igual que otras condiciones cuya restricción o supresión menoscabe de manera sustancial la calidad de los servicios prestados o conlleve una falta de determinación que alcance a la consideración y clasificación de los establecimientos.

Como dijimos en el Dictamen 225/2012 (en el que dictaminamos el proyecto de decreto de modificación de las disposiciones reguladoras de las empresas y establecimientos turísticos de la CAPV): **"las excepciones al cumplimiento**

de una norma deben tener un carácter tasado y limitado, estableciendo con la necesaria claridad los elementos y condiciones que pueden ser dispensados".

DCJA 9/2016 pár. 240 a 247

XIII. Unidad de mercado

Con arreglo a la doctrina clásica, respetados los límites a los que está sometida la actividad reglamentaria, sobre todo el principio de jerarquía y la reserva de ley, tanto material como formal, el Gobierno, titular de la potestad reglamentaria originaria (art. 152 CE, artículo 129 EAPV y artículo 16 de la Ley del Gobierno), puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad.

El Gobierno no solamente se ha de limitar a desarrollar las previsiones legales sino que también ostenta un campo para completar el régimen legal, con el propósito de fijar la disciplina completa que debe regir en el sector, atendidos, eso sí, los principios y orientaciones que dimanan de la LJPV y, en su caso, de otras leyes, muy destacadamente de la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias (LAIAD).

Ahora bien, cuando la potestad reglamentaria se proyecta sobre una actividad económica se impone considerar también la incidencia que puede tener sobre la regulación **la libertad de empresa del artículo 38 CE**. Como es sabido, no tiene carácter absoluto, sino que está sujeta a una serie de limitaciones orientadas a proteger otros bienes constitucionales o intereses sociales, como el respeto a los derechos de los demás y los previstos, en general, en las leyes y en la propia CE. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones, "no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo que pretenden y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad pública protegida, un sacrificio menor" [SSTC 26/1981, de 17 de julio y 109/2003, de 5 de junio].

Asimismo, se deben tener en cuenta otros límites constitucionales porque sin la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio español, que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (artículo 139.2 CE), **y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (artículo149.1.1 CE)** no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone (por todas, STC 64/1990). Pero sin olvidar que la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que no por ello se impone la plena identidad de condiciones y requisitos para el ejercicio de las actividades. **El concepto de mercado único no puede determinar irremisiblemente la identidad regulatoria en todas las partes territoriales que lo integran, pues, en otro caso, si exigiese la misma regulación aplicable en todo el territorio al que se extiende, en los estados de estructura federal o compuesta, en los que coexiste una pluralidad de poderes territoriales decisores, su existencia sería de todo punto imposible.**

En palabras de la STC 88/1986:

> La compatibilidad entre la unidad económica de la Nación y la diversidad jurídica que deriva de la autonomía ha de buscarse, pues, en un equilibrio entre ambos principios, equilibrio que, al menos, y en lo que aquí interesa, admite una pluralidad y diversidad de intervenciones de los poderes públicos en el ámbito económico, siempre que reúnan las varias características de que: La regulación autonómica se lleve a cabo dentro del ámbito de la competencia de la Comunidad; que esa regulación en cuanto introductora de un régimen diverso del o de los existentes en el resto de la Nación, resulte proporcionada al objeto legítimo que se persigue, de manera que las diferencias y peculiaridades en ella previstas resulten adecuadas y justificadas por su fin, y, por último, que quede en todo caso a salvo la igualdad básica de todos los españoles.

Esa igualdad proscribe todas aquellas regulaciones que tengan como efecto dar ventajas injustificadas a personas o bienes procedentes de una parte del mercado, esto es, tratamientos discriminatorios –directos o indirectos– entre unos y otros operadores y bienes por una mera razón territorial vinculada al lugar de establecimiento o de producción o, incluso, tratamientos que, aun no siéndolo, "no guarden relación y sean desproporcionadas respecto del fin constitucionalmente lícito que la medida adoptada pretenda alcanzar" (de nuevo STC 64/1990).

Decimos esto porque es preciso partir de la doctrina constitucional, expuesta de forma sucinta, para enjuiciar la incidencia que puede tener la LGUM, que invoca el artículo 139 CE, parte del artículo 38 CE, y esgrime como fundamento competencial el artículo 149.1.1 CE (y añadidamente artículo 149.1.6ª, 13ª y 18ª).

En ese examen hemos de detenernos, sobre todo, en los principios de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades competentes y en el principio de eficacia de las actuaciones de las autoridades competentes en todo el territorio nacional.

Con respecto al **primero de los citados principios,** puede decirse que el artículo 5 LGUM **reconoce la capacidad regulatoria de las comunidades autónomas, si bien la condiciona de una forma discutible, debiendo ejercerla en un marco encorsetado o especialmente restrictivo.**

Cuando establezca límites al acceso de un actividad o su ejercicio o exija el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, el legislador estatal le exige una motivación de su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que además deberá ser proporcionada "a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica".

Es más, aunque el presupuesto de la limitación –la concurrencia de una razón imperiosa de interés general– queda referido en el artículo 5.1 de la LGUM al catálogo de razones que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), enumera el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, a la hora de precisar ulteriormente la operatividad del principio de necesidad y proporcionalidad el artículo 17.1 de la misma LGUM lo restringe mucho más.

Así, la exigencia de autorización a los operadores económicos –autorización para el establecimiento o acceso a la actividad– sólo podrá considerarse necesaria y proporcional cuando esté justificada "por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación". E, igualmente, en relación a la autorización en el caso de instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, su exigibilidad únicamente se estimará necesaria y proporcional cuando dichas instalaciones e infraestructuras físicas "sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación".

El segundo principio es más problemático aún ya que, si bien formalmente acepta la pluralidad de regulaciones de las diferentes comunidades autónomas, en la práctica desactiva la competencia autonómica.

El artículo 6 de la LGUM caracteriza el principio de eficacia de la siguiente forma: "Los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica tendrán eficacia en todo el territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de esta ley".

El significado del principio se concreta en el artículo 19 que, bajo el título "Libre iniciativa económica en todo el territorio nacional", dispone lo siguiente:

> 1. Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar.
>
> 2. Cualquier producto legalmente producido al amparo de la normativa de un lugar del territorio español podrá circular y ofertarse libremente en el resto del territorio desde el momento de su puesta en el mercado.
>
> 3. Cuando conforme a la normativa del lugar de destino se exijan requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías a los operadores económicos o a los bienes, distintos de los exigidos u obtenidos al amparo de la normativa del lugar de origen, la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos, aunque difieran en su alcance o cuantía. Asimismo, el libre ejercicio operará incluso cuando en la normativa del lugar de origen no se exija requisito, control, cualificación o garantía alguno.

Refuerza la operatividad del principio de eficacia en todo el territorio nacional el artículo 20, cuando relaciona determinadas actuaciones que la tendrán, si bien advierte que no se aplicará:

a) En caso de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones vinculadas a una concreta instalación o infraestructura física. No obstante, cuando el operador esté legalmente establecido en otro lugar del territorio, las autorizaciones o declaraciones responsables no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura.

b) Los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores económicos en un lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas.

Y también el antecedente artículo 18, que ya adelanta que son actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación, entre otros, las siguientes:

> b) Requisitos de obtención de una autorización, homologación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento, de presentación de una declaración responsable o comunicación o de inscripción en algún registro para el ejercicio de la actividad en el territorio de una autoridad competente distinta de la autoridad de origen.
>
> c) Requisitos de cualificación profesional adicionales a los requeridos en el lugar de origen o donde el operador haya accedido a la actividad profesional o profesión, tales como:
>
> 1.º necesidades de homologación, convalidación, acreditación, calificación, certificación, cualificación o reconocimiento de títulos o certificados que acrediten determinadas cualificaciones profesionales emitidos por autoridades o entidades de otras Comunidades Autónomas.
>
> 2.º cualquier otro requisito que obstaculice el libre ejercicio de los servicios profesionales en todo el territorio nacional.
>
> d) Requisitos de seguros de responsabilidad civil o garantías equivalentes o comparables en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrezca en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía, adicionales a los establecidos en la normativa del lugar de origen, o que la obligación de que la constitución o el depósito de garantías financieras o la suscripción de un seguro deban realizarse con un prestador u organismo del territorio de la autoridad competente.
>
> e) Especificaciones técnicas para la circulación legal de un producto o para su utilización para la prestación de un servicio distintas a las establecidas en el lugar de fabricación.

Este principio, que habilita a cualquier operador económico para actuar en cualquier lugar del territorio español con tal de cumplir los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar, tiene sentido, obviamente, en aquellos casos en los que el ejercicio de la actividad económica se encuentra sujeto a diferentes requisitos y condiciones según unos u otros territorios, y ello como consecuencia de las competencias que las correspondientes administraciones territoriales tengan atribuidas.

Esta solución no es coherente con la formulación de la unidad del mercado que luce en la doctrina constitucional, que no obliga a una suerte de homologación encubierta de las regulaciones por la vía de hacer extensiva a todos los operadores la regulación más benigna.

Como ha dicho la doctrina más autorizada, **el Estado** no recurre a establecer un mínimo común denominador normativo en un sector económico concreto (en particular, acudiendo a su competencia relativa a la coordinación de la ordenación general de la economía ex artículo 149.1.13 CE) sino que **se limita establecer un principio o regla de relación interordinamental, en virtud del cual la regla menos intervencionista desplaza a la regla más intervencionista.**

Para el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña (Dictamen 5/2014) la aplicación del principio tiene una doble consecuencia: la disposición general o el acto administrativo aprobado por la autoridad de origen tiene un efecto extraterritorial, con plenos efectos jurídicos que la autoridad de destino está obligada a asumir, y, además, a esta

disposición o acto no pueden oponerse las disposiciones o actos procedentes de la autoridad de destino que quedan, efectivamente, desplazados.

De esa forma, **la ley otorga unos efectos extraterritoriales a todas las actuaciones administrativas autonómicas, desbordándose su ámbito natural** (las competencias autonómicas tienen efectos en su ámbito territorial, aunque pueden tener en determinados supuestos eficacia jurídica más allá de sus límites territoriales), **y no respeta la divergencia normativa inherente a la estructura compuesta del Estado y a las competencias que ostentan las comunidades autónomas en los diferentes sectores, haciendo inaplicable la regulación de la comunidad competente de destino.**

Tal vez hayan sido los problemas interpretativos que suscita la LGUM y las dudas derivadas de la formulación del **principio de eficacia** –que en el artículo 6 se alude al libre acceso y ejercicio de la actividad económica, e insiste en ambas dimensiones en el artículo 20.1 y menciona el "ejercicio de la actividad" en el artículo 18.2.b), pero que se refiere a los "requisitos de acceso a la actividad" en su artículo 19.1– los que han propiciado el **Acuerdo de la Comisión Bilateral** de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco al que nos hemos referido anteriormente, **por el que se entiende que se trata sólo de los requisitos de acceso; o sea, que en cuanto a los requisitos y condicionantes de todo género relativos al ejercicio de la actividad sí sería oponible al operador la normativa del lugar de destino, al igual que en el caso de los vinculados a una concreta instalación o infraestructura física.**

Esa interpretación también se acoge en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (BOE nº 262, de 29 de octubre), cuyo contenido parcialmente reproducimos:

> e) En relación con el principio de eficacia en todo el territorio nacional, ambas partes coinciden en interpretar que la referencia del artículo 19.3 a los requisitos, cualificaciones, controles previos, garantías o actuaciones administrativas exigidos conforme a la normativa del lugar de destino que sean distintos a los exigidos al amparo de la normativa del lugar de origen, se refiere exclusivamente a aquellas que estén relacionadas con el acceso a la actividad y no a las condiciones de ejercicio establecidas por la autoridad de destino, siempre y cuando éstas se justifiquen por razones imperiosas de interés general y no resulten discriminatorias por razón del establecimiento o residencia del operador económico. Asimismo, en relación al inciso «la autoridad de destino asumirá la plena validez de estos últimos» contenido en el artículo 19.3 de la LGUM, se entenderá en el sentido de que las autoridades de destino asumirán la plena validez de los requisitos, cualificaciones, controles previos o garantías exigidos por las autoridades de origen para acceder a una determinada actividad económica, sin que tal asunción alcance el régimen de ejercicio que las autoridades de destino establezcan en su territorio.
>
> f) El Artículo 21.2.c) y 3 hacen referencia exclusivamente a la capacidad de supervisión en origen y respecto a los requisitos de acceso, sin afectar a los requisitos de ejercicio que estén establecidos en cada caso.

Este es el marco legal y el bagaje constitucional que deben permitirnos analizar las previsiones del proyecto.

DCJA 137/2016 pár. 93 a 117

XIV. Vivienda

A este respecto, el artículo 3 del proyecto dispone:

> 1. Están exentas de depositar fianza las entidades mencionadas en el párrafo 2 del artículo 54 de la Ley 3/2015, de 18 de julio, de Vivienda, que tengan por objeto el arrendamiento de viviendas de protección pública y anejos vinculados a estas y actúen como arrendadoras.
>
> 2. También están exentas de depósito estas mismas entidades cuando actúan de arrendadoras de viviendas libres de carácter patrimonial y obtenidas en virtud de programas públicos de intermediación o cesión.

La acomodación del precepto a lo establecido en la Ley de vivienda resulta problemática, debido a la difícil interpretación de lo dispuesto en la ley sobre las excepciones a depositar las fianzas resultantes de los contratos de arrendamiento.

Así, el artículo 54.2 de la Ley de vivienda dispone:

> Quedan exceptuados de la obligación de prestar la fianza prevista en el apartado anterior, las administraciones públicas, sus organismos autónomos, las entidades de derecho público, los demás entes públicos dependientes de aquellas y las entidades de titularidad pública que tienen por objeto la mediación en el alquiler cuando actúen como arrendadoras y en relación con el arrendamiento de viviendas de protección pública y anejos vinculados a éstas o locales arrendados a entidades sin ánimo de lucro declaradas de utilidad pública o interés social.

La interpretación del precepto no es fácil.

En primer lugar, hay que advertir que **no se trata de la obligación de prestar fianza, sino de la obligación de depositar la prestada por los arrendatarios cuando la Administración es arrendadora,** pues de la obligación de prestar fianza como arrendatarias están excluidas todas las administraciones públicas y los entes bajo su control por el artículo 36.6 de la LAU.

Una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la exención de depositar fianza se establece únicamente para los supuestos de arrendamientos, por parte de la Administración y los organismos controlados por ella, de viviendas de protección pública y de locales alquilados a entidades sin ánimo de lucro, lo que carece de sentido, máxime cuando se incluye a las entidades de titularidad pública de mediación en el alquiler, cuyo cometido es la mediación en el alquiler de cualquier clase de vivienda.

No es fácil de entender por qué las fianzas de los alquileres de viviendas sujetas a un régimen de protección pública no han de ser depositadas en una Administración, y sí las correspondientes al alquiler de viviendas libres.

Tampoco es lógico que estén exentas de constituir fianza los negocios arrendaticios de fincas urbanas cuando una Administración aparece como arrendataria (artículo 36.6 LAU) y, en cambio, haya[n] de ser depositadas en la Administración autonómica las fianzas correspondientes a contratos de arrendamiento cuando la Administración es la arrendadora, fuera de los casos de viviendas de protección pública o alquiler de locales arrendados a entidades sin ánimo de lucro.

No se aprecia razón alguna para hacer distinciones, en relación con la necesidad de depositar las fianzas que nos ocupan, por la circunstancia de que se trate de una vivienda libre o sujeta al régimen de protección pública.

Es más lógico entender que las administraciones públicas y los organismos que dependen de ellas están exentas de prestar fianza cuando tienen la condición de arrendatarias y que están exentos de depositar las fianzas en un concreto organismo administrativo cuando tienen la condición de arrendadoras.

Siendo ese el tenor del artículo 3 del proyecto, mejoraría su claridad si dijera que quedan exceptuadas de la obligación de depositar la fianza las administraciones públicas, sus organismos autónomos, las entidades de derecho público, los demás entes públicos dependientes de aquellas y las entidades de titularidad pública que tienen por objeto la mediación en el alquiler, cuando actúen como arrendadoras.

DCJA 28/2016 pár. 83 a 94

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

A) Audiencia

A la vista de todo ello, la Comisión valora también de forma positiva este trámite dado que, además de haber suscitado importantes cambios sobre el texto original, ha permitido al departamento promotor exteriorizar el proceso reflexivo que ha llevado a plasmar la redacción del texto finalmente remitido a esta Comisión, aunque también es preciso reconocer, a la vista del dictamen emitido por el Consejo Económico y Social, que **algunas de las organizaciones representadas en el citado órgano consultivo no han sido consultadas pese a mostrar interés en la norma. No obstante, el conocimiento de la misma a través del consejo permite considerar que esas organizaciones han podido también, dado que el proyecto también ha sido sometido a información pública, presentar las observaciones o alegaciones pertinentes**.

DCJA 12/2016 pár. 124

En cuanto a la participación de otras administraciones implicadas, según se hace constar en el informe final del órgano promotor de la iniciativa, solamente se ha recabado la del Ayuntamiento de San Sebastián, pese a que se encuentran representadas en el Consejo las capitales de cada territorio y la asociación de municipios vascos más representativas, en ejecución de lo que dispone el artículo 7.3 de la LEPAR.

Se ha de tener presente que la Administración local se encuentra directamente afectada por la norma, no solo por la composición del Consejo (artículo 3 del proyecto en relación con el 7.3 de la LEPAR), sino también por las funciones que ejerce. El Consejo se define en el artículo 7 de la LEPAR como órgano consultivo, de coordinación de las administraciones públicas de la CAPV, y, además, tiene encomendadas en esa ley funciones que pueden incidir o dirigirse a administraciones públicas distintas a la Administración General de la Comunidad Autónoma.

Por ello, **al no haber otorgado la posibilidad de pronunciarse sobre el proyecto a los ayuntamientos de dos de las tres capitales vascas, ni a la asociación de municipios vascos más representativa, se ha omitido un trámite esencial que debe ser subsanado antes de la elevación del proyecto para su aprobación al Consejo de Gobierno**.

DCJA 112/2016 pár. 36 a 38

B) Informes

El **informe de evaluación del impacto en la constitución, puesta en marcha y funcionamiento de las empresas**, exigido por el artículo 6 de la Ley 16/2012, de 28 de junio, de apoyo a las personas emprendedoras y a la pequeña y mediana empresa del País Vasco, afirma que el anteproyecto "no tiene incidencia alguna en la constitución, puesta en marcha y funcionamiento de las empresas, pues se parte de la base que serán empresas nuevas, sin actividad y que por lo tanto no han generado documentos susceptibles de considerarse patrimonio documental". Sin embargo, la Comisión Jurídica quiere destacar que, conforme pone de manifiesto la Asesoría jurídica departamental –autora del informe–, **ha sido realizado sin contar con los datos o estudios sobre las empresas o actividades emprendedoras que pudieran resultar afectadas por el anteproyecto, por lo que constituye un ejercicio meramente teórico, alejado por tanto de la finalidad prevista en la ley que lo instauró.**

DCJA 1/2016 pár. 56

El proyecto establece en diversos artículos la emisión de informes por parte de diversos órganos. Con la salvedad del incluido en el segundo párrafo del artículo 3.1, calificado de preceptivo y vinculante y sobre el que se comentó anteriormente, tales informes vienen en ocasiones adjetivados como "preceptivos", mientras que en otros supuestos nada se indica al respecto. Incluso, en alguna ocasión, se salta de un tipo de informe al otro dentro del

mismo artículo. Así sucede, por ejemplo, respecto de la Dirección de Patrimonio y Contratación –artículo 5–, en donde encontramos informes "preceptivos" (apartado 4, primer párrafo y apartado 6), informes sin adjetivar (apartado 4, segundo párrafo y apartado 5) e incluso un informe "con carácter previo a su aprobación" (apartado 7). Esta disparidad no aporta claridad, antes al contrario, a la función informadora atribuida. **Si, como parece desprenderse de su contexto, todos los informes mencionados en el precepto han de ser emitidos previamente a la realización de la aprobación o resolución a la que se refieran, debe evitarse una disparidad textual que permita elucubrar sobre si el normador ha querido dar distinto alcance a uno u otro tipo de informe: informe, informe preceptivo e informe previo**.

DCJA 73/2016 pár. 119

C) Memorias

Memoria conclusiva

La memoria conclusiva del expediente hace referencia a los trámites efectuados, pero al analizar las alegaciones recibidas de los departamentos y organismos públicos o entidades del sector público que han comparecido **no lo hace con el detalle y desglose deseable**, al menos en lo que se refiere a las alegaciones e informes de los departamentos y entidades de la Administración Institucional, **de forma que no se poseen, en la mayoría de las ocasiones, las claves que expliquen el porqué de la redacción final presentada a dictamen** de esta Comisión Jurídica.

DCJA 73/2016 pár. 54

Memoria económica

La memoria económica no contiene referencia alguna a los posibles costes que las obligaciones contenidas en la ley puedan suponer a las entidades públicas y personas físicas y jurídicas titulares de archivos, a quienes se otorga un plazo de máximo de tres años para adecuar sus servicios de archivos (disposición transitoria primera), si bien es verdad que del expediente no es posible saber cuántos destinatarios resultan afectados ni la dimensión de estos.

DCJA 1/2016 pár. 64

En cualquier caso, **la Comisión sólo puede dejar constancia de que toda la valoración económica de la iniciativa es la referida a los Presupuestos de la Comunidad Autónoma, mientras que la LPDEG, en su artículo 10.3 incluye en esa valoración el coste que pueda derivarse de su aplicación para otras administraciones públicas, los particulares y la economía general;** cuestión que en el presente proyecto adquiere importancia, puesto que se desconocen los efectos que sobre el sector pueden tener, por ejemplo, las exigencias de titulación, de formación en primeros auxilios o de aseguramiento de la responsabilidad civil.

DCJA 12/2016 pár. 118

La Comisión, al igual que en el caso del currículo de la educación secundaria obligatoria, **echa en falta un cálculo específico del impacto económico que conlleva la puesta en práctica de un proyecto que establece e implanta un currículo tan relevante como el del bachillerato, que se desarrolla tras aquella y de forma previa a la educación superior**.

Su aplicación reclama, sin duda, la disposición de recursos económicos, sin los cuales difícilmente se llevará a la práctica, tanto en lo que se refiere, en general, al dispositivo institucional que le ha de servir de soporte (centros y profesores) como, en particular, para que se desarrollen sus previsiones en temas como el nuevo régimen curricular, plurilingüismo, proyecto de profundización de la autonomía, formación del profesorado, medidas de respuesta a la diversidad, etc.

Como mínimo, para dar cumplimiento a la exigencia del artículo 10.3 LPEDG, **hubiera sido necesaria una estimación del coste a que dé lugar, en lo que se refiere a aquellas cuestiones novedosas y que constituyen opciones del normador autonómico.**

DCJA 35/2016 pár. 35 a 37

Memoria explicativa

Se afirma en la memoria que, una vez reelaborado el texto del proyecto de decreto tras la recepción de la alegaciones e informes elaborados por departamentos, varias entidades del sector público y los órganos administrativos sectorialmente competentes, se reelaboró el texto del proyecto, que fue remitido a informe de la Junta Asesora de la Contratación Administrativa y de la Oficina de Control Económico. Al igual que sucede con la orden de aprobación previa, **no se ha incluido este segundo borrador del proyecto, lo que ha ahondado en las dificultades que encuentra la Comisión Jurídica en la comprensión de la evolución del texto finalmente sometido a dictamen de este órgano consultivo.**

DCJA 73/2016 pár. 51

El proyecto contempla expresamente las nuevas figuras contractuales no incluidas en el Decreto 136/1996 y amplía el tipo de las entidades integrantes del sector público de la CAE a las que se aplicará, a la par que, según se afirma en su exposición de motivos, "la experiencia y conocimientos adquiridos por los Departamentos, los Organismos Autónomos y los Entes Públicos de Derecho Privado en materia de contratación pública, tras diecinueve años de gestión de determinadas contrataciones en régimen de descentralización, aconsejan el establecimiento de una nueva estructura de distribución de competencias para la tramitación de los correspondientes expedientes, ampliando el vigente nivel de descentralización, pero sin abandonar la función centralizada de velar por la correcta aplicación de la normativa vigente, que se mantiene en el departamento competente en materia de Contratación".

No obstante, **en el expediente de elaboración del proyecto no se encuentra documentación que analice la gestión desarrollada durante ese período e identifique las potenciales áreas que deban ser objeto de modificación y las medidas que deban implementarse.** Esta carencia de explicación dificulta el entendimiento de ciertas medidas –en aparente contradicción con la voluntad descentralizadora proclamada–, como es la extensión de ciertas intervenciones de órganos de la Administración General a poderes adjudicadores no administración pública, que en la actualidad son ejercidas autónomamente, como pueden ser las funciones atribuidas al Consejo de Gobierno en el artículo 3.3.

Este efecto, ha sido puesto de relieve en alguno de los informes emitidos por esas entidades e incluso por la propia Oficina de Control Económico (OCE), quien encontró insuficientes las explicaciones que se contienen en la exposición de motivos y en la memoria explicativa que le fue remitida.

La memoria explicativa completada tras la recepción del informe de la OCE no añade ninguna explicación, limitándose a afirmar que la finalidad y objetivo que se pretende "es el establecimiento de unas condiciones de contratación homogéneas y acordes con la normativa en vigor, que simplifiquen las labores administrativas de los poderes adjudicadores a la vez que faciliten el acceso por los oferentes a la actividad contractual del sector público al contar con unas pautas comunes en todos los poderes adjudicadores de nuestro sector público, tal y como existen en la actualidad para los poderes adjudicadores que tienen la consideración de Administración pública".

La Comisión Jurídica entiende que la atracción de facultades y competencias residenciadas por la LCSP y LCSE en los órganos rectores de las entidades del sector público que tengan el carácter de poderes adjudicadores no administración pública, a favor de órganos de la Administración General hubiera exigido una justificación más detallada y profunda al respecto, incluyendo una reflexión acerca de los pros y los contra de la realidad organizativa actual y en qué medida las decisiones adoptadas en el proyecto resultan las más convenientes para el adecuado y eficaz ejercicio de las actividades de contratación administrativa.

DCJA 73/2016 pár. 57 a 61

D) Negociación o consulta con los representantes del personal

A la luz de la remisión contenida en la disposición adicional 7ª de la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma, que en la actualidad debe hacerse al capítulo IV del título II del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (TRLEBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, puede concluirse que **la materia objeto del proyecto debía ser objeto de negociación al fijar criterios generales respecto al acceso y provisión de puestos de la Inspección** –artículo 37.1 c)– **y, sobre todo, atendiendo a su repercusión sobre las condiciones en las que los inspectores deben realizar su trabajo** –contraexcepción del artículo 37.2 a)–.

Sólo en la medida en que dicha comisión técnica refleje la composición de la mesa sectorial y haya servido como cauce válido para poder llegar a acuerdos, pues en el mismo se encuentran presentes tanto la Administración como todos los sindicatos legitimados para negociar, podría afirmarse, como en la STS de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006/1706), que ello es suficiente para dar por cumplimentado el trámite de negociación (mencionamos dicha sentencia porque también el tribunal se tuvo que pronunciar sobre la existencia o no de negociación colectiva respecto al procedimiento de elaboración del Real Decreto 1538/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen las especialidades básicas de inspección educativa).

DCJA 90/2016 pár. 29 a 30

E) Orden de aprobación previa

Se dictó la Orden de aprobación previa del texto articulado en fecha 2 de marzo de 2015 (artículo 7.1 LPEDG), en la que queda fijada la posición inicial del órgano competente para elevar la iniciativa al Gobierno [artículo 18 a) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno] **aunque el texto aprobado no figura anexo, lo que impide comprobar si ha sido redactado en modo bilingüe. Esta ausencia repercute asimismo en la dificultad para la Comisión Jurídica Asesora en evaluar los informes y consultas realizados en el expediente.**

DCJA 73/2016 pár. 45

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos

A) Iniciación

Legitimación

En primer lugar, procede analizar la legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial tal y como ha sido planteada, para lo que no podemos desentendernos del fundamento de la misma.

El escrito inicial se ha presentado por los reclamantes, "en calidad de padres del menor" y la pretensión indemnizatoria se articula en torno al sufrimiento padecido por su hijo como consecuencia de la implantación y retirada de un reservorio defectuoso para la administración de la QT.

Los padres del niño ELDA no cuestionan que la causa del fallecimiento de su hijo se encuentra en su patología de base, pero instan una reparación por los perjuicios y daño moral que se le ocasionaron por la prestación de un servicio médico deficiente, que "añadió a los padecimientos derivados de su gravísima enfermedad, los provocados de la implantación de un reservorio en mal estado que presentaba fugas, y de la presencia de restos de dicho reservorio".

En relación con ese motivo de reclamación concretan que "Un primer reservorio implantado el 6.9.12 le tuvo que ser retirado el 11.1.13 como consecuencia de un proceso de rechazo progresivo, tras infección/dehiscencia del mismo. Al producirse una primera recaída de la leucemia el 10.10.13 se le colocó un nuevo reservorio. El 17.10.13 se produjo una extravasación de citostático siendo sustituido el reservorio, una vez comprobada la existencia de una fuga en el mismo". A ello añaden que "Tras la retirada del reservorio, las dosis posteriores de QT tuvieron que administrarse directamente por vías periféricas con el

sufrimiento adicional que ello conlleva derivado de los connaturales problemas de roturas de vasos, flebitis, mayor tiempo de tratamiento provocado por las dificultades para encontrar las vías adecuadas, etc.”.

Asimismo, alegan los reclamantes que, posteriormente, en el Hospital …, de … –al que fue derivado su hijo para someterlo a un trasplante de médula–, sufrió una trombosis asociada al último reservorio implantado, que hubo de ser retirado, mediante cirugía, el 7 de marzo de 2014, colocándosele un catéter venoso central tipo *Hickman*. Aducen que en una TAC torácica de control se apreciaron imágenes de restos de catéter venoso central antiguo, “concretamente el implantado en el Hospital Universitario de …, uno de los restos, de un centímetro aproximado de longitud, alojado en vena yugular izquierda y otro, localizado en la aurícula derecha”, restos por los que, si su hijo no hubiese fallecido por nueva recaída de su leucemia, “se hubiera visto en la necesidad de afrontar una adicional operación de alto riesgo” para su extracción.

De los términos de su escrito de reclamación y del de alegaciones finales resulta que la acción de responsabilidad patrimonial versa sobre los daños infligidos al menor ELDA como consecuencia de las complicaciones resultantes del reservorio colocado en el Hospital …, que se atribuyen a una negligente actuación sanitaria. **En definitiva, una simple lectura del escrito de reclamación permite deducir que los reclamantes actúan en representación de su hijo menor.**

Ha de advertirse de inicio que **la reclamación de responsabilidad se formula una vez ha fallecido el menor, por lo que resulta obligada una reflexión acerca de la legitimación de los padres para instar en este momento el resarcimiento del daño moral, del sufrimiento padecido por su hijo, teniendo en cuenta el carácter personalísimo del mismo.**

A ese respecto ha de considerarse que, según dispone el artículo 661, en relación con el artículo 659 del Código Civil, el fallecimiento de una persona produce como efecto que sus herederos le sucedan, por el mero hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones. Por ello, la norma procesal (artículo 16 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil –LEC–) recoge la posibilidad de que los herederos sucedan en su posición procesal a su causante.

Ante la falta de una normativa sobre los derechos que son transmisibles o intransmisibles en esa sucesión, la doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que, en atención a su naturaleza, han de tenerse como intransmisibles, como los de carácter público o los *intuitu personae* o personales que por ley o convencionalmente acompañan a la persona durante su vida (STS de 17 de febrero de 1981 –RJ 1981\563–).

En el presente caso, **el derecho a la indemnización por los daños producidos al menor ELDA es de carácter personalísimo y, por lo tanto, no es transmisible *mortis causa*.** Sus herederos, desde esa perspectiva, no tienen el carácter legal de perjudicados porque no se ha llegado a declarar el derecho a dicha indemnización y, por extensión, nada podía transmitir el menor en relación con ese derecho.

La pretensión de reconocimiento de responsabilidad patrimonial –y, en definitiva, la del derecho a indemnización– **podría transmitirse en el caso de que se hubiera iniciado en vida del hijo, en los términos en que hubiera sido planteada en ese momento. Se daría, así, lugar, no a la transmisión del derecho subjetivo fundamento de la pretensión, sino a una sucesión en el procedimiento por muerte** que en el ámbito jurisdiccional, y según hemos avanzado, prevé el artículo 16 de la LEC.

En ese sentido se vienen pronunciando los tribunales, siendo reseñables, entre otras: la sentencia de 12 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Murcia (JUR 2009\212401); la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 15 de abril de 2005 –JUR 2005\132380–; asimismo, cabe citar la STSJ de Navarra de 17 de octubre de 2003 –RJCA 2004\8–). La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoce igualmente el carácter personalísimo del daño moral (por ejemplo en la sentencia de 30 de diciembre de 2002 –RJ 2003\242–).

Descartado que los padres puedan ejercer en este momento la acción de responsabilidad en nombre de su hijo, **resta examinar si se encuentran legitimados para obtener una indemnización *iure proprio*,** en cuanto perjudicados por la actuación sanitaria singularizada.

Se observa a ese respecto que los reclamantes no han expresado de forma clara en qué consiste el daño moral por ellos sufrido que les otorga la condición de perjudicados y, por tanto, legitimados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial en trámite.

Tan solo en la parte final del escrito de reclamación se explicita la pretensión de resarcimiento también en su propio nombre: "Se interesa la reparación de los perjuicios ocasionados a nuestro hijo por la prestación de un servicio médico deficiente, así como de los daños morales ocasionados al menor y a sus padres, derivado del sufrimiento adicional".

Se presenta, así, de una manera difusa el interés de los padres en la acción que se ejerce, sin mayor concreción del daño padecido, siendo así que, en cualquier caso, el sufrimiento adicional en que consiste el daño moral irrogado, y que consideran resarcible, lo ha padecido su hijo.

A falta de una explicitación del alcance de ese daño, la Comisión no puede eludir el reconocimiento de la existencia de lo que se denomina "perjuicio de afecto", que sirve para designar el daño moral que algunas personas vinculadas a la víctima sufren ante el dolor del agraviado. Y en el supuesto que nos ocupa, ante la ausencia de la alegación de otro daño específico, la admisión de la condición de perjudicados de los padres del niño ELDA pasa por la aceptación del dolor psico-afectivo de cualquier padre y madre ante el sufrimiento de sus hijos, evidente este en el presente caso.

Dicho lo anterior, la Comisión ciñe su análisis a la reclamación de los padres ELDA, en relación con su pretendida condición de perjudicados por las actuaciones sanitarias que reprueban, causantes de un daño moral que entienden que ha de ser reparado.

DCJA 50/2016 pár. 27 a 44

Razona el ayuntamiento que la comunidad de propietarios carece de legitimación para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial por supuestos perjuicios ocasionados durante el período comprendido entre los días 13 de diciembre de 2004 y 11 de julio de 2014, **por cuanto que, aunque la Asamblea General de la EUC [Entidad Urbanística Colaboradora] celebrada el día 17 de noviembre de 2009 acordó su disolución y la creación de la comunidad de propietarios que le sucedía en sus funciones, tal acuerdo no tuvo efectividad hasta que se dictó la sentencia** de 11 de julio de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que ratificó la anulación de las resoluciones del ayuntamiento que, a su vez, anulaban el acuerdo de la EUC de 17 de noviembre de 2009.

Señala, además, que no consta en el acuerdo adoptado por la Asamblea General celebrada el día 17-11-2009 **reconocimiento alguno a favor de la comunidad de propietarios que le faculte para formular en su nombre reclamaciones** de responsabilidad patrimonial frente al Ayuntamiento de Mungia por presuntos perjuicios ocasionados respecto a la conservación de la urbanización.

La excepción municipal no debe ser admitida porque, como argumenta la representante de ambas entidades, la EUC … todavía no ha sido extinguida ya que aún se encuentra pendiente de formalización la inscripción de su disolución y liquidación en el Registro de Agrupaciones de Interés Urbanístico de Bizkaia, por lo que todavía cuenta con personalidad jurídica y, consecuentemente, se encuentra facultada para interponer la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, debiéndose extinguir en el momento de la formalización de la inscripción registral que entienden ocurrirá en breve.

DCJA 179/2016 pár. 40 a 42

B) Instrucción

Audiencia de los interesados

En definitiva, **previo al dictado de la propuesta resolutoria, se ha incorporado al expediente una documentación sobre la que no ha tenido ocasión de pronunciarse la reclamante.**

Para valorar el alcance de la incidencia detectada, hemos de considerar que a tal irregularidad no puede aplicársele con automatismo la calificación de vicio de nulidad radical (por ser estos de carácter excepcional e interpretación restrictiva). Para los vicios de forma el principio general es la anulabilidad, que solo procede cuando la falta o incorrecta realización del trámite impide al acto alcanzar su fin o produce la indefensión de los interesados (artículo 63.2 LRJPAC). **Ha de atenderse siempre a la posible causación de indefensión, con el sentido material y dinámico que reclama la jurisprudencia y que exige atender cuidadosamente a las circunstancias del caso.**

En el supuesto sometido a consulta, **la interesada, al emitir sus alegaciones, no ha dispuesto de una documentación que afecta singular y sustancialmente a una de las cuestiones debatidas en el procedimiento** –y así lo ha puesto de manifiesto en su escrito–, **como es su permanencia en la lista de espera quirúrgica y la incidencia en su proceso clínico**. La propuesta resolutoria sí se ha pronunciado sobre esa cuestión, a la vista de la documentación del HU y del informe complementario de la Inspección.

Por ello, y con el fin de evitar la indefensión de la reclamante, esta Comisión cree necesario que se prosiga la instrucción, de manera que se le otorgue la posibilidad de realizar alegaciones a la vista de la totalidad de las actuaciones obrantes en el expediente de responsabilidad patrimonial por ella instado, incluidos los documentos incorporados con posterioridad a la apertura del trámite de audiencia. Con posterioridad habría de dictarse la propuesta de resolución.

ACJA 5/2016 pár. 11 a 14

Cabe reparar, no obstante, en que **el segundo informe de la Inspección médica**, de 29 de enero de 2016 –con el que se acompaña el "documento de consenso SECIP-SEUP sobre manejo de sepsis grave y Shock séptico en pediatría"–, **se ha emitido con posterioridad a que vertiera sus alegaciones finales la reclamante en el trámite de audiencia** (su último escrito fue registrado el 12 de noviembre de 2015). Por ello, esta no ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a lo íntegramente instruido, conforme a lo que establece el artículo 11 del Reglamento respecto al momento en que debe efectuarse el trámite de audiencia ("Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá aquél de manifiesto al interesado…").

Dicho lo anterior, **la Comisión entiende que la reclamante no ha sufrido una indefensión material, por cuanto que el segundo informe del inspector ratifica lo expuesto en el primero**, que desarrolla de forma más exhaustiva, pero no introduce hechos nuevos relevantes que no figuren en el expediente ni argumentaciones que se desvíen de las esgrimidas en el primer informe, conocido por aquella.

DCJA 61/2016 pár. 26 a 27

Informes

Sin embargo, **la propuesta incorpora una minoración del 25 % de la indicada cifra basada en la tasa de mortalidad** atribuida a pacientes con la patología de doña PBB. En concreto, se afirma que:

> La paciente presentaba factores de riesgo previos, entre ellos la diabetes y el antecedente de enfermedad coronaria previa, enfermedades que aún con un tratamiento adecuado empeoran el pronóstico de un síndrome coronario agudo.
>
> La literatura médica señala que el 80 % de los pacientes con diabetes terminan falleciendo por un síndrome coronario agudo secundario a la afectación ateromatosa de las arterias coronarias.
>
> Esta patología (diabetes), la hipertensión arterial y el antecedente de enfermedad coronaria previa son factores de riesgo independientes que actúan potenciándose los unos a los otros.
>
> La tasa de mortalidad hospitalaria para síndrome coronario agudo, siendo el primer episodio, oscila entre el 5,7 al 11,5 % dependiendo de las series publicadas.
>
> La diabetes por si sola triplica el riesgo de mortalidad en el síndrome coronario agudo.

Otros estudios mencionan que el riesgo de sufrir una muerte súbita en pacientes con síndrome metabólico es del 25 %.

Ahora bien, **para determinar la pertinencia de una eventual reducción en las cuantías indemnizatorias, entiende la Comisión que es ineludible un estudio de cada caso particular** –única manera de asegurar, en la medida de lo posible, una aplicación justa del instituto indemnizatorio–, **de acuerdo con la valoración de los aspectos médicos del caso que lleve a cabo un perito u órgano especializado**. Como venimos señalando en supuestos semejantes (por todos, en nuestro Dictamen 120/2015), **resulta pertinente, a estos efectos, el análisis que viene realizando en sus informes la Inspección médica en estos procedimientos, en cuanto órgano técnico especializado.**

El informe de la Inspección médica, aunque no es propiamente una prueba pericial, tiene el valor de un juicio realizado sobre el conjunto de las circunstancias que se presentan, con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las personas y Administración sanitaria implicadas (como ponen de relieve los tribunales –entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de julio de 2015–).

En el supuesto que nos ocupa, **la reducción de la cuantía resarcitoria viene formulada en la propuesta resolutoria** elaborada por el órgano instructor del procedimiento, **con arreglo a datos estadísticos y la referencia genérica a la literatura científica** relacionada con las circunstancias valoradas, **que no se concreta y no puede ser,** por tanto, **contrastada**. Por ello, **con solo esos datos**, **y a falta de informe de la Inspección médica** en el procedimiento –o de informe pericial especializado– **la Comisión no puede validar tal propuesta de forma automática.**

DCJA 42/2016 pár. 30 a 33

La prueba

En cuanto a la prueba, el reclamante en su inicial escrito identificó a un testigo e instó la práctica de la prueba. Con fecha 15 de diciembre de 2015, remitió un nuevo escrito en el que recordaba la necesidad de llamar al testigo**. La prueba finalmente se ha practicado mediante el envío por el testigo de dos correos electrónicos.**

Acerca de esta forma de practicar la prueba testifical, la Comisión ya ha advertido en otras ocasiones sobre **la anomalía que supone el ofrecimiento, en la instrucción, de la posibilidad de hacer llegar las declaraciones testificales mediante correo, sin haberse sustanciado por ello en presencia del instructor y con posibilidad de inmediatez y contradicción**, principios que recogen las normas legales relativas a la prueba de interrogatorio de testigos (artículo 360 y siguientes de la Ley del Enjuiciamiento Civil), aplicables de modo subsidiario.

En algunos casos, la cuestión no trasciende el umbral de la mera irregularidad procedimental, pero en este supuesto adquiere otra dimensión, ya que tanto la empresa como la comunidad de propietarios han expuesto en sus alegaciones la, a su juicio, inexistencia de datos objetivos que apoyen la versión del reclamante sobre la producción del accidente. Y, no puede soslayarse que ambas, **empresa y comunidad de propietarios, tienen un interés directo en poder asistir a la práctica de la prueba, ya que están directamente afectadas por la reclamación** que articula la supuesta responsabilidad del ayuntamiento de forma subsidiaria, puesto que afirma que "la responsabilidad directa pudiera recaer en la empresa ... y en la Comunidad de Propietarios".

ACJA 1/2016 pár. 13 a 15

Hay que señalar, no obstante, que **no resulta correcto que con posterioridad al trámite de audiencia se practique una nueva prueba, como lo es el informe de evaluación económica del daño aportado por la Inspección, si no se lleva a cabo una repetición del trámite para que el reclamante tenga acceso a la misma y la valore.**

Si bien, **en otro caso, ello nos llevaría a devolver el expediente para su subsanación, en este estimamos que no resulta preciso hacerlo.**

En primer lugar, porque el procedimiento sufre una demora considerable y su resolución sin mayores dilaciones atiende mejor al interés del reclamante. En segundo lugar, porque la propuesta de resolución no lo considera rele-

vante para la decisión y no debe olvidarse que la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por el reclamante que acude a una fórmula completamente distinta de valoración.

DCJA 223/2016 pár. 20 a 22

A la hora de analizar si, como dice la reclamante, ese retraso supuso una pérdida de oportunidad terapéutica, acreditado que el mismo fue contrario a la *lex artis*, se impone tomar en consideración que en estos casos se produce una inversión de la carga de la prueba, y debe ser la Administración sanitaria a la que incumbe probar que, pese al referido retraso, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

Probada la irregularidad, acreditado que el tratamiento no se ha manejado de forma idónea o que lo ha sido con retraso, corresponde a la Administración justificar que, pese a no actuar correctamente, se habría llegado al mismo desenlace que motiva su reclamación.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de julio de 2007 (RJ 4993), que cita a su vez la STS de 20 de marzo de 2007:

> (...) y esa indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, a la que aluden los propios informes médicos y que se produjo consecuencia de aquel error médico de diagnóstico es la que resulta sancionable, una vez que como ocurre en autos se ha producido un resultado dañoso, sin que sea exigible al recurrente, por lo que carece de relevancia a los efectos de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa, probar que el tratamiento adecuado, que hubiese debido seguirse de haberse realizado un diagnóstico acertado, hubiese concluido con éxito sin secuelas cardiológicas de género alguno o de menor entidad que aquellas con las que efectivamente resultó. Es evidente por tanto que hubo una mala praxis médica, al diagnosticar la enfermedad y ante tal mala praxis hubiera incumbido a la Administración probar que en su caso, con independencia del tratamiento seguido se hubiesen producido las secuelas de afectación cardiológica finalmente ocasionadas por ser de todo punto inevitables, prueba que no se ha practicado en el caso de autos.

Será preciso, en definitiva, que la Administración sanitaria acredite que no existía ninguna probabilidad de evitar el daño causado, mientras que no puede exigirse a la reclamante la prueba de que existía esa cierta probabilidad de curación.

DCJA 223/2016 pár. 40 a 43

Propuesta de resolución

No consta, al menos como tal, **la propuesta de resolución, si bien las alegaciones del contratista han sido valoradas y desechadas en un informe jurídico**, lo que permite a esta Comisión conocer el sentido de la decisión que se pretende adoptar al final del procedimiento. En cualquier caso, no está de más recordar que **esa propuesta es preceptiva y ha de redactarse una vez concluida la instrucción.** En ella el instructor ha de valorar todas las cuestiones derivadas del procedimiento, en particular, deberá tener en cuenta las alegaciones y documentos u otros elementos de juicio que hayan sido incorporados por los interesados.

DCJA 60/2016 pár. 9

Véase DCJA 38/2016 pár. 10

III. Especialidades en el procedimiento administrativo

A) Procedimiento de contratación administrativa

Esta Comisión, si bien no desconoce la existencia de una interpretación –con apoyo en el literal del artículo 109 del Reglamento– que supondría entender que este artículo establece no sólo los trámites, sino también el orden de los mismos, **mantiene que el trámite de la audiencia** –en consonancia con la consideración anteriormente descrita del

mismo– **debe practicarse siempre una vez instruido el procedimiento sobre la totalidad del expediente tramitado, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución.**

DCJA 176/2016 pár. 9

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial

Iniciación

Plazo para reclamar

Atendidas las fechas que sirven a la reclamante como fundamento de su reclamación, debe considerarse que, según reconoce expresamente, **en septiembre de 2011 fue cuando conoció que los daños que venía sufriendo en su dentadura desde la infancia** (con reparaciones dentales efectuadas cuando contaba con 15 años y posteriormente, con 27) **estaban asociados a la ingesta de un jarabe con *tetraciclina* recetado por su médico pediatra cuando tenía 6 y 7 años** (entre 1975 y 1976).

El expediente traslada que ya en 2010 se le realizó a doña CCM un examen inicial de la dentadura en una clínica dental de … (figura una factura por ese examen, fechada en noviembre de 2010), donde posteriormente se efectuaron varias actuaciones reparadoras cuyo resarcimiento ahora pretende.

De lo expuesto se deduce que cuando doña CCM presentó la reclamación en dependencias administrativas el 17 de junio de 2014 **habían transcurrido casi tres años desde que pudo ejercitar la acción de responsabilidad, por ser consciente del alcance del daño;** es decir, lo hizo cuando la acción se encontraba prescrita, por el transcurso del plazo previsto en el citado artículo 142.5 de la LRJPAC.

DCJA 19/2016 pár. 18 a 20

Es abundante la jurisprudencia relativa a la distinción entre los daños permanentes y los daños continuados, así como el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Pero aun así, lo cierto es que la rica casuística puede mostrar supuestos en los que parezca difícil a primera vista encajarlos en alguna de las dos categorías antedichas.

En el supuesto que se nos somete a consulta, las complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica, realizada el 23 de noviembre de 2011, quedan estabilizadas el 19 de abril de 2013 cuando la paciente es dada de alta encontrándose asintomática según el informe emitido por el Servicio de cirugía general del HUD. Por tanto, es a partir de ese día cuando empieza a contar el plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial. Todo ello a pesar de que, posteriormente, ha seguido controles en consultas externas de Cirugía General donde no se ha manifestado sintomatología alguna, siendo las mismas expresivas de normalidad.

No puede tampoco atribuirse relación alguna con el objeto de la reclamación a los nuevos ingresos hospitalarios que ha sufrido. Dichos ingresos son los siguientes: (i) diciembre de 2013 por diverticulitis sigmoidea, tratada con reposo digestivo y antibióticos; y (ii) octubre de 2014, por fiebre de origen desconocido, con diversos tratamientos y controles de la anastomosis biliodigestiva sin signos de obstrucción biliar.

De lo expuesto se deduce que cuando doña ST presentó la reclamación el 5 de marzo de 2015 había transcurrido ampliamente el plazo de un año desde que pudo ejercitar la acción de responsabilidad, es decir, lo hizo cuando la acción se encontraba prescrita, por el transcurso del plazo previsto en el citado artículo 142.5 de la LRJPAC.

DCJA 82/2016 pár. 43 a 46

En el supuesto que se nos somete a consulta, **la reclamación no viene determinada por una actuación de la administración sanitaria que haya producido directamente daños o generado secuelas, sino que lo que reclama son los daños (que no desglosa) derivados de las demoras en la lista de espera para una intervención**

quirúrgica programada. La última actuación de la administración la constituye la presentación de una queja por la demora efectuada ante el Servicio de atención al paciente y usuario del Hospital … de fecha 28 de mayo de 2012, **mientras que la intervención quirúrgica realizada en un centro privado lo fue en fecha 11 de noviembre de 2012, sin que conste la fecha del alta.**

La reclamación ha sido presentada en fecha 18 de marzo de 2014, **habiendo transcurrido más de un año sea cual fuere la fecha que se tome de entre las señaladas en el párrafo anterior como día inicial para su cómputo.**

De lo expuesto se deduce que cuando doña SFL presentó la reclamación, el 18 de marzo de 2014, había transcurrido ampliamente el plazo de un año desde que pudo ejercitar la acción de responsabilidad, es decir, lo hizo cuando la acción se encontraba prescrita, por el transcurso del plazo previsto en el citado artículo 142.5 de la LRJPAC.

DCJA 86/2016 pár. 33 a 35

Y que, en general, **en intervenciones en las que se utiliza material de osteosíntesis, lo que suceda respecto a dicho material (tanto si se extrae como si no) no debe ser computado a efectos de la determinación de la fecha de inicio del plazo de prescripción** (en este caso, el tiempo que transcurre entre "irá pensando la EMO" y "no quiere la EMO").

Así se deduce de las Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de mayo de 2010 (RJ 2010/3491) y STS de 18 de julio de 2011 (RJ 2011/6123), si bien dictadas por la jurisdicción civil, de las que se extrae que, al agotarse el tratamiento prescrito en atención al tipo de lesiones sufridas, quedan definitivamente concretadas las secuelas, inclusive la consistente en que el reclamante fuera portador de material de osteosíntesis, "al no ser susceptible de curación o mejora mediante tratamiento ulterior", y sin que "el hecho de la retirada del material de osteosíntesis" implique tampoco que las secuelas no estuvieran consolidadas.

El artículo 93 del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (TRLRC), en su redacción dada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, que reforma el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación, señala expresamente que el material de osteosíntesis que permanece al término del proceso de curación "tiene la consideración de secuela".

DCJA 102/2016 pár. 22 a 24

En el presente caso, cuando la reclamante interpuso la acción no podía determinar, ni siquiera de forma parcial, el daño resarcible, y así lo reconoce tanto en el escrito de reclamación, de 27 de abril de 2015, como en su posterior escrito de 2 de junio de 2015. Desde esta perspectiva, **no cabe duda de que la acción se presentó de forma prematura, lo que podría haber dado, en su momento, a su rechazo por este motivo, remitiendo a la reclamante a un momento posterior en el que el daño reclamado resultara real, determinable y evaluable económicamente**. Como concluye el Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 19 de diciembre de 2006, **en cuanto a las secuelas únicamente pueden conocerse en su realidad y alcance cuando se produzca el alta médica, constituyendo, mientras tanto, una mera eventualidad y no un daño real y efectivo, de la misma manera que no puede hablarse de un daño moral que responda a unas secuelas o período de curación de lesiones que todavía no se han producido.**

Ahora bien, **la Comisión también debe tener en cuenta que la propuesta de resolución, emitida en mayo de 2016, ya recoge, dentro de los hechos probados, el momento en el que se produce el alta de la reclamante, tanto por parte del Servicio de rehabilitación cardiaca, como de su médico de cabecera para su actividad laboral.** Actualmente, por tanto, **la Administración sanitaria sí dispone de los datos necesarios para afrontar, tal y como ha hecho, el fondo de la reclamación, pues puede valorar, en su caso, los daños infligidos, una vez que las lesiones de la reclamante han sido superadas o sus secuelas estabilizadas.**

DCJA 141/2016 pár. 41 a 42

En lo que respecta al plazo de interposición de la reclamación, la propuesta de resolución municipal razona que resulta improcedente la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el día 4 de diciembre de 2015 por los supuestos perjuicios ocasionados durante el período comprendido entre los días 13 de diciembre de 2004 y 4 de diciembre de 2014, **al haber prescrito el derecho** para su reclamación conforme a lo dispuesto en el art. 142.5 LRJPAC y art. 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

A este respecto, **la representante de las entidades reclamantes considera que en este caso debe tenerse en cuenta que, en la medida en que el Ayuntamiento de Mungia continúa a día de hoy sin asumir las obligaciones que le corresponden, nos encontramos ante unos daños de carácter continuado y de producción sucesiva**, que vienen produciéndose de manera prolongada en el tiempo y que requieren un período de tiempo largo para poder evaluar económicamente las consecuencias que están teniendo en sus representadas.

La Comisión entiende, contrariamente, que no nos encontramos ante un supuesto de daños continuados, sino de daños permanentes.

La STS de 5/11/1997 (RJ/1997/8298) recoge que el cómputo del año para reclamar en supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración:

> (...) arranca desde que se estabilizan los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, que es cuando hay conocimiento suficiente para valorar su extensión y alcance, teniendo en cuenta que el Código Civil sigue el principio de la «actio nata» y dispone en el artículo 1969 que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no hay disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieran ejercitarse las respectivas acciones, lo que a efectos de una posible exigencia de responsabilidad implica el cómputo del término para la prescripción a partir del momento en que el perjudicado tuvo conocimiento del daño que sufrió, plazo prescriptorio de la acción que determina que ésta comienza a correr al tener conocimiento del daño, aunque no sea preciso el conocimiento de la cantidad líquida del reclamante a que asciende el mismo.

La STS de 23 enero 1998 (RJ 1998\569) señala que:

> En los daños permanentes, producido el acto causante el resultado lesivo queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva, de tal manera que la agravación del daño habrá de provenir de un hecho nuevo. Por contra en los supuestos de daño continuado, al producirse día a día generándose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad como consecuencia de un hecho inicial, nos encontramos con que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo, lo que ha llevado a la jurisprudencia a establecer que el plazo de prescripción no empieza a correr en el supuesto de daños continuados hasta que no cesen los efectos lesivos, en tanto que en el caso de daños permanentes el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta dañosa.

La STS de 22-3-2005 (RJ/2005/5977) dice que:

> A diferencia de lo que acontece con los daños permanentes, entendiendo como tales daños aquellos que se agotan en el momento en que se produce el acto generador de los mismos, permaneciendo inalterable y estable en el tiempo el resultado lesivo, en los que el plazo empieza a computarse en el momento en que se produce la actuación o el hecho dañoso, en los daños continuados, es decir, aquellos en que el daño se agrava día a día de manera prolongada en el tiempo sin solución de continuidad, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad no empieza a computarse, hasta que se agoten los efectos lesivos, y en el supuesto que analizamos nos encontramos ante una hipótesis de daños continuados, porque los efectos lesivos se van agravando día a día hasta la pérdida total de la plantación."

La STS de 12-12-1980 (RJ/1980/4747) razona que:

> … No pueden ser identificados los supuestos de «daños continuados» en su precisa acepción y «daños permanentes» u originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, con aquellas situaciones en que una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, como esta Sala apuntó en su S. de 26 octubre 1971 (RJ 1971\4158); y en el presente caso el Tribunal de instancia, como dicho queda en la fijación de los antecedentes del recurso, partiendo de la material imposibilidad de señalar un «quantum» en la causación anual de los

> daños, obtiene una cantidad total, en la que cobra relieve el perjuicio sufrido por los castañares, traducido en la minoración de su desarrollo y rendimiento, y también otras especies por el efecto de los gases y las cenizas o polvo a lo largo de todo el tiempo con una consecuencia final cuya significación económica se presenta con destacado valor.

La STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010\5152) acoge los razonamientos de la Sala de instancia que negaba que se estuviera ante un daño continuado por tres razones*:*

> 1ª, En la demanda se reclaman cantidades por diferentes conceptos cuyos hechos determinantes aparecen perfectamente delimitados en el tiempo… 2ª.- Aunque la jurisprudencia sobre daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida declara que el plazo de prescripción no comienza a contar hasta la producción del definitivo resultado, también matiza que esto es así cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, y 3ª en el caso examinado sí cabe ese fraccionamiento o separación según los hechos probados puestos en relación con las alegaciones, fundamentos y peticiones de la demanda…

La STS de 17 junio 2014 (RJ 2014\4372) hace suyo el siguiente razonamiento de la Sala de instancia:

> A este respecto hay que indicar que derivándose el daño del incumplimiento diario por terceros del horario de cierre de los establecimientos, es claro que no podemos acudir a la doctrina del daño continuado sobre la que pretende ampararse la actora para reclamar en fecha 4 de enero de 2005 daños por la actuación omisiva de la Administración desde 1995, y es que cada día que se produce el incumplimiento del horario permite delimitar –en la tesis que sigue la demanda– el lucro cesante por pérdida de clientela, siendo el incumplimiento del día siguiente un nuevo acto lesivo generador a su vez del correspondiente daño indemnizable, lo que nos lleva a apreciar el alegato de prescripción por transcurso de un año ex artículo 142.5 invocado en la Orden impugnada y hecho valer por la Administración en la contestación a la demanda.

La jurisprudencia es constante al exigir como requisito para apreciar daño continuado que "no sea posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie perseguida". Entre otras muchas, las SSTS de 4-7-2016 (RJ/2016/2897; 29-1-2014 (RJ/2014/796, 14-7-2010 RJ/2010/5152), 15-3-1993 (RJ/1993/2284) y las que en ellas se citan.

Cada uno de los pagos efectuados por la EUC … constituía un daño para ella que no se alteraba por el paso del tiempo, no produciendo los sucesivos pagos un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, como exige la jurisprudencia para apreciar daño continuado, por lo que no había ninguna necesidad de dejar pasar el tiempo para poder conocer el daño que la inhibición municipal producía.

El momento en que los representantes de los vecinos de la urbanización tuvieron conocimiento de la dimensión del daño es el momento en que tuvieron conocimiento de los servicios urbanísticos que venía obligado a asumir el ayuntamiento, momento en que pudieron efectuar la correspondiente reclamación, y por ende el día en que empieza a correr el plazo de prescripción anual que regula el artículo 142.5 LRJPAC.

Esa fecha es el día 11 de mayo de 2009, en que se dicta la sentencia nº 315/2009, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que confirma la nº 296/06, de 19 de abril de 2006, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Bilbao, por la que se declaraba que la autorización solicitada el día 13 de septiembre de 2004 por la EUC … para proceder a la disolución de la entidad urbanística, por asumirse por la corporación municipal las obligaciones de conservación de la urbanización, fue otorgada por silencio administrativo a los tres meses de presentada la solicitud.

Carece de justificación, por ello, que en un momento dado la EUC … reclame todos los gastos efectuados por los servicios urbanísticos que considera que debían haber sido financiados por el ayuntamiento, durante prácticamente diez años, concretados por diferentes partidas y por años, con la documentación soporte de cada pago.

La propia reclamación viene a demostrar que la dimensión del daño era perfectamente conocida por los que la promueven desde la fecha expresada y que la deuda es susceptible de ser fraccionada en etapas y hechos diferenciados, por lo que ha de entenderse que estamos ante un supuesto de daños permanentes, no de daños continuados. Otro entendimiento de la cuestión supondría dejar en manos de la reclamante el momento de promover la reclamación, con desconocimiento del plazo que establece la ley. Consecuentemente, habiendo sido presentada la

reclamación el día 4 de diciembre de 2015, habría de entenderse prescrita la acción para reclamar por los daños ocasionados con anterioridad al día 4 de diciembre de 2014.

DCJA 179/2016 pár. 45 a 59

Respecto del plazo para la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el artículo 142.5 LRJPAC y el 4.2 del Reglamento disponen que "en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo".

La propuesta de resolución del instructor del expediente considera que la reclamación ha sido promovida habiendo trascurrido el tiempo legal para hacerlo, por lo que ha de entenderse prescrito el derecho para reclamar.

Entiende que la fecha inicial para el cómputo del plazo es el día 24 de julio de 2014, en que se notificó a las comunidades de propietarios la desestimación del recurso de reposición interpuesto contra el Decreto de Alcaldía 2014/0298 de 28 de marzo, por el que se les requería el pago de los gastos causados por el ayuntamiento en ejecución subsidiaria del proyecto de apuntalamiento de las construcciones.

Considera que la resolución definitiva en vía administrativa es el momento en el que se materializan los daños y perjuicios que se reclaman, de manera definitiva, y que el hecho de interponer recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución no tiene efectos interruptivos de la prescripción de la acción por resultar manifiestamente inadecuado para la finalidad que con la misma se persigue.

La Comisión no comparte tal idea. El artículo 1969 del Código Civil dispone que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

La interpretación jurisprudencial de la disposición ha dado origen a la teoría de la *actio nata*, según la cual el cómputo del plazo para ejercitar las acciones sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto lesión, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.

Y **la seguridad de la producción del daño no lo tuvieron los hoy reclamantes cuando se desestimó el recurso de reposición contra la resolución municipal que les exigía el pago de los proyectos encargados y pagados por el ayuntamiento, sino cuando, recurrida la resolución ante la jurisdicción, esta resolvió de forma definitiva pues, al contrario de lo que entiende el instructor, la impugnación ante la Jurisdicción resulta adecuada, dado que el órgano jurisdiccional pudo anular la resolución administrativa, con lo que no se hubiera producido el daño.**

Por tanto, el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha en que fue notificada la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Bilbao, de 8 de junio de 2015, y habiendo sido interpuesta la reclamación el día 17 del mismo mes, ha de reputarse hecha dentro de plazo.

DCJA 197/2016 pár. 23 a 30

La propuesta de resolución estima que la reclamación ha prescrito porque nos encontramos ante un daño permanente, en el que el acto generador se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, y **los propietarios conocían desde la fecha en que adquirió firmeza la Sentencia** de 6 de noviembre de 2008 **(donde únicamente se discutía sobre el mantenimiento del muro exterior, al tiempo que se asumía y aceptaba la conservación de las fachadas) las limitaciones que existían sobre el inmueble** nº 80 de Kale Nagusia, **quedando en ese momento plenamente determinado y evaluable el daño.**

Las vinculaciones singulares por las que reclaman fueron ocasionadas por el Decreto 17/2005, de 25 de enero, **que calificó como bien cultural**, con la categoría de Conjunto Monumental, el Caso Histórico de Azkoitia, incluyendo al edificio en el listado 2 de protección media, y particularizadas en el Decreto 254/2006, de 12 de diciembre, por el que se acuerda la desafectación parcial del inmueble sito en el n.º 80 de Kale Nagusia en Azkoitia (Gipuzkoa), bien cultural afectado por el Decreto 17/2005, de 25 de enero, por el que se califica como Bien Cultural, con la categoría de Conjunto Monumental, el Casco Histórico de Azkoitia y se fija su régimen de protección, incurso

en un procedimiento de declaración de ruina, habiéndose producido su publicación en el BOPV nº 243, de 21 de diciembre de 2006.

Ahora bien, en tanto que **el contenido del dicho decreto fue revisado por la Sentencia** nº 730/2008, de 6 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, **declarando disconforme a derecho la imposición como condicionante, en relación a su desafectación parcial, la de conservar el muro interior de carga longitudinal paralelo a la fachada** a la plaza Sagrado Corazón, **puede decirse que cuando esta es firme comienza a correr el plazo, por cuanto, con arreglo a la teoría de la *actio nata*, a partir de ese momento tienen los reclamantes conocimiento cierto de las circunstancias fácticas y jurídicas necesarias para entablar su acción** de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

Siendo la sentencia susceptible de recurso de casación, la firmeza se produjo por el mero transcurso del plazo para recurrir, sin haberlo interpuesto. En este caso no nos consta cuándo fue notificada, ni cuándo devino firme, pero es evidente que cuando se presenta la reclamación de responsabilidad patrimonial (el 21 de noviembre de 2014) ha transcurrido un largo periodo de tiempo, lo que permite concluir, sin duda alguna, que se ha superado con creces el plazo del año.

Cabe considerar además, que según se desprende de la prueba practicada en los autos, tal y como lo recoge en su fundamento de derecho cuarto la Sentencia nº 730/2008, de 6 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el arquitecto de la propiedad llegó a cuantificar, ya entonces, el coste de conservación de la fachada en los términos recogidos en el decreto recurrido, pese a que tal aspecto no estaba en discusión.

Igualmente, en fundamento de su reclamación, los interesados presentan un "Informe sobre las consecuencias económicas derivadas de la Resolución de 15 de noviembre de 2011", realizado en octubre de 2012, cuando dicha resolución se limita a denegar la incoación del procedimiento de desafectación del inmueble. Esto es, la afección que sufre el edificio no surge de dicha resolución, sino de los decretos 17/2005 y 254/2006 y de la Sentencia nº 730/2008, y, en esa fecha, como lo acredita el propio documento, ya habían llegado a concretar los daños que ahora reclaman.

Resta por analizar si puede otorgarse eficacia interruptiva, a la solicitud de desafectación, con motivo de las licencias municipales de obras para el derribo y nueva construcción del inmueble en Kale Nagusia 80, solicitadas por los copropietarios el 13 de julio de 2009.

El ayuntamiento remitió los proyectos redactados por … S.A. al Departamento de Cultura del Gobierno Vasco "para que conceda, si procede, el permiso de desafectación".

De resultas de la misma, la Resolución de 15 de noviembre de 2011 del Viceconsejero de Cultura, Juventud y Deportes denegó la incoación del procedimiento de desafectación, e interpuestos recursos de alzada, fueron desestimados por Orden de 4 de junio de 2012 de la Consejera de Cultura.

Frente a tan negativa, don FJLI y otros interpusieron recurso contencioso-administrativo, resuelto por la Sentencia 250/2014, de 7 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que inadmitió el recurso.

Tras preparar recurso de casación, como ha quedado relatado en los antecedentes, no presentaron el escrito de interposición por lo que fue declarado desierto por Decreto del Secretario de Sala del Tribunal Supremo, y el 13 de octubre de 2014 el TSJPV notifico la firmeza de la Sentencia 250/2014, de 7 de mayo de 2014.

A la vista de tales actuaciones, cabría plantear si a tales acciones se les puede dar efecto interruptivo de la prescripción, debiendo comenzar el computo del año desde el 13 de octubre de 2014, en cuyo caso la reclamación estaría dentro del plazo.

La Comisión considera sin embargo **que tales acciones carecen de efectos interruptivos** por las razones que a continuación expone.

Antes que nada, conviene recordar la doctrina general de la Comisión sobre la prescripción. Hemos dicho que la aplicación de este plazo de prescripción está dominado en la doctrina y en la jurisprudencia por una interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado que responde a la necesidad de atenuar el rigor en la apreciación de la prescripción; institución que supone una limitación para el ejercicio de los derechos en beneficio de la seguri-

dad jurídica y que, por tanto, al no encontrar fundamento en razones de justicia intrínseca, excluye la interpretación rigorista y merece un tratamiento restrictivo (Dictamen 144/2008).

Como es común a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, la fijación del día de inicio del cómputo del citado plazo ha de realizarse siempre atendiendo a las circunstancias que presente el caso, en especial, a lo que revelen sobre la voluntad del interesado, a la luz de los principios de buena fe e interdicción del abuso de derecho.

El instituto de la prescripción se funda, por tanto, en la idea de sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos, y el tratamiento restrictivo, al que nos hemos referido, lleva implícito una interpretación amplia y flexible de las causas que determinan su interrupción.

Ahora bien, tampoco supone que el plazo quede abierto de manera indefinida, porque también se han de conjugar los valores de certidumbre y seguridad jurídica.

Pues bien, en el asunto que analizamos resulta procedente también traer como canon de enjuiciamiento la doctrina del Tribunal Supremo que reproduce, por ejemplo, la STS de 16 de diciembre de 2011 (RJ 2012/3586):

> De lo expuesto en nuestras Sentencias de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8520) y 1 de junio de 2011 (RJ 2011, 4929), recurso 901/2009 y 554/2007 respectivamente, en las que recordando la de 9 de abril de 2007 (RJ 2007, 4092), recurso 149/2003, afirmamos que: «Esta Sala en reiteradísimas ocasiones, además de en las sentencia que cita la sentencia recurrida, y a la que añadiremos por todas la de 7 de febrero de 2005 (Rec. 6367/2001), ha consagrado la doctrina consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6418), 4 de julio de 1990 (RJ 1990, 7937) y 21 de enero de 1991 (RJ 1991, 4065) del principio de ”actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual **la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad**.
>
> Con base en ello se ha mantenido por ejemplo que una acción civil encaminada a exigir dicha responsabilidad ”salvo que sea manifiestamente inadecuada” comporta la eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/92, y se ha razonado también sobre la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa».
>
> En idéntico sentido podemos citar la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000, 4049), recurso de casación 427/1996, en la que expresamos que: «La interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido por el art. 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada» (sentencia de 26 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4975), que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980).
>
> De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello.

En una primera aproximación cabría decir que, **en la medida en que de haber sido estimada la solicitud de desafectación el daño habría desaparecido, puede concluirse que dicha acción era pertinente y solo con la firmeza de la sentencia denegatoria los reclamantes han tenido un conocimiento claro y exacto del daño padecido.**

Sin embargo, la realidad es que dicha solicitud fue, no solo improcedente sino también ostensiblemente inadecuada, como lo pone de manifiesto la propia Sentencia 250/2014, de 7 de mayo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que inadmitió el recurso.

De un lado, por lo que se refiere a la desafectación, dice lo siguiente:

> Pues bien, el fundamento del presente recurso descansa en negar valor patrimonial a las fachadas que el Decreto 254/2006, de 12 de diciembre, ordena conservar, y ello sin que se hayan producido hechos nuevos o nuevas circunstancias que deban ponderarse, sino por la razón de que el citado decreto no ponderó debidamente el interés público ni el valor patrimonial de las fachadas, ni tuvo en cuenta la ruina que ya concurría en el año 2005, en el momento en que el Decreto 17/2005, de 25 de enero, estableció su inicial régimen de protección.
>
> **Dicho planteamiento comporta claramente un intento de revisión del Decreto** 254/2006, de 12 de diciembre, que había devenido Firme, intento que es rechazado por la resolución de 15/11/2011, confirmada por la orden de 04/06/2012, actos que se limitan a confirmar lo que ya había establecido con toda claridad el Decreto 254/2006, esto es, el valor patrimonial de las fachadas y su congruente régimen de protección, decreto que devino firme y consentido, salvo en lo relativo al muro de carga longitudinal a la fechada a la plaza del Sagrado Corazón, aspecto en el que fue anulado por la sentencia de la Sala de 06/11/2008.
>
> Procede, en consecuencia, declarar la inadmisibilidad del recurso ex art. 69-c) en relación con el art, 28 LJ, por ser la resolución recurrida reproducción o confirmación del Decreto 254/2006, de 12 de diciembre, que devino firme y consentido por los recurrentes, y como consecuencia de ello no ser susceptible de impugnación.

De aceptarse su efecto interruptivo bastaría con formular una solicitud de revisión del acto, pese a haber quedado firme y consentido, para que se reinicie el plazo de prescripción de responsabilidad patrimonial y así solicitar una indemnización por las consecuencias que se derivan del mismo, lo cual supondría dejar permanentemente abierta la posible petición de una indemnización, con graves consecuencias para la seguridad jurídica.

Por lo que se refiere a la pretensión de carácter subsidiario, la inadecuación e improcedencia de la misma es también palmaria:

> Con carácter subsidiario, para el caso de que la Sala desestime el recurso planteado en los términos que hemos analizado, la parte actora ejercita la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños y perjuicios que las limitaciones impuestas al inmueble por el Decreto 254/2006, de 12 de diciembre, comportan, perjuicios que cuantifica en 800.000 euros.
>
> El recurso debe ser asimismo inadmitido en este punto, toda vez que como recuerda la STS de 25 de julio de 2013 (Rec. 2918/2010):
>
> Con este planteamiento de la recurrente, es menester recordar que es jurisprudencia consolidada de esta Sala que no es admisible que la responsabilidad patrimonial se plantee como pretensión subsidiaria para el caso de que no se acceda a la pretensión principal de anulación del planeamiento o disposición, pues en tal caso es una pretensión autónoma de la anulación de la actuación administrativa recurrida y debe solicitarse previamente en vía administrativa, como así se indica en las STS de 2 de noviembre de 2012, RC 3464/2009 y P.C 1524/2009 y de 18 de mayo de 2012, RC 61/2009.
>
> La acción de responsabilidad patrimonial ha de ser ejercitada previamente ante la Administración, estando sujeta a un concreto procedimiento en el que, entre otros trámites, resulta preceptivo el informe de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, pudiendo en su caso impugnarse jurisdiccionalmente la resolución que se dicte en el mismo, pero lo que no cabe es ejercitar dicha acción con carácter subsidiario al ejercicio de una pretensión anulatoria de un acto, para el caso de que resulte desestimada.

No cabe en modo alguno plantear una pretensión indemnizatoria subsidiaria, la solicitud debió ser presentada ante la Administración como dice la sentencia, lo que no sucedió, y menos aún como alternativa a la estimación de un recurso que debe ser inadmitido por versar sobre un acto que devino firme y consentido para los recurrentes.

DCJA 216/2016 pár. 18 a 41

Instrucción

Aunque no se ha emitido un informe específico por parte del servicio afectado, sí consta en la documentación presentada por el propio reclamante un informe realizado por la empresa …, S.A., con ocasión de la reclamación presentada por los mismos motivos ante el Ararteko. **No obstante, y aunque ese trámite pueda servir a efectos de analizar el funcionamiento del servicio, más discutible resulta que pueda sustituir al trámite de audiencia a la empresa …, S.A. en el presente procedimiento, dado que la finalidad de ambos procedimientos sí es diferente, y uno de los motivos por los que el ayuntamiento niega su responsabilidad es precisamente la existencia de un contratista interpuesto en la gestión del servicio dirigido a las personas mayores en las viviendas comunitarias.**

De acuerdo con la doctrina de esta Comisión (que comienza en el Dictamen 99/2005), la falta de información relacionada con el contrato administrativo de gestión del servicio correspondiente a las viviendas comunitarias, unida a la falta de audiencia al contratista, excluiría la aplicación del artículo 214.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público. **La imputación de la responsabilidad a la contratista debe realizarse siempre que el régimen que para los particulares deriva del instituto de la responsabilidad patrimonial mantenga su plena virtualidad, de tal suerte que la imputación a la contratista no suponga una merma de las garantías que dicho régimen consagra para los particulares.**

DCJA 124/2016 pár. 20 a 21

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Generalidades

No obstante, **la Comisión advierte que los daños alegados por la reclamante, aunque no acreditados, se pretenden vincular a actuaciones administrativas que han sido realizadas en el marco de procedimientos específicos sometidos a su propia normativa en la que se prevé sus mecanismos de respuesta y reacción, en su caso, por las personas afectadas en el ejercicio de los derechos que deseen ejercitar.**

Así, en este caso, la reclamante ha planteado una reclamación de responsabilidad patrimonial en el contexto de un **procedimiento de recuperación de oficio de un inmueble** iniciado por la Resolución de 12 de marzo de 2014 de la Concejala Delegada de Hacienda con arreglo al artículo 4.1.d) y 82.a) de la LBRL, al artículo 44.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales (RBEL), y al artículo 55 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas (LPAP). Esa prerrogativa administrativa viene desarrollada, también en sus aspectos procedimentales en el RBEL (artículos 70 y siguientes).

A la Comisión no le corresponde, en este caso, analizar, con ocasión de la consulta que se le ha planteado sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial, la conformidad a derecho del procedimiento tramitado por el ayuntamiento para la recuperación y demolición del inmueble "Villa …", en el que la Junta de Gobierno Local, en sesión de 30 de julio de 2014 acordó "declarar abusiva y arbitraria la ocupación del espacio que constituye el piso bajo de la denominada Villa … por doña JEE", a la que se requería el desalojo de la vivienda en un plazo de 10 días, apercibiéndole de ejecución subsidiaria; y, en el que, por último, el 9 de febrero de 2015 el alcalde resolvió efectuar "el lanzamiento de las personas y enseres que continúen en la ocupación ilegítima de la vivienda", para cuya efectividad acudió el ayuntamiento a la vía judicial. Y ello pese a la insistencia de la parte reclamante en sus sucesivos escritos en reiterar cuestiones relacionadas con el mismo y que han de ser planteadas en el seno del correspondiente procedimiento, administrativo o judicial, en su caso.

Es interesante apuntar que **no consta que la ahora reclamante haya combatido esas resoluciones administrativas en el ámbito del correspondiente procedimiento**.

En la dirección apuntada, la sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV ha advertido también en su sentencia de 20 de octubre de 2015: "Es de ver que en este caso la defensa apelante dedica la mayor parte de su argumentación a mostrar a la Sala la disconformidad a derecho de la resolución municipal de cuya ejecución se trata, empero (…) no resulta admisible, pues no es esta la instancia procesal idónea, dada la naturaleza y finalidad del singular y preferente procedimiento de autorización de entrada, un exhaustivo análisis de la validez jurídica del desalojo, que parece propugnar el letrado con la reiteración de las alegaciones vertidas a lo largo del procedimiento administrativo al que puso término el acto para cuya ejecución se instó la autorización judicial; en caso contrario, se estaría convirtiendo el procedimiento de autorización de entrada en un verdadero proceso revisor de la legalidad de aquel acto originario, con el riesgo de sustraer la legítima competencia del órgano jurisdiccional que debiera conocer del recurso contencioso-administrativo eventualmente interpuesto contra el mismo, en el que habría de dilucidarse, además su ejecutividad". Conviene añadir ahora que, no obstante lo anterior, en el mismo párrafo la Sala efectúa *obiter dicta* una valoración del fondo, cuando se refiere a la "aparente legalidad" de la actuación municipal, "fundada, sustancialmente, en la ausencia de título que habilite la ocupación del inmueble, sin evidenciarse infracciones graves y manifiestas".

Del análisis que compete a la Comisión resulta que los daños por los que reclama doña JEE son la consecuencia de un funcionamiento normal de la Administración municipal en un procedimiento de desalojo y derribo de un edificio cuya ocupación por aquella declaró abusiva y arbitraria (sin que fuera impugnada la resolución que contenía tal declaración). En ese procedimiento el ayuntamiento ha acudido al orden jurisdiccional contencioso-administrativo para obtener la autorización de entrada en el inmueble con el fin de llevar finalmente a cabo el desalojo y la demolición del inmueble.

El ayuntamiento ha actuado conforme a la decisión del juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Donostia San Sebastián (procedimiento de autorización de entrada 439/2014), exteriorizada mediante auto y confirmada posteriormente por el TSJPV [al resolver el recurso de apelación del citado auto, en un solo efecto, según dispone el artículo 80.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa] y en ejecución de la misma, dentro del plazo señalado para ello. **En ese ámbito judicial ha quedado, asimismo, resuelta la cuestión**

planteada por la reclamante en el sentido de estimar correctamente notificada la resolución municipal de 30 de julio de 2014.

En definitiva, **no pueden calificarse como lesión antijurídica los efectos de actos administrativos firmes (no impugnados en el tiempo y forma previstos para ello) que se han emitido en el marco de procedimientos tramitados con arreglo a sus normas reguladoras.**

Como ha advertido en reiteradas ocasiones esta Comisión siguiendo la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 3.833/98, 1.043/99 y 2.784/99, entre otros), la responsabilidad patrimonial no puede utilizarse como un medio para evitar la aplicación de resoluciones consentidas por los interesados ni como una vía alternativa a la interposición de los recursos correspondientes para someter a examen la legalidad de dichas resoluciones (DDCJA 212/2012, 236/2010, 3/2002, 4/2002 y 76/2001, entre otros).

En el caso, a la luz de los hechos relatados, ha de valorarse que la reclamante pudo impugnar los actos administrativos que consideraba lesivos y hacer valer en vía judicial su pretendido derecho de propiedad; y en el caso de que finalmente un Tribunal hubiera reconocido sus pretensiones, qué duda cabe que una vez declarada la ilegalidad de la actividad administrativa impugnada, por acción u omisión, podría surgir un derecho a resarcirse del daño ocasionado como medida para el pleno restablecimiento de su situación jurídica (acreditando la concurrencia de los demás requisitos exigidos en el caso del instituto de la responsabilidad patrimonial).

DCJA 78/2016 pár. 45 a 54

En consecuencia, la Comisión Jurídica Asesora, compartiendo el criterio de la Inspección médica, considera que **los efectos negativos provocados por la intervención urgente practicada son consecuencia normal de esta, fueron detectados a tiempo y previstas las medidas correctoras necesarias para su eliminación, por lo que no nos hallamos propiamente ante un daño antijurídico.**

Además de cuanto antecede, suficiente para negar la procedencia de la responsabilidad patrimonial instada, hemos de resaltar la peculiaridad que presenta la presente reclamación. En su primer escrito de reclamación de fecha 26 de diciembre de 2013, don RBM solicita una nueva intervención reductora para corregir el desvío del tabique. Esta segunda intervención fue aceptada por Osakidetza, quedando pendiente de programar, según se refleja en el informe de 19 de enero de 2015. Sin embargo, en fecha 5 de marzo de 2015 presenta escrito en el que descarta la nueva intervención correctora "por la lógica desconfianza y el riesgo de la anestesia" y solicita indemnización pecuniaria.

En su escrito de alegaciones de fecha 4 de abril de 2016 don RBM precisa algo más el alcance de la reclamación que solicita, centrándola en que se le "proporcione –como dañado– un valor de sustitución de la integridad estética y funcional de mi nariz, de la cual he sido privado por el mal resultado de dicha actividad prestacional pública, utilizando como criterio de cálculo indemnizatorio el coste dinerario total que supone actualmente para ese Servicio Vasco de Salud la realización de esa segunda intervención quirúrgica que me fuera ofertada en su día para reparar el entuerto de la inicial, a fin de que yo pueda emplear ese importe monetario en la procura de una restauración nasal por parte de un médico especialista de la red sanitaria privada que merezca mi confianza".

Este planteamiento no resulta admisible. **El reclamante tiene derecho a que prosigan las intervenciones correctoras previstas por Osakidetza como parte de la asistencia a la que tiene derecho, pero no a que el tratamiento se realice en el ámbito de la medicina privada con cargo a fondos públicos sin reunir las condiciones previstas para ciertos supuestos –y que en este caso no concurren– y utilizando indebidamente la vía indemnizatoria de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria.**

DCJA 121/2016 pár. 41 a 44

II. Antijuridicidad

A) El deber de soportar la carga

Para contextualizar adecuadamente el análisis del supuesto sometido a dictamen, se ha de señalar que la Administración General de la Comunidad Autónoma y la Administración General del Estado formalizaron con fecha 24 de abril de 2006 un convenio de colaboración por el cual el Gobierno Vasco contrata la ejecución de las obras de plataforma en el ramal guipuzcoano Bergara-Irun completo. Dentro de este ramal se encuentran incluidas las obras del tramo …

Durante la ejecución de esas obras y como consecuencia de las voladuras realizadas, se produjo un desplazamiento de tierras en terrenos del caserío …, dedicados a la plantación de manzanos. Como consecuencia de ese desplazamiento, los propietarios del caserío consideran que se han producido una serie de daños, tanto en el caserío como en la explotación agrícola, que deben ser indemnizados por la Administración, en su calidad de promotora de la obra. Para ello, dirige su reclamación a ETS [Euskal Trenbide Sarea/Red Ferroviaria Vasca], ente público creado por el Gobierno Vasco para construir, conservar, gestionar y administrar las infraestructuras ferroviarias dependientes de la Comunidad Autónoma.

En principio, la relación entre las obras promovidas desde la Administración y el movimiento de tierras producido en los terrenos del caserío es una cuestión pacífica, admitida por la propia Administración. La inmediata reacción de esta mediante la realización de unas obras de emergencia para estabilizar la ladera acreditan esa relación causal.

La discrepancia surge a la hora de analizar el alcance real de los daños producidos por ese incidente y por las voladuras realizadas. **Mientras la Administración considera que únicamente afectó a los terrenos y que estos ya fueron estabilizados y reparados, los reclamantes consideran que los terrenos, incluso después de la reparación realizada, no son susceptibles de explotación mecanizada, con la consiguiente pérdida de valor y perjuicios que de ello se derivan**. Entienden también que **los efectos de las voladuras alcanzaron al propio caserío, provocando desperfectos como grietas, rotura de tejas, goteras y humedades.**

Daños en el caserío

Los reclamantes entienden, como decimos, que las voladuras efectuadas con objeto de las obras afectaron no sólo al terreno sino también a la propia edificación, provocando grietas en las fachadas de mampostería, grietas puntuales en el interior (pasillo, habitación de 1ª planta y sala de manipulación de la fruta) y el movimiento de la cubierta, que ha traído como consecuencia la aparición de numerosas goteras. El movimiento de la cubierta se aprecia, según señalan, en el deslizamiento de las piezas de tejas de la primera hilada junto al gallur.

En alegaciones posteriores reclaman también la aparición de humedades bajo chimeneas y buhardillas; humedades que se hicieron patentes en el invierno y la primavera de 2015 con la afloración de manchas y desconches.

La petición y su valoración se fundamentan en los informes técnicos elaborados a instancia de parte por un ingeniero agrónomo, así como en otros documentos como la propuesta para declaración de emergencia realizada para estabilizar la ladera afectada por el movimiento de tierras.

Pues bien, **la Comisión considera que, aunque la Administración se niegue a aceptar que se hayan generado nuevas grietas en el caserío o se reduzca su importancia por considerarlas superficiales, tanto la realidad de los daños como su conexión con las obras de construcción de la Nueva Red Ferroviaria han quedado debidamente acreditadas por los reclamantes.**

Posteriormente, ETS lo califica como una imprecisión del proyectista, pero su existencia viene reconocida, tal y como alegan los reclamantes, en la propuesta para la declaración de emergencia de las obras realizadas para estabilizar y reparar el desplazamiento de tierras. Este documento recoge expresamente que las inestabilidades se están traduciendo en fisuras en las paredes tanto en el exterior como en el interior del caserío y en la apertura de grietas de la finca y continuo movimiento de la ladera.

El Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial, siempre a través de ETS, esgrime como principal argumento un acta notarial levantada con anterioridad al inicio de los trabajos para defender que las grietas en el caserío ya existían con anterioridad al inicio de las obras que provocaron el movimiento de tierras. Esta Comisión tampoco comparte, sin embargo, este argumento, porque el citado documento reflejaba únicamente dos grietas, una en el

exterior y otra en el interior, y no reflejaba la situación en el tejado, mientras que, tras el incidente, se habla de un evidente ensanchamiento de las dos grietas preexistentes, así como de la aparición de otras nuevas y movimiento de cubierta, con grietas acreditadas también en varias de sus tejas. Estas afirmaciones se acompañan de numeroso material gráfico y una valoración pericial de los daños.

ETS afirma también que el registro de voladuras anteriores a marzo de 2014 –a las que los reclamantes atribuyen los principales desperfectos– muestra que los valores de la vibración están por debajo del umbral de daños que se puede producir a este tipo de estructura, pero tampoco este dato permite eludir la responsabilidad de la Administración, pues se ha de recordar que esta alcanza incluso en caso de un funcionamiento normal del servicio público. En este caso, el cumplimiento de la normativa técnica a aplicar en la ejecución de las voladuras tampoco eximiría de responsabilidad a la Administración, puesto que lo fundamental es determinar si el daño resulta o no antijurídico, en el sentido dado al inicio de nuestra exposición y, en este caso, sólo cabe calificarlo como tal, puesto que los reclamantes no tienen el deber jurídico de soportar los desperfectos provocados en su caserío, incluso si al ejecutar las voladuras se hubiera actuado, como decimos, dentro de los límites técnicos comunmente aceptados.

Lo realmente decisivo es que, frente a lo señalado por la Administración, apoyado en los informes realizados por ETS (la dirección de obra), **el informe pericial de valoración de los daños** constata también, al igual que el documento que justificaba las obras de emergencia, **la aparición de nuevas grietas y el movimiento de la cubierta,** lo que ha provocado también, según se desprende de los informes y del material gráfico aportado, la aparición de manchas de humedad y goteras.

(…)

A la vista de lo expuesto, entiende la Comisión que se ha producido un perjuicio para los reclamantes que, como decimos, no tienen el deber de soportar, sobre un caserío asentado en el terreno, con más de 400 años de antigüedad, y que está protegido, de acuerdo con la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco, con la calificación de monumento, en el Inventario General del Patrimonio Cultural Vasco. Esta calificación, más allá de su declaración formal, impone a los poderes públicos el deber de velar por su integridad, fomentando su protección, actuando con la eficacia necesaria para asegurar a las generaciones futuras la posibilidad de su conocimiento, comprensión y disfrute.

DCJA 44/2016 pár. 23 a 38

B) Fuerza mayor

Sobre este punto, la propuesta de resolución sostiene, en síntesis, que **el desprendimiento provocó que cayeran sobra la calzada gran cantidad de tierra, piedras e, incluso, árboles, así como la formación de retenciones. Se produjeron, en suma, unas circunstancias de todo punto extraordinarias (fuerza mayor) que rompen el nexo causal entre el daño reclamado y el funcionamiento del servicio público.**

La reclamante, por su parte, niega la fuerza mayor y afirma la existencia de otros desprendimientos en la zona, que basa en las noticias aparecidas durante esos días en la prensa.

La propuesta de resolución da la fuerza mayor por acreditada con base en los informes del Servicio de carreteras de la Diputación Foral de Bizkaia.

En concreto, en el informe de 27 de octubre de 2015, sobre las características del desprendimiento, se señala lo siguiente:

> El desprendimiento producido en la Carretera Foral … en su P. K. … el día 20 de Diciembre de 2013 vino motivado por la que se conoce como «Rotura planar»; esto quiere decir la rotura de un estrato rocoso. Este tipo de roturas son imprevisibles dado que se producen en el interior del estrato cubierto generalmente por tierra vegetal o/y vegetación lo que hace imposible que los servicios de vigilancia lo detecten. (…) Se comprobó que el estrato había roto por pandeo quedando dividido en cuatro partes claramente diferenciadas. El primero, empezando por abajo, es el que ocupaba la calzada, estaba totalmente desprendido y soportaba al segundo que se encontraba apoyado en el talud de forma inestable. El tercero se encontraba en el talud, simplemente apoyado, fragmentado y a 30 m de altura, suponiendo un gravísimo riesgo de caída. Por último aparecía un

tramo, a unos 40 m de altura, totalmente descalzado y que se mantiene por rozamiento con el estrato inferior por lo que amenazaba desprenderse en cualquier momento.

En este informe se refuta, asimismo, la alegación de la reclamante y se afirma que el desprendimiento "No tiene nada que ver con las obras de estabilización realizadas en el acceso al Polígono … sito en el P.K. …, a medio Km del punto que nos ocupa y mencionado erróneamente en el artículo periodístico".

En el informe complementario de 23 de febrero de 2016, en relación con el segundo corte de la carretera (días 27 a 29 de diciembre), ante la previsibilidad del mismo –alegada por la reclamante–, se señala que "…es un corte indispensable para poder terminar las labores de anclaje del estrato colgado a 30 m de altura (...), no pudiéndose por tanto desligar del corte anterior ni de su condición de imprevisibilidad". Más adelante, el informe insiste en que era "imprescindible volver a cortar los días 27 al 29 para poder finalizar las labores de tesado de los anclajes para que fuesen efectivos y así finalizar la estabilización de emergencia del talud que evitase el grave riesgo que existía para los usuarios de la carretera".

Con ese soporte, para la propuesta de resolución la relación causa efecto entre el desprendimiento y el levantamiento de la barrera del peaje de la autopista (en los dos periodos señalados) que provocó el daño que se reclama, queda rota, por ser aquel un suceso extraordinario.

Sin embargo, el análisis de la acreditación que contiene el expediente, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia sobre la fuerza mayor, inclina a la Comisión a considerar que no concurre en este caso.

Las razones de esta conclusión se exponen a continuación.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, en sentencias de 11 de septiembre de 1974, 3 de octubre de 1994, 25 de noviembre de 2000, 19 de abril de 2001 o 31 de enero de 2002), la fuerza mayor es un concepto jurídico reservado para un supuesto de indeterminación irresistible y exterioridad, de tal modo que la causa del daño resulta ajena al servicio público y al riesgo que le es propio, a diferencia del caso fortuito, evento interno, intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos.

Dice esa jurisprudencia (en una distinción a veces difícil de fijar) que **el caso fortuito se caracteriza por la indeterminación y la interioridad. La primera nota alude a la causa del daño, que es desconocida, mientras que la interioridad hace referencia a la relación del evento dañoso con la organización en que se presenta. Se trata, por ello, de un evento íntimamente conectado con el funcionamiento de la actividad o del servicio público.**

La fuerza mayor, por su parte, entronca con la idea de lo extraordinario, catastrófico o desacostumbrado y destaca en ella su excepcional gravedad o la inevitabilidad de un acontecimiento insólito y, por tanto, razonablemente no previsible.

El desprendimiento de parte de un talud de una carretera es, sin duda, un suceso incierto pero en modo alguno ajeno al funcionamiento del servicio público de vigilancia y mantenimiento de las carreteras. No es algo extraordinario o insólito para el círculo de actuación del obligado (en este caso, la Administración competente del cuidado de las carreteras).

Del examen de los casos analizados por la doctrina y la jurisprudencia se concluye que es habitual que los responsables de las carreteras, ante los desprendimientos de piedras, rocas o árboles de los taludes que provocan daños a los particulares (en especial, accidentes de tráfico), esgriman la concurrencia de fuerza mayor, en el entendimiento de que tales desprendimientos son sucesos impredecibles y difícilmente evitables.

Sin embargo, el Consejo de Estado (entre otros, dictámenes 354/2008, de 10 de abril, 775/2013, de 7 de noviembre, y 2606/2010, 21 de diciembre) sostiene el carácter indemnizable de los daños sufridos por accidentes provocados, bien por la caída sobre la calzada de árboles provenientes de los taludes existentes en la zona contigua de la carretera, bien por la caída de piedras o rocas de un elemento estructural de la carretera, al considerarlos riesgos ordinarios cuyas consecuencias deben ser asumidas por la Administración. Tales acontecimientos –generadores del daño– no se califican de fuerza mayor y, por tanto, no permiten exonerar a la Administración de su responsabilidad indemnizatoria.

La misma conclusión alcanza la Comisión si atiende al criterio expresado, en casos similares, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (entre otras, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho tribunal de 14.02.2003, JUR 2003\116379, o de 22.11.2002, JUR 2003\72644).

En resumen, se señala allí que, en el orden material, **la fuerza mayor es un concepto jurídico que se conforma en torno a dos notas, como son la imprevisibilidad y la inevitabilidad, difíciles de predicar ante desprendimientos en los que no hay prueba de ninguna circunstancia exterior de entidad suficiente para desconectar lo ocurrido del círculo de actuaciones comunes al desarrollo del servicio de mantenimiento de carreteras. Se argumenta, en definitiva, que no reúne ese carácter, imprevisto e inevitable, el desprendimiento de un talud, en el ámbito del funcionamiento de dicho servicio, que incluye la actividad de ejecutar y preservar las medidas de protección necesarias para evitar sucesos como el acaecido**.

La propia Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2008, que cita la propuesta de resolución en apoyo de la existencia de fuerza mayor, da la medida de la diferencia con el caso que examinamos. Allí se apreció que un incendio en los aledaños de una autopista podía ser considerado fuerza mayor, al ser un hecho de "carácter excepcional o desacostumbrado". Ello permite observar la diferencia objetiva entre un incendio –hecho ajeno y externo al funcionamiento del servicio de carreteras– y un desprendimiento de tierra, rocas y árboles en una carretera, provenientes del talud que la circunda.

En el mismo sentido, cabe apuntar los conceptos que conforman la definición de la fuerza mayor en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público.

Por último, cabe apuntar que, al margen de la mayor o menor precisión de las noticias aparecidas en prensa, tampoco queda refutado suficientemente en el expediente que el entorno del Polígono … –la curva que lo rodea– no sea una zona proclive a sufrir desprendimientos. Actualmente, nada más rebasar la señalización correspondiente al kilómetro … de la carretera …, figura instalada una señal de advertencia de desprendimientos.

Según lo avanzado, en virtud de cuanto ha quedado expuesto, **la Comisión no considera acreditada en este caso la fuerza mayor.**

DCJA 133/2016 pár. 53 a 73

III. Daño

Cabe recordar que, como consecuencia de una construcción jurisprudencial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012), **se admite la aplicación al ámbito administrativo de la figura del enriquecimiento injusto "…como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo".**

Precisamente dicha aplicación se ha producido, en gran parte, en asuntos relacionados con la contratación administrativa que guardan relación con el caso que examinamos, pues son situaciones "(...) en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por un propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración pública que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".

La apreciación de la existencia del enriquecimiento injusto de la Administración, siempre según la construcción jurisprudencial, va a requerir: el enriquecimiento de la Administración (también como ahorro de un gasto debido), el correlativo empobrecimiento del tercero, concretado en un daño emergente o en un lucro cesante, la ausencia de causa o motivo que justifique el enriquecimiento y de precepto legal que excluya la aplicación de repetido principio (entre otras muchas, STS de 15 de diciembre de 2011). Junto a ello, debe quedar acreditado que no concurre ninguna de las circunstancias que impiden dicha aplicación: (i) que el contratista no haya actuado de buena fe; (ii) que la prestación sea debida a su iniciativa; o (iii) que haya consentido previamente la posibilidad de enriquecimiento de la Administración.

Siendo el descrito el régimen del enriquecimiento injusto es posible comprender que cierta doctrina considere que, a la postre, es uno de los títulos de imputación posibles en el marco de la responsabilidad patrimonial, del mismo modo que la indebida quiebra de la buena fe y la confianza legítima de quienes se relacionan con la Administración.

El supuesto planteado cumple los señalados requisitos, apreciándose además con especial intensidad –si se retoman los hechos– la concurrencia del referido al origen del empobrecimiento en "hechos dimanantes de la Administración pública que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".

La singularidad del caso emerge también en esta perspectiva puesto que el expediente permite considerar que precisamente una de las bases de las soluciones acogidas en el Protocolo fue la necesidad de una estrecha colaboración entre la Administración y las empresas adjudicatarias, a fin de conseguir un sistema de seguridad lo más ajustado a las características de la obra que, adjudicada por tramos, se extendía por diferentes puntos del territorio, presentando en cada uno perfiles propios; circunstancia que se consideró relevante a la hora de diseñar, primero, y poner en marcha, después, unas medidas de seguridad idóneas.

Con base en lo expuesto cabe, así, considerar que el supuesto traslada la existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, unido en la relación causa-efecto que exige la responsabilidad patrimonial, no al contrato de obras, cuya ejecución vendría a ser el escenario en que se manifiesta el daño, pero no su causa eficiente, que ha de buscarse en la actuación de la Administración. **Cuando se formalizó el contrato con la UTE, se conocía el riesgo excepcional que concitaba la ejecución (extra-muros del que asume quien, a su riesgo y ventura, suscribe con la Administración una contrato de obras)** –lo que aleja el supuesto del analizado en el antes citado Dictamen del Consejo de Estado 99/1998–, **pero que, de acuerdo con la valoración y análisis de dicho riesgo, consideró que la solución mejor para conjurarlo era parcelar la prestación de los servicios de seguridad por tramos** y establecer aquellos una vez conocidas las características de las empresas adjudicatarias, sin perjuicio de establecer mecanismos para garantizar la coordinación general, en manos de ETS que, a lo que ahora interesa, supervisó y validó las facturas de seguridad; gastos sobre cuya antijuridicidad ningún reparo puede formularse.

Todo lo cual permite emitir una **opinión favorable al reconocimiento de la indemnización.**

Con todo, debe la Comisión insistir en la **singularidad del asunto examinado** –tanto en la forma como en el fondo– **y recordar que la doctrina** de un tiempo a esta parte **viene sosteniendo que, al margen de que el enriquecimiento injusto pueda amparar una acción específica y autónoma** y de que, en ocasiones, se admita –como se ha hecho en este dictamen– su funcionalidad como título de imputación en materia de responsabilidad patrimonial, **cuando se trata de su aplicación al ámbito de la contratación administrativa,** dado que normalmente suele venir precedido de un desconocimiento grave de las normas que disciplinan la actividad contractual de la Administración (como ejemplo paradigmático, el contrato verbal), **el resarcimiento de quien hizo aquello a lo que no venía obligado y enriqueció indebidamente a la Administración, se deberá dilucidar**, con carácter general, **en el seno de un procedimiento de revisión,** conforme a los parámetros del artículo 35.1 TRLCSP, fiel trasunto en el ámbito de la contratación de la regla contenida en el artículo 102.4 LRJPAC.

DCJA 39/2016 pár. 46 a 54

La reclamante sostiene que la causa que determina el daño sufrido deriva de la voluntad obstaculizadora pertinaz del Ayuntamiento de cumplir el convenio pactado en fecha 30 de abril de 2004, lo que le ha privado del derecho a residir en su vivienda habitual desde el mes de junio de 2006, fecha en la que estaba previsto su realojo y en la que lo fueron los demás afectados por la misma intervención urbanística, hasta el mes de octubre de 2014, lo que supone un período de cien meses.

El daño producido, afirma el reclamante, ha sido moral, por haber estado privado de su residencia habitual, material, por haber tenido que alquilar una parte de la vivienda de su madre y una plaza de garaje y un trastero, por gastos judiciales; disminución de años en derecho de superficie, y por el aumento del coste del préstamo hipotecario.

La Comisión entiende que los daños y perjuicios irrogados al hoy reclamante por el incumplimiento del convenio expropiatorio ya fueron establecidos por la sentencia del Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de San Sebastián de 16 de septiembre de 2008, al condenar al Ayuntamiento al pago de la diferencia de precio

que pudiera comportar la adquisición de la nueva vivienda sustitutoria de la recogida en el convenio, cualquiera que fuera el momento en el que la compra se llevare a cabo.

Tal diferencia se ha concretado en 59.504,52 euros, que ha pagado el Ayuntamiento a la empresa constructora, sobre un precio total de la vivienda y los anejos, incluido IVA, de 157.818,12 euros. Esto es, un 37,70 % del valor de la vivienda y los anejos.

Así ha de deducirse de la circunstancia de que si la sentencia se pronuncia sobre daños y perjuicios, es porque esa ha sido la pretensión de la demandante (artículo 31.2 Ley de la Jurisdicción), quien habría solicitado, como solicita ahora, que se le indemnizase por la totalidad de los daños sufridos a consecuencia del incumplimiento del convenio expropiatorio.

Consecuentemente, **si tal perjuicio ha sido establecido y valorado por la jurisdicción, no cabe que se pronuncie sobre ello la Comisión.**

DCJA 80/2016 pár. 32 a 37

En efecto, la Comisión estima que **no pueden unirse causalmente una secuela a la actuación médica** –ni siquiera en el marco de la pérdida de oportunidad– **antes de agotar todas las posibilidades terapéuticas ofrecidas por los servicios sanitarios** y, menos aún, cuando los tratamientos médicos propuestos para su recuperación son rechazados o ignorados por el paciente.

DCJA 240/2016 pár. 77

IV. Indemnización

A) Daño moral

A modo recapitulativo, la Comisión estima que procede reconocer a la reclamante la indemnización correspondiente al **daño moral sufrido como consecuencia de la injustificada espera** (que no se considera razonable ni adecuada y el propio inspector califica de "excesiva") **en la práctica de la intervención quirúrgica que tenía programada**.

Se trata, por tanto, **de fijar una cantidad indemnizatoria por el daño moral derivado de la falta de prestación de una asistencia esperable, sin incidencia acreditada en el resultado de la intervención que finalmente se practicó** (en el repetido Dictamen 145/2014 dijimos: "se indemniza la angustia y la frustración de la espera de una pronta atención, esto es, el retraso de la prestación del servicio").

Al establecer esa indemnización ha de tenerse en cuenta que transcurrieron 935 días desde que la paciente fue incluida en la lista de espera quirúrgica (el 22 de julio de 2011) hasta que se practicó la intervención (el 11 de febrero de 2014), por lo que superó en cuatro veces (en concreto, 755 días) el plazo de garantía máxima (de 180 días) establecido para procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes en el Decreto 66/2005.

Ha de valorarse además, **que transcurrió un prolongado periodo de tiempo entre la última asistencia médica** en el Servicio de cirugía general del Hospital … (en julio de 2011) **hasta la siguiente atención médica especializada que se encuentra documentada,** la del Servicio de cirugía general del Hospital … (que se produjo el 7 de octubre de 2013), en el que no existe información sobre que se dispensara atención especializada a la paciente en relación con su dolencia (excepto la valoración preanestésica realizada en el Hospital … el 2 de octubre de 2013). Retomado el caso (desconocemos las razones, que no se explican en el expediente) por el Servicio de cirugía en el hospital Santiago el 7 de octubre de 2013 (en esa consulta se anotó que no constaba ninguna analítica tiroidea ni prueba de imagen desde 2011), se derivó a la paciente al Servicio de endocrinología de dicho hospital, donde se le sometió a nuevas pruebas (porque, tal y como se anotó, la última ecografía se le había realizado en abril de 2011 y la última PAAF [punción-aspiración con aguja fina] en julio de ese mismo año 2011); y se llevó a cabo otro estudio preanestésico en ese centro.

Pero, al mismo tiempo, **hay que tener en cuenta que durante ese periodo la paciente no presentaba sintomatología** tiroidea, ni disfagia, disnea, ni disfonía, como queda constancia en las anotaciones realizadas en las consultas médicas antes citadas. De hecho, la historia clínica de la paciente no ofrece ningún dato relativo a que durante ese periodo de espera haya precisado atención médica por molestias derivadas de su dolencia, ni que urgiera la práctica de la intervención quirúrgica que se encontraba programada en Osakidetza o en otro centro sanitario –como permite el artículo 6 del citado Decreto 65/2006–.

En consideración a las circunstancias anteriores, **entiende la Comisión (teniendo presente la siempre difícil tarea de evaluar un daño moral, con un componente de subjetividad inevitable) que la Administración sanitaria ha de resarcir** a doña GCS **por ese tiempo de espera injustificado soportado, la incertidumbre que conlleva y las molestias derivadas de la necesidad de realizar nuevas pruebas, una vez remitida a otro centro sanitario de Osakidetza** (del Hospital … al Hospital …), en la cuantía de cuatros mil euros (4.000 €).

DCJA 49/2016 pár. 70 a 75

Los familiares del fallecido han fijado la indemnización de forma alzada, en la cifra de 100.000 euros, sin apoyo en ningún criterio o informe técnico de valoración de daños que pueda servir como referente objetivo.

Por su parte, **la propuesta resolutoria establece la indemnización tomando como referencia el baremo previsto en la Ley 35/2015**, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (en adelante, Ley 35/2015).

La Comisión recuerda que no existe un instrumento específico en el que se establezca la concreta cuantía resarcible. En esos casos, venimos admitiendo, al igual que la jurisprudencia (como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de octubre de 2014), con carácter orientativo, como una de las posibles vías a utilizar –pese a su carácter no vinculante y, por ello, su inaplicabilidad automática–, el sistema para fijar las cuantías indemnizatorias en la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, entendiendo que proporciona seguridad y objetividad jurídica a la siempre compleja valoración de tales daños.

Como hemos indicado, en el presente supuesto la parte reclamante no señala en qué funda la indemnización pedida, mientras que la propuesta de resolución, por su parte, acude al baremo de la Ley 35/2015, en vigor desde el día 1 de enero de 2016.

En principio, **de acuerdo con lo que establece su disposición transitoria primera el nuevo sistema "…se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor".** A los daños causados por los accidentes ocurridos con anterioridad se les aplicará el sistema anterior, contenido en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Pero ello no significa un obstáculo para poder operar con el nuevo baremo si, como sucede en este caso, así lo contempla el órgano promotor de la consulta, ya que, como es doctrina de la Comisión, el sistema utilizado en el campo de los accidentes de tráfico tiene un carácter meramente orientativo, a la hora de determinar el *quantum indemnizatorio* en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Así se reconoce ahora expresamente, para los casos de muerte o lesiones corporales, en el artículo 43.2 Ley 40/2015 de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y así también se reconoce indirectamente en la propia Ley 35/2015, cuya disposición adicional tercera determina que "El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria".

Es decir, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, como hemos reiterado, **para valorar los daños personales (físicos, psíquicos y el patrimonial anudado a estos) no es de directa aplicación el sistema ideado para los accidentes de circulación.**

Esto cobra todo su sentido si se repara en que este se refiere a los daños personales ocasionados en accidentes de circulación, ámbito en el que el legislador ha estimado necesario establecer el aseguramiento obligatorio y la socialización de una actividad potencialmente dañosa mediante la fijación de criterios objetivos para la reparación

del daño, configurando un sistema de compensación pecuniaria objetivada. Como recuerda la jurisprudencia, "la valoración que se contempla en tales baremos atendiendo a criterios generales son útiles en muchos aspectos, entre otros el de permitir a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios de fiabilidad, de modo que puedan calcular las primas exigibles en atención al grado de probabilidad de producción de los diferentes siniestros y a la determinación precisa de la indemnización procedente en cada uno de ellos, pero que no puede aplicarse sin matices cuando se trate de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, independientemente de que ésta haya asegurado esta circunstancia con alguna sociedad privada" (STS de 3 de diciembre de 2012).

Ahora bien, que las características de la responsabilidad patrimonial sean distintas no ha impedido, como hasta ahora viene haciendo la Comisión, el empleo del baremo como referencia orientadora, por ser un instrumento muy válido para dotar de seguridad y objetividad jurídicas a la siempre compleja conversión de los daños físicos y morales en una cantidad económica.

Ese empleo, no obstante, como siempre insiste la Comisión, debe tomar en cuenta que en la determinación del *quantum* ha de estarse al principio de indemnidad que rige esa tarea en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. **Lo relevante es comprobar si la cuantificación alcanzada tomando como referencia el baremo (o cualquier otro sistema) da respuesta a las circunstancias del caso y, por tanto, respeta el señalado principio de indemnidad de los daños y perjuicios padecidos.**

DCJA 178/2016 pár. 62 a 72

En la valoración trascrita se observa que se introduce un factor corrector reductor de la indemnización del 85 %, basado en la razonable probabilidad de fallecimiento del paciente en muy breve plazo que razona el inspector en su informe. Hemos de señalar también que tal factor de corrección no figura en el baremo de la Ley 35/2015, que es el tomado como referencia.

Cabe recordar que la utilización de este tipo de factores correctores es admisible siempre que, conforme a lo señalado, sirva para responder, de un modo adecuado, a las concretas circunstancias del caso y cuente con el respaldo de la opinión de la Inspección médica, órgano técnico especializado cuyo informe, aunque no es propiamente una prueba pericial, tiene el valor de un juicio realizado sobre el conjunto de las circunstancias que se presentan, con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las personas y Administración sanitaria implicadas (como ponen de relieve los tribunales –entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de julio de 2015–).

Ahora bien, **si ningún reparo cabe oponer a la aplicación de factores de corrección, el porcentaje aplicado (85 %) sí plantea algunas cuestiones.**

Hasta ahora, con la referencia del anterior baremo la Comisión, en casos de fallecimiento, ha venido aceptando la aplicación de un porcentaje reductor máximo del 75 % (por todos, Dictamen 120/2015).

El empleo del sistema del baremo en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, según hemos señalado, cobra sentido para aumentar la seguridad y objetividad jurídicas y a su través la garantía de un trato igual a quienes han sufrido un daño como consecuencia del actuar de la Administración sanitaria. Por ello, **el porcentaje del 85 %, debería contar con una justificación que permita separarse del porcentaje reductor máximo aplicado hasta la fecha (75 %).**

Es cierto que el nuevo baremo de la Ley 35/2015 no prevé expresamente en las indemnizaciones por muerte un máximo del 75 % en el porcentaje de reducción (a diferencia de lo que ocurría antes de la modificación, que sí establecía ese tope, por ejemplo, para los casos de concurrencia de la propia víctima en la producción del daño).

Pero ha de tomarse en cuenta también que **dicha Ley 35/2015**, en un sentido similar al del anterior baremo, **contempla**, al regular la concurrencia de culpa de la víctima, **una reducción de las indemnizaciones de hasta un máximo del 75 %, sin perjuicio de que pueda existir culpa exclusiva de la víctima** (artículo 1.2).

La Comisión estima que el porcentaje reductor a aplicar en este caso debe ser como máximo del 75 % según las circunstancias que acredita el expediente y valora el informe de la Inspección: la edad (… años) y las muy limitadas

expectativas vitales por el severo deterioro previo de su salud debido a una situación clínica pluripatológica cuya gravedad pudo influir en el resultado final.

Todo ello lleva a la Comisión a considerar procedente indemnizar a la esposa del fallecido, doña GII, con la cantidad de 23.900,93 euros, que es el resultado de aplicar el porcentaje de minoración del 75 % a la cantidad de 95.603,75 euros.

DCJA 178/2016 pár. 76 a 84

Otra de las cuestiones que suscita la fijación de la pretensión indemnizatoria en el caso analizado se refiere a la situación de los tres hijos de don JFAEG.

El informe de la Inspección médica no contempla ninguna indemnización a favor de los hijos de don JFAEG, posiblemente por aplicación de lo establecido en el artículo 82 de la Ley 35/2015, que solo considera "persona perjudicada el cónyuge y los hijos menores de edad y se presume que también lo son, salvo prueba en contrario, los hijos de hasta 30 años". En los demás casos, sólo tienen la condición de personas perjudicadas las incluidas en el artículo 62 (en este supuesto, descendientes mayores de 30 años) "que acrediten que dependían económicamente de la víctima".

Conviene insistir en el **carácter orientativo del baremo para la Comisión** que, en casos como el analizado, **ha venido considerando que se produce un daño moral a una persona cuando fallece su progenitor, con independencia de las relaciones económicas o de dependencia que puedan existir** (que deberán ser tenidas en cuenta, en su caso, a la hora de fijar la cifra indemnizatoria).

Ese daño moral, por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo, tal y como viene reiterando el Tribunal Supremo, y que ha de fijarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y en un plano de equidad.

Pues bien, esta Comisión, además de las circunstancias antes descritas (edad y estado de salud previo) toma en cuenta que no se ha alegado ni acreditado dependencia económica de los hijos, ni que el fallecido conviviera con ellos, todo lo cual lleva a estimar razonable fijar el daño moral producido en la cuantía de dos mil euros (2.000 €) para cada uno de los reclamantes.

DCJA 178/2016 pár. 85 a 89

Por último, y en orden a la **cuantificación del daño**, debe tenerse en cuenta que **no hay criterios de valoración precisos**, pues los que a tal fin establece el artículo 141.2 LRJPAC no terminan de clarificar la cuestión, **dejando en manos de los órganos llamados a fijar el *quantum* un amplio margen de apreciación, que concurre con especial fuerza, entre otros supuestos, en el de los daños corporales.**

En este caso se reclama el daño moral producido por el fallecimiento del padre de la reclamante que, por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que **conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo, tal y como viene reiterando el Tribunal Supremo, y que ha de fijarse teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y en un plano de equidad.**

La reclamante acude a los criterios y límites previstos en el anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, pero esta Comisión ya ha señalado que los mismos no resultan vinculantes.

La indemnización básica por muerte (incluidos daños morales) para el caso de víctima de más de 80 años, sin cónyuge y un solo hijo mayor, de 38.345,07 prevista por la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, debe modularse en este caso porque no tiene en cuenta las circunstancias personales y familiares del fallecido en el lamentable accidente.

Esta Comisión considera necesario valorar, además de la edad de don JJSO (… años), su estado de salud (padecía un deterioro cognitivo muy agudo precisando asistencia del personal del centro para todas y cada una de las activi-

dades de la vida diaria), la ausencia de dependencia económica de la reclamante, y el hecho de que esta no convivía con el fallecido al menos desde que ingresó en la residencia (aproximadamente desde hace 9 años).

La ponderación razonable de las circunstancias mencionadas lleva a esta Comisión a reducir la indemnización básica en un 60 % (en la escala de hasta el 75 % de la Tabla II) y fijar la valoración del daño moral en la cuantía de quince mil trescientos treinta y ocho euros (15.338 €).

Pero esa cifra debe ser objeto de corrección, para atender también las circunstancias personales en este caso de la beneficiaria, que sufre una discapacidad psíquica acusada, habiendo sido calificada con un grado de discapacidad del 65 %, supuesto para el que el baremo dispone un aumento del 25 al 50 % sobre la indemnización básica por muerte. Cabe pensar que por su mayor vulnerabilidad sufre un plus de sufrimiento, y no es rechazable que el mismo haya podido repercutir en las dolencias que padece.

Por ello, la cuantía final debe ser la de veintiún mil cuatrocientos setenta y tres euros con veinte céntimos (21.473,20 €) resultado de sumar a la cuantía inicial el 40 % de aumento por discapacidad de la beneficiaria.

DCJA 194/2016 pár. 81 a 88

B) Lesiones

De acuerdo con dicha doctrina, en supuestos de **daños** físicos **sufridos por menores**, la Comisión ha considerado que el baremo es un adecuado punto de partida, en especial, para la valoración de las secuelas.

Pero en cuanto a la aplicación de otros conceptos (tales como los **días impeditivos o no impeditivos**) viene considerando que **su reconocimiento no es automático sino que va a requerir atender a aquellas circunstancias del caso que permitan objetivar una incidencia real en el desarrollo habitual de la vida del menor, alterada y condicionada** (bien de forma intensa, bien de forma parcial), por la lesión padecida.

En suma, para la Comisión, en ocasiones y siempre en función de las características del caso, **acudir a la noción de día impeditivo y no impeditivo del baremo podrá resultar una vía adecuada –no la única– para hacer efectivo el principio de indemnidad.**

En este caso, el expediente acredita que durante los doce primeros días, hasta la retirada de los puntos, hubo que tomar precauciones que, sin duda, condicionaron la vida del menor, para evitar la producción de golpes que pudieran reabrir la herida.

Por ello, cabe considerar acreditada en el caso una incidencia negativa para el desarrollo de la vida normal del menor durante el periodo que va desde el día del accidente hasta el de retirada de los puntos y, por ello, se estima (esencialmente por la edad del menor) que para reparar ese daño puede acudirse a la cantidad que fija el baremo para el día impeditivo (58,41 euros/día). Más allá de ese periodo, considera la Comisión que de los hechos acreditados no deriva una especial afección negativa que deba ser objeto de resarcimiento.

DCJA 67/2016 pár. 28 a 32

En cuanto a la cuantificación del daño, de acuerdo con lo hasta aquí razonado, la cantidad indemnizatoria pedida por el reclamante resulta infundada.

Por su parte, la propuesta de resolución asume la realizada en su informe por el responsable del Servicio de inspección médica, de acuerdo con la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación (en adelante, Ley 35/2015, de 22 de septiembre).

La indemnización contempla los siguientes conceptos:

- la cantidad de 2.488,08 euros que corresponden al daño orgánico producido por las limitaciones funcionales de las articulaciones (metacarpo-falángica, interfalángica proximal e interfalángica distal) del tercer dedo (1 punto por cada limitación en una persona de 40 años).

- la cantidad de 2.488,08 euros correspondiente a 3 puntos por daño estético ligero, con el siguiente razonamiento: "si la amputación de un dedo de la mano se considera, según la referida Ley 35/2015, un daño estético «moderado», una anquilosis de un dedo de la mano debe considerarse un daño estético «ligero», al cual le corresponde una valoración entre 1-6 puntos. Resulta razonable, en el presente caso, al no tratarse del dedo de la mano, plantear una valoración de 3 puntos".

- la cantidad de 497,61 euros, en concepto de lucro cesante "al no acreditarse grado alguno de incapacidad permanente, ni disponerse de información concreta al respecto, se propone un incremento estándar del 10 % sobre la cuantificación previamente establecida".

- la cantidad de 17.521,00 euros en concepto de lesiones temporales, tomando como periodo desde el 25 de agosto de 2012 (día del accidente) hasta el 11 de octubre de 2013 (día del último informe clínico) lo que supone un total de 412 días de los que de acuerdo con la citada Ley 35/2015, 3 días son días de pérdida grave de calidad de vida (75 euros/día); 183 días son de pérdida moderada de calidad de vida (52 euros/día) y 226 días son de perjuicio básico (30 euros/día). Asimismo, se computan 1000 euros en concepto de indemnización por una nueva intervención.

Es la primera vez que se somete a la Comisión una consulta que cuantifica el daño conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

En principio, de acuerdo con lo que establece su disposición transitoria primera el nuevo sistema "…se aplicará únicamente a los accidentes de circulación que se produzcan tras su entrada en vigor". A los daños causados por los accidentes ocurridos antes de entrada en vigor se les aplicará el sistema del texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

No obstante, **como es doctrina de la Comisión, para valorar los daños personales (físico, psíquicos y el patrimonial anudado a éstos) en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, no es de directa aplicación el sistema que opera en el de los accidentes de circulación –antes contenido en el anexo del citado texto refundido y sustituido ahora por el de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre–.**

En efecto, dichos sistemas se aplican para la valoración de los daños personales ocasionados en accidentes de circulación, donde el legislador ha estimado necesario establecer el aseguramiento obligatorio y la socialización de una actividad potencialmente dañosa, mediante la fijación de criterios objetivos para la reparación del daño, configurando un sistema de compensación pecuniaria objetivada.

Como recuerda la jurisprudencia, "la valoración que se contempla en tales baremos atendiendo a criterios generales son útiles en muchos aspectos, entre otros el de permitir a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios de fiabilidad, de modo que puedan calcular las primas exigibles en atención al grado de probabilidad de producción de los diferentes siniestros y a la determinación precisa de la indemnización procedente en cada uno de ellos, pero que no puede aplicarse sin matices cuando se trate de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, independientemente de que ésta haya asegurado esta circunstancia con alguna sociedad privada" (STS de 3 de diciembre de 2012).

Esta situación no ha cambiado con la reforma operada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Al contrario, el propio legislador ha precisado –disposición adicional tercera– que "El sistema de valoración regulado en esta Ley servirá como referencia para una futura regulación del baremo indemnizatorio de los daños y perjuicios sobrevenidos con ocasión de la actividad sanitaria".

Ello no obstante, **ningún obstáculo se observa para admitir, como hasta ahora viene haciendo la Comisión, el uso del baremo como referencia orientativa pues ello contribuye a dotar de seguridad y objetividad jurídicas a la siempre compleja conversión de los daños físicos y morales en una indemnización.**

Ahora bien, dada la no aplicación del referido sistema y el principio de indemnidad que rige la determinación de la indemnización en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, **lo relevante para analizar el *quantum indemnizatorio* es comprobar si el alcanzado tomando como referencia el baremo responde a las circunstancias del caso y, por tanto, respeta el principio de indemnidad de los daños y perjuicios padecidos.**

En esta perspectiva, la valoración que traslada la propuesta de resolución, a juicio de la Comisión, cumple en este caso con ese criterio y alcanza una cifra indemnizatoria que toma en cuenta las circunstancias del caso y repara el daño producido por el retraso en la operación.

Así, evalúa las lesiones permanentes en el tercer dedo otorgándoles una valoración (6 puntos) razonable que indemniza de forma suficiente la probabilidad perdida. En orden al periodo tomado en cuenta para la indemnización por lesiones temporales, coge el más amplio: desde la fecha del accidente (25 de agosto de 2012) hasta la del último informe médico (11 de octubre de 2013) y para su indemnización utiliza la clasificación de los días que, en función de la pérdida de la calidad de vida, contemplan los artículos 136 a 138 de la Ley 35/ 2015, de 22, de septiembre. Aún sin acreditación fehaciente de lucro cesante, se contempla también una cantidad (10 % del daño por lesiones permanentes) y asimismo se introduce el concepto del nuevo baremo "perjuicio personal particular por intervenciones quirúrgicas" del artículo 140, a pesar de que, en puridad, no se trata de una nueva intervención quirúrgica sino de la demora en su realización.

Por todo lo cual, se considera que la cantidad de 22.994,77 € repara debidamente el daño producido al reclamante por la demora en realizar la operación quirúrgica del tercer dedo de su mano derecha.

DCJA 81/2016 pár. 57 a 70

Así, la reclamante estima que estuvo impedida para sus ocupaciones 275 días, desde la fecha del siniestro hasta el alta efectiva el 12 de enero de 2015. Por su parte, el informe de la compañía aseguradora estima que los días de baja son 206, de los cuales 120 son impeditivos y el resto, 86, son no impeditivos. La diferencia la fundamenta el perito afirmando que "En el informe del 7 de noviembre de 2014 de su MAP, antes de mandarle a rehabilitación, se hace constar dolor en tobillo que no mejora, la manda a rehabilitación pero termina al alta el 12 de enero de 2015 igual por lo que considero fecha de estabilización lesional el 7 de noviembre de 2014".

A la vista de las discrepancias manifestadas sobre la fecha de alta es preciso matizar que, con carácter general, el *dies ad quo* para considerar unos daños permanentes será aquel en el que se conozca el alcance definitivo de las lesiones y sus secuelas. Este momento, que generalmente coincide con el alta médica, se produce **cuando la lesión está estabilizada, sin posibilidad de mayor curación, por haberse agotado todo los tratamientos rehabilitadores médicos establecidos para la recuperación funcional afectada.**

Derivado de lo anterior, no podemos compartir la opinión manifestada por el perito de la compañía aseguradora ya que, a pesar de la escasa o nula mejoría de las lesiones de la reclamante tras la rehabilitación, no fue hasta la declaración formal de alta por parte de su médico de atención primaria (MAP), cuando se completaron los procesos que determinaron la imposibilidad de mejoría o recuperación de las lesiones y, por tanto, su estabilización y la concreción de las secuelas pertinentes.

DCJA 198/2016 pár. 44 a 46

C) Lucro cesante

En el supuesto objeto de dictamen el acto administrativo anulado consiste en la adjudicación de un contrato, mediante la aplicación de criterios objetivos previamente determinados y ponderados en el pliego que rige la licitación. La valoración técnica de las ofertas es un área en la que, al menos cuando la forma de adjudicación es el concurso, ha dispuesto tradicionalmente de un espacio para la denominada "discrecionalidad técnica", pero **la introducción de criterios objetivos en la adjudicación, impulsada especialmente por las directivas europeas sobre contratación, han reducido en gran medida el campo de esa discrecionalidad técnica hasta aproximarla en gran medida a la actuación reglada.** Esta circunstancia se produce especialmente en aquellos criterios para cuya valoración se establecen fórmulas aritméticas que no dejan margen de apreciación subjetiva; situación que se produce en el presente supuesto.

Prueba de lo anterior es que la decisión jurisdiccional que origina la reclamación no sólo considera inválido el acto, sino que realiza una valoración de las ofertas de acuerdo con los criterios objetivos previamente establecidos, llegando a establecer el derecho de la entidad reclamante a obtener la adjudicación del contrato. **De ahí que, tal y**

como también valora la propuesta de resolución, el daño originado por la anulación de la adjudicación de un contrato y el reconocimiento del derecho a la adjudicación del mismo debe considerarse antijurídico y, por tanto, indemnizable a través de la institución de la responsabilidad patrimonial, ya que no deriva de la previa existencia de un contrato con la entidad reclamante, sino de la indebida adjudicación de un contrato a otra empresa con peor derecho.

Ahora bien, el hecho de que en este caso el deber de responder de la Administración no tenga causa en un contrato previo no excluye que, a efectos de cuantificar el daño indemnizable puedan tenerse en cuenta las reglas indemnizatorias establecidas en el marco de la legislación de contratos públicos. Ese paralelismo encuentra sentido fundamentalmente en cuanto al lucro cesante puesto que, tal y como ha argumentado el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de octubre de 2007 (RJ 2007/7203) que, a su vez, alude a la doctrina sentada en Sentencia de 15 de noviembre de 2004 (RJ 2005/334), el beneficio "no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo, en contraposición al contratista que habiendo sido adjudicatario de un contrato, sufre el desistimiento de la administración". Los efectos, añade, han de ser iguales en ambos supuestos con amparo en los preceptos vigentes en cada momento. Cuestión distinta es que, como afirma esta misma jurisprudencia, si se alegan y, por ende, se justifican unos daños realmente causados, hubiere, además, derecho a su cuantificación.

La empresa GP aporta su propia valoración de los daños divididos en dos conceptos. Por un lado, reclama un lucro cesante de 23.674,29 euros, que se corresponderían con el beneficio neto que, según su valoración, ha dejado de obtener, de acuerdo con la imputación de gastos generales que considera ajustada a la estructura y organización de su empresa. Por otro lado, reclama la cantidad de 2.420 euros en concepto de honorarios profesionales ya devengados como consecuencia del asesoramiento recibido en vía administrativa, por la redacción del recurso de alzada.

En cuanto al primero de los conceptos, y atendiendo al criterio ya adelantado, la Comisión estima adecuada la cuantificación del daño incluida en la propuesta de resolución, tomando como base lo dispuesto en el artículo 309.3 del Texto refundido de la Ley de contratos de sector público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

La mercantil reclamante justifica un mayor importe considerando una imputación de gastos generales que supone un beneficio superior al 10 %, pero también señala que ya disponía y contaba con una estructura empresarial válida que no tuvo que modificar –o al menos no lo ha acreditado– como consecuencia de la adjudicación a su competidora. Por tanto, todo el importe integrado en este concepto constituye, insistimos, lucro cesante y, como tal, debe ser atendido aplicando la regla del artículo 309.3 TRLCSP.

En aplicación de la mencionada doctrina, la indemnización a recibir es el 10 % del importe dejado de percibir, lo que debe interpretarse para este supuesto como el 10 % de los servicios facturados por la empresa que prestó el servicio desde el inicio del mismo hasta su revocación y nueva adjudicación al reclamante, pero aplicando ese porcentaje a los precios unitarios ofertados por el propio reclamante. Teniendo en cuenta que, como decimos, el precio del contrato se establece mediante precios unitarios, resulta también correcto, a juicio de esta Comisión, aplicar el citado porcentaje sobre los servicios realmente prestados, frente a la opción de aplicarlo al presupuesto máximo, ya que este únicamente tiene valor a efectos informativos y presupuestarios, pero no garantiza al contratista facturar por ese importe máximo.

DCJA 221/2016 pár. 31 a 37

D) Otros gastos

En cuanto al importe de la indemnización, la propuesta de resolución contempla la estimación parcial. Considera como daño indemnizable la cantidad de 19.834,67 euros, por los gastos documentados al realizar los trabajos para localizar las filtraciones y para conectar la acometida de saneamiento al colector en servicio.

En cuanto al resto de conceptos, la propuesta señala: "No se considera que los gastos derivados del abono de permisos y/ o impuestos deban imputarse a la indemnización, al tratarse de gastos ajenos, no derivados directamente de la producción del siniestro".

Sin embargo, a falta de dato alguno en el expediente que permita alcanzar otra conclusión, lo cierto es que **tanto la licencia de obras como el canon por la ocupación temporal de la vía pública, en este caso, son gastos directamente vinculados al funcionamiento anormal del servicio público, puesto que ambos son presupuesto ineludible de las obras de reparación.**

Por ello, **considera la Comisión que la indemnización debe integrar ambos conceptos sin incluir, claro está, las cantidades abonadas en concepto de apremio** (26,58 euros, en la licencia y 31,12 euros en el canon), **estas sí causal y exclusivamente vinculadas a la conducta de la comunidad de propietarios.**

DCJA 22/2016 pár. 24 a 27

Previamente a fijar una indemnización adecuada a las circunstancias del caso actual, esta Comisión entiende que no podemos pasar por alto que, según se constata en los informes aportados, **la paciente tiene posibilidades de recuperación si se le aplica un tratamiento adecuado. También que, si se le aplicara el tratamiento adecuado, no podemos estimar con certeza si quedarán o no secuelas y, en su caso, su entidad.**

Por ello, más que otorgar una valoración a unas secuelas, de las que no conocemos su alcance definitivo, lo que procede será el resarcimiento de unos gastos médicos futuros que contribuyan a minimizar o paliar las mismas. Esta valoración, en la línea de abonar el tratamiento adecuado, coincide además con el criterio manifestado en la propuesta de resolución.

También este criterio de abonar gastos médicos futuros ha sido acogido favorablemente por la jurisprudencia, entre otras, STS de 22 de noviembre de 2010 –RJ 2011\1310–. Y ello en base al criterio o regla sexta del apartado primero del anexo del baremo, que establece que: "Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria…". Y a los principios del derecho europeo de responsabilidad civil que consideran daño patrimonial resarcible toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso, incluyendo en la misma el coste de la atención médica.

Ahora bien, no coincidimos con la cantidad fijada para el tratamiento en la propuesta de resolución. Ya que, según manifestó el inspector médico en su informe, de acuerdo con las tendencias actuales para este tipo de lesiones, parece más adecuado un tratamiento quirúrgico. Por lo que entendemos más razonable la cantidad de 20.000 € correspondiente al presupuesto formulado por el Centro … anteriormente referido.

DCJA 58/2016 pár. 54 a 57

En cuanto a los gastos correspondientes a honorarios profesionales ya devengados como consecuencia del asesoramiento recibido en vía administrativa, quedarían al margen del criterio anterior, pero sólo podrán ser cuantificados y reconocidos si resultan indubitadamente acreditados y resultan antijurídicos. Su realización se ha acreditado mediante la presentación por parte de la empresa de asesoría de un presupuesto de fecha anterior a la presentación del recurso administrativo, y la factura, de fecha posterior a la interposición del recurso, de los servicios efectivamente realizados. Los servicios realizados y su coste deben, por tanto, considerarse debidamente acreditados.

Ahora bien, la antijuridicidad de estos gastos originados como consecuencia del asesoramiento jurídico en vía administrativa no responde a una única situación y solución, dado que responde a un asesoramiento que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito jurisdiccional, no resulta preceptivo. De acuerdo con la variada jurisprudencia existente al respecto, **su antijuridicidad dependerá de cuestiones como la complejidad del asunto; la capacidad económica y cualificación profesional del lesionado; de su estructura, si se trata de personas jurídicas o de la propia conducta de la Administración –temeraria o no– a la hora de defender su actuación**. El Consejo de Estado, por su parte, ha distinguido también entre "gastos necesarios" y aquellos gastos solamente "útiles", en función de la índole de los daños, la cualificación profesional del lesionado, el tipo de iniciativas que debieron desarrollarse para conseguir el esclarecimiento de los hechos, las actividades desarrolladas por los asesores o la cuantificación de sus honorarios.

Al margen de esos gastos, claro está, quedan aquellos derivados del proceso jurisdiccional sometidos a un régimen específico, el de **las costas procesales**, que **requieren de un pronunciamiento judicial, impidiendo su reclamación posterior por vía de responsabilidad.**

Pues bien, sin negar la dificultad que entraña establecer en cada caso el papel del asesoramiento jurídico en vía administrativa, **el elemento general que resumiría el criterio para su reconocimiento como gasto indemnizable sería el de su necesidad;** entendiendo que esa necesidad existe cuando, **debido a la complejidad jurídica de la materia objeto de discusión, la posición en el procedimiento de la Administración y el interesado resultaría desequilibrada sin ese asesoramiento.**

En el presente caso, sin embargo, el debate planteado en el recurso de alzada se centraba en la aplicación a la ofertas de los criterios establecidos en la licitación. En ese debate, no cabe duda de que el asesoramiento jurídico puede resultar útil, pero tampoco puede concluirse que fuera necesario, de la misma manera que tampoco es necesario ese asesoramiento a la hora de elaborar y presentar esas ofertas, dado que nos encontramos en todo momento en el ámbito de la actividad de la propia empresa. **La decisión de obtener ese asesoramiento corresponde a la empresa pero, en la medida en que no resulta necesario, tampoco el coste que ello supone puede considerarse como un daño antijurídico**. Apoya esa consideración el hecho de que fuera el propio Administrador de la empresa el que presentara el recurso de alzada ante la Administración y no sus asesores jurídicos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión considera que los gastos correspondientes a los honorarios correspondientes al asesoramiento para la interposición del recurso de alzada no deben ser indemnizados, al no tratarse de un gasto necesario para obtener el reconocimiento de su derecho.

DCJA 221/2016 pár. 39 a 44

V. Relación de causalidad

A) Concurrencia de causas

Vistos los informes periciales anteriores, la Comisión considera que las complicaciones y secuelas derivadas de la deficiente atención sanitaria producida durante la intervención quirúrgica del día 19 de mayo de 2014 en el Hospital Universitario … no fueron las únicas causas determinantes de la muerte de don RVA, sino que también su patología preexistente –anterior a las intervenciones quirúrgicas y posterior a las cirugías de resección oncológica y de primer tiempo de reconstrucción nasal– contribuyó de forma muy significativa al fatal desenlace, sin poder concretarse la importancia relativa de cada uno de los factores, por lo que entiende que ambas causas –la mala praxis médica y la patología del paciente– influyeron por igual en la muerte de don RVA.

Consecuentemente, **las personas reclamantes habrán de ser indemnizadas**, en relación con la muerte de su esposo y padre, **en la cantidad que resulte de aplicar una reducción del 50 % a la cuantía resultante de la aplicación del baremo de indemnizaciones de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación,** aprobado por Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, **sin tener en cuenta factores de corrección, y considerando de forma global todos los daños y perjuicios ocasionados por la muerte, pues tal baremo lo aplica la Comisión de forma referencial.**

DCJA 7/2016 pár. 51 a 52

B) Conducta de la víctima

En el presente caso los hechos se produjeron en los acantilados de …, ubicados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.a) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (LC), en zona marítimo terrestre. No obstante, la reclamación se dirige al ayuntamiento porque los reclamantes consideran que la responsabilidad corresponde a la Administración titular de la barandilla que bordea el camino de …. Consideran así que, al presentar la citada barandilla un paso abierto, se invita a traspasarla para acceder a un camino y a unos acantilados que resultan, tal y como los hechos han probado, peligrosos para cualquier persona que los transite.

Desde ese punto de vista **la reclamación está bien orientada, pese a que el fallecimiento se produjo en una zona de competencia estatal, puesto que las facultades estatales sobre la zona marítimo-terrestre no excluyen las competencias municipales que en materia de seguridad en lugares públicos dentro del término municipal ostenta la Administración local.**

Ahora bien, lo que **esta Comisión no comparte con los reclamantes es la conexión del fallecimiento de doña ARR con algún servicio local**. Es cierto que existe una barandilla, de titularidad municipal, que en un determinado punto presenta un espacio libre al paso, pero de ello no puede extraerse ninguna responsabilidad del ayuntamiento.

La peligrosidad de un determinado espacio público, especialmente si, como es el caso, se trata de un espacio natural, **no supone necesariamente una obligación de las administraciones públicas competentes de prohibir el acceso a esa zona.** No hay más que observar entornos como la montaña o el mar en los que el riesgo para la integridad física existe y, desgraciadamente, se materializa de forma más o menos esporádica, pero ello no impide que la gente acceda a esos entornos. Es más, como señala el informe municipal, el artículo 31 de la LC establece la libre utilización del dominio público marítimo-terrestre, y en todo caso, del mar y de su ribera para los usos comunes y acordes con la naturaleza de aquel, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar y desembarcar, varar, pescar, coger plantas y mariscos y otros actos semejantes.

Todo parece indicar que, en el presente caso, la fallecida traspasó la barandilla con la intención de acceder a una cala de piedras, a la que se llega atravesando un camino cortado en el monte y de difícil acceso.

Aunque se pretenda poner el foco en la apertura en la barandilla, lo cierto es que **esa barandilla constituye más un referente de seguridad y no tanto un obstáculo para acceder desde cualquier otro punto a los acantilados.** Tampoco existe ninguna señalización municipal que invite a los transeúntes a acudir a la citada cala, lo cual sí podría considerarse como un funcionamiento anormal, en la medida en que el ayuntamiento fuera quien promoviera a las personas a colocarse en una situación clara de riesgo.

Lo que finalmente **se aprecia es una actuación imprudente de la accidentada que procedió a deambular por un camino peligroso y en condiciones inapropiadas, pues ha quedado acreditado que llevaba un calzado inadecuado (chanclas) para transitar por una zona de peligro natural evidente.**

Por ello, y aunque no se aprecia una conexión con los servicios municipales, se ha de recordar que, incluso cuando el funcionamiento de estos fuera defectuoso, **el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no supone que la Administración haya de responder de todas la lesiones que se produzcan en el ámbito del servicio público, quedando exonerada cuando la intervención de tercero o del propio perjudicado reviste la suficiente intensidad para resultar determinante del resultado lesivo**. En este caso, incluso admitiendo, a efectos dialécticos, una posible relación del accidente con el servicio público, esa quiebra resultaría palpable al constatar la imprudencia en la actuación de la fallecida.

DCJA 70/2016 pár. 18 a 25

C) Título de imputación

En este examen, aunque la reclamante considera que es el funcionamiento del servicio de tráfico el causante del daño, lo cierto es que, como anuncia el procedimiento y ha desvelado el examen de la fuerza mayor, la reclamación exige examinar, junto al funcionamiento de aquel servicio, el de mantenimiento de las carreteras, con la especificidad de que son prestados por administraciones distintas.

En esta perspectiva, la reclamación suscita un supuesto en el que, en principio, concurren actuaciones de dos administraciones distintas, que no actúan bajo una fórmula conjunta de gestión, por lo que devienen de aplicación "los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención" que fija el artículo 140.2 LRJPAC y, según el cual, solo cuando con tales criterios no sea posible deslindar la responsabilidad de cada Administración, entrará en juego la regla de la solidaridad.

Para nuestro examen hemos de acudir, en primer término, a las normas que disciplinan el funcionamiento de cada servicio.

Así, para el **servicio de tráfico**, destaca el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de tráfico y circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

El artículo 16.1 de dicha norma identifica una serie de supuestos que justifican la adopción de medidas restrictivas de la circulación por una vía, por motivos de seguridad vial, en los siguientes términos:

> 1. Cuando razones de seguridad o fluidez de la circulación lo aconsejen, podrá ordenarse por la autoridad competente otro sentido de la circulación, la prohibición total o parcial de acceso a partes de la vía, bien con carácter general o para determinados vehículos o usuarios, el cierre de determinadas vías, el seguimiento obligatorio de itinerarios concretos, o la utilización de arcenes o carriles en sentido opuesto al normalmente previsto.

Por su parte, el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en su artículo 37 viene a concretar esa regulación legal y se ocupa de la ordenación especial del tráfico por razones de seguridad o fluidez de la circulación.

El citado precepto contempla tanto el cierre de la vía por los supuestos contemplados en la legislación sobre tráfico como el cierre de la vía motivado por deficiencias de la carretera o por la ejecución de obras en esta –supuestos que ubica en el ámbito de competencia del "titular de la vía"–.

El apartado 3 del artículo 37 lo expresa en los siguientes términos:

> El cierre a la circulación de una vía objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial sólo se realizará con carácter excepcional y deberá ser expresamente autorizado por el organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico o, en su caso, por la autoridad autonómica o local responsable de la regulación del tráfico, salvo que esté motivada por deficiencias físicas de la infraestructura o por la realización de obras en ésta; en tal caso la autorización corresponderá al titular de la vía, y deberá contemplarse, siempre que sea posible, la habilitación de un itinerario alternativo y su señalización. El cierre y la apertura al tráfico habrá de ser ejecutado, en todo caso, por los agentes de la autoridad responsable de la vigilancia y disciplina del tráfico o del personal dependiente del organismo titular de la vía responsable de la explotación de ésta. Las autoridades competentes a que se ha hecho referencia para autorizar el cierre a la circulación de una carretera se comunicarán los cierres que hayan acordado.

En el mismo sentido, el apartado 4 señala:

> El organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico o, en su caso, la autoridad autonómica o local responsable de la regulación del tráfico, así como los organismos titulares de las vías, podrán imponer restricciones o limitaciones a la circulación por razones de seguridad vial o fluidez del tráfico, a petición del titular de la vía o de otras entidades, como las sociedades concesionarias de autopistas de peaje, y quedará obligado el peticionario a la señalización del correspondiente itinerario alternativo fijado por la autoridad de tráfico, en todo su recorrido.

En la Comunidad Autónoma de Euskadi, las funciones previstas en la normativa examinada corresponden a la Dirección de Tráfico (artículo 16.3 del Decreto 194/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Seguridad), que dirige el CGT-EKTZ [Centro de Gestión de Tráfico de Euskadi].

El CGT-EKTZ gestiona en exclusiva la circulación y el tráfico interurbano del conjunto de la red de carreteras que discurren por la Comunidad Autónoma de Euskadi, a través del Sistema de gestión de tráfico interurbano.

Entre sus funciones, el CGT-EKTZ debe adoptar las medidas de ordenación y regulación del tráfico adecuadas en cada momento para prevenir la congestión circulatoria y garantizar su movilidad y seguridad, gestionando para ello las posibilidades técnicas que, en su caso, ofrezca el Sistema de gestión de tráfico interurbano.

Si examinamos ahora las normas que disciplinan el **servicio de carreteras** observamos lo siguiente.

La Norma Foral 2/2011, de 24 de marzo, de carreteras de Bizkaia, determina en su artículo 5.1 que son carreteras forales de Bizkaia las incluidas en la Red de Carreteras de este territorio histórico –figurando en el Catálogo de carreteras de la Diputación Foral de Bizkaia, la N … puntos kilométricos … y la AP …, si bien con la lógica precisión de "vía no foral"–.

En su artículo 39 (limitaciones de uso) recoge la competencia de la Diputación Foral de Bizkaia para **"imponer limitaciones temporales o permanentes a la circulación en ciertos tramos o partes de las carreteras, cuando las condiciones, situación, exigencias técnicas o de seguridad vial así lo requieren".**

El Decreto Foral 112/2013, de 21 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de los capítulos III y IV de la Norma Foral 2/2011, de 24 de marzo, de carreteras de Bizkaia, en su artículo 33 determina las actuaciones encaminadas a mejorar el uso de las carreteras y contempla la competencia de la diputación foral para establecer "…si las exigencias técnicas de la seguridad vial o de la seguridad de las personas usuarias lo exigen, limitaciones temporales o permanentes a la circulación en determinados tramos o partes de una carretera". Y en su artículo 34 determina la competencia de aquélla "para establecer restricciones de tráfico por motivos de obras que supongan limitaciones temporales por cortes de uno o más carriles de circulación o, incluso, de toda la carretera".

En estos casos, precisa que "…las autorizaciones de restricciones de tráfico por obras que supongan el cierre toral de la carretera o bien puedan provocar importantes colapsos de tráfico deberán anunciarse específicamente en medios de comunicación de amplia difusión, que deberán ser realizadas y costeadas por el titular de la autorización" y que "las autorizaciones de restricciones de tráfico, motivadas por obras que supongan limitaciones temporales por cortes de uno o más carriles de circulación, deberán comunicarse al Departamento competente en materia de Tráfico. Cuando esas restricciones supongan el cierre total de la carretera o bien puedan provocar importantes colapsos de tráfico, deberá pedirse informe previo al Departamento competente en materia de Tráfico".

Del examen de la precedente normativa cabe concluir en primer término que, **como es habitual en nuestro vigente sistema de distribución competencial, distintas competencias pueden ser legítimamente ejercidas por distintas administraciones sobre un mismo espacio físico (en este caso, las carreteras),** dando lugar a supuestos de **concurrencia competencial**, lo que lógicamente tiene sus efectos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, a los que pretende dar respuesta el citado artículo 140 LRJPAC.

Para el caso suscitado, **la lectura de las normas que regulan el cierre de las vías al tránsito de vehículos permite comprobar que se hacen eco de la diferencia entre el cierre de la vía objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad y el cierre motivado por deficiencias de la carretera o por la ejecución de obras**. Dichas normas permiten que las administraciones titulares de ambos servicios puedan adoptar la decisión.

No obstante, al establecer el régimen aplicable deviene inevitable tomar en cuenta que se proyecta sobre un único espacio físico; puesto que, **sea una u otra la causa del cierre, ambas administraciones van a verse implicadas, con mayor o menor intensidad.**

Retomando los hechos acreditados, se constata que durante el primer periodo de cierre el desprendimiento fue la causa única y eficiente del cierre de la carretera, pero, asimismo, se aprecia que ese solo hecho no explica el daño reclamado en cuya producción, junto al desprendimiento y el sucesivo cierre de la vía, participa la decisión de levantar la barrera de la autopista AP … que se adopta por el CGTE-EKTZ, previas conversaciones con el responsable de la autopista, para preservar la seguridad vial y la fluidez del tráfico, amenazadas por el colapso circulatorio formado en el peaje.

De igual forma, la causa del segundo cierre son las obras que debe realizar la diputación foral, pero tampoco estas explican por sí solas el curso causal del daño alegado. El CGTE-ETKZ, sin duda, tras valorar las circunstancias concurrentes y en razón de la protección de la seguridad vial cuya tutela le corresponde, considera necesario desviar el tráfico a la autopista AP y levantar la barrera, para garantizar la seguridad vial y evitar nuevas retenciones.

Por todo ello, la Comisión considera que, en este caso, **ha de operar el mecanismo de la solidaridad previsto en el artículo 140.2, *in fine*, LRJPAC para cuando no resulta posible deslindar la responsabilidad de cada Administración actuante, sin perjuicio de la posibilidad de repetición frente a la otra Administración.**

En efecto, en orden al criterio de competencia, tal y como se ha expuesto, se advierte en el curso causal del daño el **entrecruzamiento de la competencia en materia de carreteras** –de la que es titular la diputación foral– **y de tráfico** –de la que es titular la Administración General de la Comunidad Autónoma–.

En orden al interés público tutelado, la situación se reproduce pues se concitan tanto el de preservar las carreteras en condiciones que permitan el tránsito seguro, que motiva el cierre, como, una vez producido este, el de preservar la seguridad vial.

Y, ya en fin, **en orden a la intensidad de la intervención, si bien es cierto que objetivamente es el desprendimiento el que pone en marcha el curso casual del daño, respecto del concreto daño reclamado, la intervención del CGT-EKTZ no resulta de menor intensidad** (p.ej.: distinto sería el juicio de ser el perjuicio alegado el ocasionado por el desprendimiento a un vehículo o a los ocupantes de este).

Sobre la cuantía reclamada, ha de estarse a lo señalado en el informe aportado por el Ministerio de Fomento, según el cual la Delegación del Gobierno en las sociedades concesionarias de autopistas nacionales de peaje "…de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 de la Ley 37/2015, de 29 de setiembre, de carreteras, para la determinación de los perjuicios económicos ocasionados por las aperturas de barreras de peaje en las autopistas, utiliza el criterio de abonar como compensación, la menor de las siguientes cantidades: una, la resultante de valorar los tránsitos que se produjeron durante el periodo de apertura de barreras, y la otra, la correspondiente a los tránsitos que se realizaron en periodo análogo en el año anterior (valorados los peajes aprobados para el año en curso) o en un día similar del mismo mes y año".

DCJA 133/2016 pár. 75 a 101

A la vista de lo instruido en este caso, puede darse por acreditado el daño. La causa del mismo es atribuida por el reclamante al **mal estado de las baldosas en la zona de acceso a un garaje de titularidad pública pero de utilización privada, mediante concesión administrativa.**

La Administración municipal, por su parte, plantea dos vías distintas para negar su responsabilidad. Por un lado, considera que la relación causal del daño con la actividad municipal no ha quedado acreditada, puesto que el reclamante no ha demostrado, tal y como le corresponde, que su caída se produjera en el lugar en cuestión y por causa de las irregularidades que mostraba el baldosado de la acera. Por otro lado, considera que, en caso de considerar probada esa relación causal, el responsable por los daños provocados por los desperfectos no reparados y que suponen un riesgo, sería la Comunidad de propietarios del aparcamiento de la plaza …, a la cual corresponde, de acuerdo con el título concesional, el mantenimiento y reparación de los accesos al aparcamiento.

Pues bien, comenzando por esta segunda cuestión, **la Comisión entiende que el ayuntamiento no puede alegar frente al reclamante la responsabilidad de la comunidad de propietarios del aparcamiento, ya que nos encontramos ante un espacio urbano abierto al público.**

Tal y como decimos, el reclamante alude a una zona de uso público y no a la zona de uso exclusivo que el título concesional otorga a los usuarios del aparcamiento. Aunque sea cierto que se trata de un acceso al aparcamiento, también lo es que el punto en cuestión forma parte de un espacio urbano por el cual puede transitar cualquier persona. De ahí que la responsabilidad del ayuntamiento sobre el debido estado de ese espacio resulte ineludible.

Cuestión distinta es que el título concesional contemple como obligación accesoria de la comunidad de usuarios del aparcamiento el mantenimiento y reparación de los accesos. Esta obligación accesoria tiene sentido en la medida en que serán principalmente los usuarios del aparcamiento los que, dado el uso específico y especial que dan a ese espacio, causen los desperfectos en el mismo, pero no debe alterar la responsabilidad pública frente a los particulares. Todo ello, claro está, **sin perjuicio de que el ayuntamiento pueda, en el marco de sus relaciones internas con los titulares de la concesión demanial repetir, en su caso, contra la señalada comunidad de propietarios.**

Lo fundamental en este caso es que el reclamante ha planteado una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración; responsabilidad consagrada en el artículo 106.2 CE, y que establece una garantía de indemnidad para los particulares por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. No debe, por tanto, mediatizarse esa responsabilidad por el hecho de que la Administración ejerza sus competencias de forma indirecta a través de un contratista o concesionario (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995; RJ 1995, 9146). Más aún cuando, como es el caso, el incumplimiento del concesionario al que el ayuntamiento conecta la responsabilidad constituye una obligación accesoria que, aunque esté conectada con el título concesional sobre el dominio público, no afecta al espacio demanial de utilización privativa.

La responsabilidad de la Administración se deduciría, en su caso, del incumplimiento de los deberes de policía, inspección y vigilancia sobre los bienes que constituyen el dominio público local y con independencia, como decimos, de las acciones de regreso del ayuntamiento, en su caso, frente a los titulares de la concesión.

DCJA 156/2016 pár. 23 a 29

VI. Responsabilidad patrimonial por sectores

A) Actuaciones policiales

De manera previa al abordaje del estudio de las obligaciones que se derivan por parte del servicio policial en casos, como el presente, en los que se produce la aprehensión de bienes derivados de un hecho delictivo, conviene aclarar la información contenida en la propuesta de resolución respecto a la puesta a disposición de los bienes a los responsables de la empresa EF.

Así, tras la lectura detallada del atestado policial, no queda aclarado (no hay mención al respecto) cuáles fueron los motivos por los que el responsable de la empresa EF no se hizo cargo del material robado, ni si realmente se puso a su disposición. Por lo cual conviene tomar con cautela las deducciones efectuadas en la propuesta de resolución ya que carece de una constatación adecuada en el expediente.

Expuesto lo anterior, previamente conviene recordar que, según lo expresado en el artículo 4 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial, "todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cualquiera que sea su naturaleza y dependencia, practicarán por su propia iniciativa y según sus respectivas atribuciones, las primeras diligencias de prevención y aseguramiento así que tengan noticia de la perpetración del hecho presuntamente delictivo, y la ocupación y custodia de los objetos que provinieren del delito o estuvieren relacionados con su ejecución, dando cuenta de todo ello en los términos legales a la Autoridad Judicial o Fiscal, directamente o a través de las Unidades Orgánicas de Policía Judicial".

Por su parte, el artículo 334.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECri) dispone que: "Los efectos que pertenecieran a la víctima del delito serán restituidos inmediatamente a la misma, salvo que excepcionalmente debieran ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, y sin perjuicio de su restitución tan pronto resulte posible. Los efectos serán también restituidos inmediatamente cuando deban ser conservados como medio de prueba o para la práctica de otras diligencias, pero su conservación pueda garantizarse imponiendo al propietario el deber de mantenerlos a disposición del Juez o Tribunal. La víctima podrá, en todo caso, recurrir esta decisión conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior".

Así las cosas, a pesar de que, tras la reforma operada en el 2015 en el Código penal, se ha restringido el ámbito de presunción otorgado al tercero de buena fe –para evitar su confluencia con otras figuras delictiva[s]–, con carácter general, cuando en la fase inicial de investigación del delito se acredita que la titularidad de los bienes pertenecen a un tercero de buena fe, no responsable del delito, que los haya adquirido legalmente, los bienes suelen quedar a disposición de dicho titular.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que se produzca su incautación, el artículo 338, en relación con el 334, de la LECri establece que los instrumentos, armas y efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que este se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito.

En este caso, a pesar de que del dictado de los artículos se pueda dar a entender que estas obligaciones únicamente hacen referencia a aquellos bienes que el juez haya recogido por sí también se considera que los efectos provenientes del delito intervenidos por la policía, en ejecución de actos de investigación, están sujetos a dichas prescripciones sobre conservación y depósito.

Así las cosas, es habitual que la policía, en el desempeño de sus actuaciones, retenga bienes ajenos provenientes de la actividad delictiva o encontrados en la calle y entregados por particulares. **La custodia de estos bienes debe ser gestionada de manera adecuada y responsable, siendo evidente que la gestión y depósito de estos bienes suele generar dificultades y problemas.**

Al margen de lo anterior, sin ánimo de extendernos, cabe destacar que, con carácter general, la policía debe procurar que **los bienes incautados o aquellos [que] se le hayan entregado sean tratados de manera que se mantengan seguros y puedan ser identificados.**

Como consecuencia de lo anterior, **surge la obligación de guarda de los mismos que supone, por una parte, la de conservación de la cosa y, por otra, la custodia de la misma.** Así, la conservación conllevaría la adopción de todas las medidas necesarias tendentes al cuidado del bien, para evitar su deterioro. Y la custodia, por su parte, la adopción de todas aquellas medidas que se deben adoptar para evitar su sustracción o pérdida.

En todo caso, el tratamiento normativo de la materia ha sido más bien escaso. Cabe acudir, para encontrar detalles sobre este tipo de obligaciones, al artículo 1788 del Código civil, que dispone que "el depositario de bienes secuestrados está obligado a cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia".

Al respecto cabe añadir que, además, en función del tipo de actividad profesional que desarrolle el depositario, la exigencia de diligencia se deberá modular. Lo que trasladado al ámbito en el que nos movemos implicaría que **la obligación de depósito deba contemplar la adopción de una serie de medidas que permitan asegurar un especial cuidado en la vigilancia del bien.**

Ya hemos destacado que la información facilitada en el expediente no nos permite aclarar las circunstancias concretas de la actuación policial respecto de los bienes intervenidos. **No quedan suficientemente aclaradas las circunstancias en las que se pudo producir la puesta a disposición del particular de los bienes. Ni tampoco, si así sucedió, los motivos de su negativa, ni que se le advirtiera, en este caso, de las consecuencias o responsabilidades que asumía respecto a sus bienes.**

En todo caso, lo cierto es que **los bienes permanecieron bajo custodia del personal de seguridad y, por lo tanto, mientras se encontraban en su poder deberían de haber utilizado la diligencia debida en la custodia y conservación de los bienes.**

Así, **no parece que existió la diligencia debida al aparcar el vehículo con el material robado en el exterior de la comisaría sin la adopción de medida alguna que posibilitara su vigilancia, más allá de la simple disposición de un dispositivo que inmovilizara el vehículo. Lo cierto es que, visto el resultado, las medidas se demostraron ineficaces para evitar su robo.** La sola circunstancia de que se pudiera desactivar el cepo adosado a la rueda, que no parece una operación rápida ni sencilla, permite constatar la ausencia de vigilancia, que acredita que la Administración no cumplió adecuadamente con el deber que le incumbía.

Por ello, dada la ausencia de justificación que permita liberar de las obligaciones exigibles a los servicios de seguridad, cabe señalar que **se ha producido un anormal funcionamiento de la Administración por quebrantamiento de los deberes de custodia y conservación con respecto a los bienes que tenía en su poder**. Lo que ha provocado un daño que el particular no tenía la obligación de soportar.

DCJA 220/2016 pár. 37 a 52

B) Función pública

Como fundamento de su petición la reclamante esgrime que "en el actuar de Osakidetza hubo unos errores (no ser incluida en las listas que dan derecho a plaza) y que supusieron que yo no pude acceder al puesto que me correspondía en septiembre de 2014 y que tras mis reclamaciones y reconocimiento de sus errores, accedí al puesto el día 8 de septiembre de 2015, es decir, un año después, lo que ha supuesto que durante este periodo hay [sic] padecido un perjuicio, consistente en tener una retribuciones inferiores a las que me hubieran correspondido de acceder a mi puesto en septiembre de 2014".

Como es sabido, la estimación de un recurso y la consiguiente anulación, siquiera parcial, de un acto puede ser presupuesto del derecho a la indemnización, si el acto ha causado unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no tenga el deber de soportar, no siendo el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la legalidad del perjuicio.

(…)

En el caso que nos ocupa es preciso destacar que la reclamante anuda su derecho a que no fue tomada en consideración la acreditación de su PL2 en el momento de la elección de destinos y que el Acuerdo del Consejo de Administración de Osakidetza de 22 de abril de 2015, por el que se estima su recurso de alzada, efectivamente reconoce que debió haberlo sido tal y como lo prevén las bases de la convocatoria.

Hacemos tal especificación porque la propuesta de resolución analiza si la actuación de Osakidetza al puntuarle su conocimiento de euskera como mérito fue correcta, cuando no es esa la cuestión debatida. La puntuación por euskera no fue combatida por la reclamante, ni la estimación de su recurso de alzada tuvo como consecuencia una modificación de su puntuación final.

También hay que decir que la actuación de la Administración al apreciar si cumplía el requisito del PL2 en el momento de la adjudicación de los destinos era absolutamente reglada y antes de dictar las Resoluciones 928/2014 y 930/2014, de 9 de septiembre, del Director General de Osakidetza-SVS, ya le constaba que reunía tal requisito porque tanto la elección de destinos formulada por la reclamante (en la que figuran numerosos destinos con PL2 vencido) como la acreditación del PL2, fueron registradas el 10 de julio de 2014 (folios 132 a 140), precisamente a instancias del requerimiento que le fue realizado por la jefe del Servicio de Selección y Provisión, el 8 de julio de 2014, en previsión de que pudiera resultar "aspirante con opción a destino" (folio 130).

En definitiva, cuando se dictan las Resoluciones 928/2014 y 930/2014 la reclamante había cumplido con la carga de acreditar la posesión del PL2, y así lo reconoce la Administración al estimar su recurso de alzada.

La circunstancia de que hasta ese momento no manifieste, ni pruebe, que lo tiene, resulta irrelevante porque las bases le permitían hacerlo; otra cosa es que no le haya sido atribuida la puntuación correspondiente en la fase de concurso, pero, como decimos, ha aceptado tanto los 9 puntos por el PL1 como la puntuación final otorgada por Osakidetza al adicionarla a la obtenida en la oposición y por los restantes méritos (siendo indiferente que fuera debida o no a una interpretación especialmente favorable para la interesada, en tanto que no sea objeto de revisión siguiéndose los cauces legales).

En lo que se refiere a la existencia de daño, esta Comisión en los dictámenes 101/2009 y 102/2014, entre otros, ha declarado que la inclusión en una lista para sustituciones o interinidad no confiere por sí sola derecho a conseguir un puesto de trabajo, sino que la persona incorporada a ella cuenta tan sólo con una expectativa de obtención de un puesto, de modo que, cuando la Administración efectúe los llamamientos siguiendo el orden de prelación establecido en la lista, puede lograr que se le ofrezca un concreto puesto de trabajo.

Señalamos igualmente en los aludidos dictámenes que, si como consecuencia de la nueva baremación y tras la remodelación del orden de prelación de la lista resultante de la sentencia judicial recaída (en este caso, tras la revisión administrativa), el reclamante demuestra el perjuicio que ha sufrido, porque su posición final le hace acreedor de un puesto de trabajo en un concreto llamamiento efectuado, al que finalmente no accede, se materializaría el daño por el que podría ser resarcido.

Sería patente en tal caso una relación directa entre el hecho causante –la atribución de una puntuación inferior– y la situación jurídica resultante –la imposibilidad o la demora en la prestación de los servicios–, lo que acarrea un detrimento patrimonial –la ausencia de retribución– que el reclamante no debe soportar.

En este caso no se trata de una lista para sustituciones o interinidad, sino de una lista para el acceso a un vínculo estatutario fijo, pero esta lista también reconoce una expectativa de obtención de un puesto, siguiendo el orden de prelación, y, como insistimos, no se ha producido una errónea puntuación sino una errónea falta de reconocimiento de la posesión de un requisito para la adjudicación de destino, pero puede decirse que ha provocado el mismo resultado, la demora en la prestación de servicios y, con ella, un supuesto detrimento patrimonial.

Eso es lo que la reclamante alega que ha ocurrido en este caso y así cabe deducir de los datos que se extraen del expediente –no discutidos por Osakidetza–. Entre el 30 de septiembre de 2014 (sin que se sepa con exactitud cuando se produjo la toma de posesión de los adjudicatarios, pero pudo serlo a partir del 30 de septiembre de 2014, en que se publica la Resolución 930/2014) y el 8 de septiembre de 2015 (fecha de toma de posesión de la reclamante) fueron llamados a cubrir las vacantes otros aspirantes que se encontraban en la lista con menor puntuación. **Ello convierte el daño en real y evaluable económicamente, sin perjuicio de las dificultades que, como luego se verá, se encuentran a la hora de realizar esa valoración.**

Una vez asumida la antijuridicidad del daño derivada del acto de adjudicación de destinos, lo relevante a dilucidar es si la actuación de la propia reclamante es suficiente para romper el nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño, a lo que esta Comisión, a la vista del desarrollo de los hechos, entiende que debe darse una respuesta negativa.

La Comisión es consciente de la complejidad que supone la gestión de un proceso selectivo de tales características, pero en este caso, pese a lo excepcional que pueda parecer que un aspirante pueda acreditar el nivel de euskera una vez concluido el plazo de presentación de solicitudes y al margen de las pruebas que se celebren en el marco de la propia convocatoria, más precisamente, en el plazo de elección de destinos, lo cierto es que así lo disponen las bases generales y así lo ha reconocido la propia Osakidetza, reiteramos nuevamente, al estimar el recurso de alzada.

En definitiva, fue el anormal funcionamiento del servicio concernido el que provocó el error, solo subsanado con la reclamación de la interesada.

DCJA 172/2016 pár. 35 a 50

C) Juego

A juicio del reclamante estamos ante un funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya que solicitó y fue incluido en la relación de prohibidos del Registro General de Interdicciones de Acceso al Juego a nivel nacional, tanto para el juego presencial como para el juego on-line, lo que no impidió que en dos operadoras autorizadas del ámbito de la Comunidad Autónoma, A.es, de la empresa EKA S.A, y B.es, de la empresa TA S.A., **realizara apuestas deportivas.**

La propuesta de resolución es parcialmente estimatoria por entender, de forma sucinta, que debido a un error de la Dirección de Juegos y Espectáculos no se comunicó a las operadores de juegos on-line que don XXX tenía prohibida la participación en el juego y que, si bien no presenta ningún documento médico en el que se acredite su ludopatía, de los justificantes de los gastos realizados se deduce un hábito compulsivo por el juego, lo que impide en este caso apreciar que la culpa de la propia víctima haya roto el nexo causal.

Considera el órgano instructor que le deben ser resarcidas las pérdidas ocasionadas por el juego, que ascienden a 84.063,30 €, y cuantos perjuicios sufriera hasta la total indemnidad, pero desestima la indemnización que solicita por los gastos en concepto de intereses, comisiones en exceso de límites y comisiones de reclamaciones por impago, porque no resulta posible vincular los contratos de microcrédito con las deudas originadas por las apuestas. También rechaza el importe solicitado en concepto de daño moral, porque no ha aportado prueba alguna del mismo ni ha fijado de forma razonable las bases que ha empleado para su cálculo.

La Comisión comparte dicha propuesta por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, hay que tomar en consideración que **el daño se pretende derivar de una omisión administrativa, de una actividad pasiva o inactiva de la Administración** constituida por una **falta de actuación cuando esta resultaba especialmente demandada por las circunstancias del caso.**

A este efecto, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1997 (Ar 8227) "(...) si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo". Aportándose en la propia sentencia el siguiente criterio metodológico: "(...) Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa".

Antes que nada se impone esclarecer el alcance de la intervención administrativa en la materia.

Para ello es preciso acudir a la Ley 4/1991, de 8 de noviembre, reguladora del juego en la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante LJPV). Entre los principios que inspiran la regulación cabe entresacar de la exposición de

motivos el de la protección de "los derechos de los menores de edad y de las personas que tengan reducidas sus facultades volitivas, impidiendo su participación en el desarrollo de los juegos de los que resulte la obtención de premios, sancionándose enérgicamente a los contraventores de esta norma".

La ley sigue considerando que el juego constituye un peligro potencial para las personas, algo que resulta notorio desde la caracterización de la ludopatía como una enfermedad.

El texto articulado refleja esa posición. Del artículo 23.3 y 4 LJPV se extrae que existirá una relación de prohibidos en la que también podrán inscribirse las personas que lo deseen. La inclusión en dicha relación supondrá que la persona tiene prohibido practicar juegos, "usar máquinas de juego con premio, ni participar en ningún género de apuestas", ex artículo 23.1 LJPV.

En el mismo sentido, el artículo 4.1.b) del Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por el Decreto 95/2005, de 19 de abril, prevé que no podrán practicar las apuestas reguladas en el ese reglamento "las demás personas a que se refiere el artículo 23.1 de la Ley 4/1991, de 8 de noviembre, reguladora del juego".

Para hacer efectiva la prohibición, en el caso de las apuestas por sistemas telemáticos, la Orden de 7 de julio de 2011, del Consejero de Interior, sobre homologación de los sistemas y elementos de juego para la explotación de apuestas a través de sistemas telemáticos por las empresas adjudicatarias de apuestas, señala que para registrarse como jugador o jugadora la persona deberá emitir declaración responsable de "no estar incurso en ninguna de las causas de prohibición de apostar establecidas en el artículo 4.1 del Reglamento de apuestas de la Comunidad Autónoma de Euskadi" [apartado III, 5.b)], y las empresas de apuestas han de verificarlo "a través de los sistemas de conexión en línea con las Administraciones Públicas competentes" [apartado III, 6]. Además, cada vez que el jugador o jugadora acceda a su cuenta de jugador verificarán, mediante el referido sistema de conexión en línea, que no está incluido en la relación de personas con restricciones para el juego del Departamento de Interior.

El artículo 25.12 LJPV califica de falta muy grave permitir o consentir la práctica del juego "por personas no autorizadas".

En cuanto al papel de la Administración, acudiendo nuevamente a la exposición de motivos de la LJPV, la ley, "respetando los principios básicos de libertad individual y empresa pública, posibilita la acción equilibradora y correctora de la Administración", y en ese sentido se le atribuyen funciones inspectoras y sancionadoras con el fin de que los intervinientes en el juego cumplan las obligaciones que se les imponen.

Así resulta de los dispuesto en el artículo 34 y 35 LJPV, que atribuyen a la Dirección de Juego y Espectáculos la inspección y control de las empresas y locales relacionados con esta actividad, creándose asimismo una unidad especializada de juego y espectáculos en la Ertzaintza, encargada de vigilar, inspeccionar y hacer cumplir lo dispuesto en la normativa vigente en materia de juego.

A la vista del régimen legal y reglamentario cabe concluir que:

a) Corresponde al Departamento de Seguridad la llevanza de la relación de prohibidos.

b) A la empresa operadora le corresponde comprobar, cuando la persona apostante acceda a su cuenta de jugador, que no está incluida en la relación de prohibidos.

c) La Unidad de juego y espectáculos debe facilitar esa comprobación mediante un sistema de conexión en línea.

Volviendo nuevamente al caso, **recae en la Administración la obligación de comunicar verazmente los datos contenidos en el registro de prohibidos a fin de que las operadoras impidan el acceso y ejerzan correctamente el control de admisión**.

En este caso, el servicio presuntamente responsable ha reconocido su deficiente funcionamiento, lo que ha hecho que don XXX realizara sus apuestas y acumulara unas pérdidas económicas que ascienden a 84.063,30 €, y en esa medida resulta procedente que se le indemnice por el quebranto sufrido, ya que este no se hubiera producido de haberse llevado a cabo la actuación administrativa debida para evitar el menoscabo.

De la LJPV se deriva un deber jurídico, claro y preciso, de actuar por parte de la Administración, en la gestión de la relación de prohibidos, y ha sido una deficiencia en dicha gestión la que ha ocasionado el daño, ya que el sistema no se encontraba debidamente operativo.

En base a lo que antecede, pudiéndose observar una deficiencia o anormalidad en el funcionamiento del servicio, premisa que hemos establecido previamente como necesaria para reconocer la responsabilidad patrimonial, procede estimar la reclamación.

En cuanto a los demás conceptos por los que reclama, por intereses, comisiones en exceso de límites y comisiones de reclamaciones por impago, en particular por 102 micropréstamos, el reclamante ha aportado una prolija documentación de su realidad y cuantificación, pero, como se afirma en la propuesta de resolución, no resulta posible vincularla de forma directa y exclusiva, y con el grado de certeza exigible, con las deudas originadas por las apuestas.

No cabe desconocer que normalmente todo evento lesivo es el resultado de un complejo de hechos y condiciones con cierto grado de poder causal en cuanto todos contribuyen a producir el resultado final. Pero ello, en el marco de la responsabilidad patrimonial, no puede significar (sin una indebida extensión de dicha institución) que cualquiera de dichos hechos o condiciones sirva a los efectos de dar por cumplida la exigencia del nexo casual. La jurisprudencia (entre otras muchas, SSTS de 5 de junio y 26 de septiembre de 1998) viene sosteniendo que a los efectos de sustentar la imputación de la Administración funciona el criterio de la **causalidad adecuada**, es decir, **ha de tratarse de un hecho en sí mismo idóneo para ocasionar el concreto perjuicio cuyo resarcimiento se pretende. Sólo aquél podrá ser considerado "causa eficiente" del daño.**

En este caso, se quiere trasladar las consecuencias económicas negativas de una actividad privada, pese a que la Administración nada ha tenido que ver con las decisiones del reclamante y no ha quedado acreditado que se viera forzado a tomarlas de forma inexcusable para alimentar su tendencia patológica al juego.

Por lo que se refiere al **daño moral**, el reclamante ha alegado que durante el tiempo en que pudo jugar se le impidió la rehabilitación de las alteraciones producidas por la adicción al juego y que entre otros perjuicios destaca que figure en la base de datos de 18 empresas de créditos rápidos, que ha recibido amenazas por ser incluido en las listas de morosos o que para una entidad bancaria ha pasado a ser cliente de alto riesgo.

Sin embargo, según refiere, no ha vuelto a jugar, lo cual permite descartar que la exposición a su adicción haya tenido consecuencias distintas de las meramente económicas, sin que le haya obligado a seguir un tratamiento médico de deshabituación o cualquier otra terapia adecuada para solventar sus problemas.

En cualquier caso, aun admitiéndose que pudiera haber sufrido un perjuicio psíquico, el importe económico que reclama (2.940,57 €/mes, por cada uno de los once meses que estuvo jugando) carece totalmente de justificación.

Las demás circunstancias no han sido probadas y, al margen de las amenazas, que ciertamente hubieran podido generar en el reclamante un estado de congoja, angustia, ansiedad, etc., parece poco probable que las restantes le hayan afectado a sus relaciones sociales (ya que no trascienden un ámbito muy concreto y limitado) o a su vida personal o profesional (en un mercado financiero en el que existe una amplia oferta de servicios y entidades de crédito).

En suma, procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración por importe de 84.063,30 €, suma que deberá ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 de la LRJPAC, esto es, con arreglo al índice de precios al consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística.

DCJA 142/2016 pár. 27 a 54

D) Mantenimiento de vías públicas

Por defectos en las vías públicas

En este caso, de las fotografías aportadas al expediente y la medición llevada a cabo por la Unidad de mantenimiento urbano cabe concluir que **nos encontramos ante una arqueta levemente hundida (probablemente como consecuencia del peso que ha tenido que soportar de un vehículo que se ha subido a la acera), en la que el desnivel**

es apenas perceptible en la parte de la acera donde deambulan los viandantes y alcanza un desnivel máximo de 4,5 cm en su bordillo exterior, donde delimita con la calzada y los vehículos aparcados.

Por ello, entendemos que se trata de una **irregularidad** que puede ser calificada de **consustancial a las vías públicas e irrelevante**, sobre todo por su ubicación, de la que no cabe derivar una responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que "pese a todo, no queda más remedio que asumir que nunca podrá garantizarse un perfecto estado de todas las baldosas que cubren la vía pública" (Dictamen 213/2012).

De otro lado, no solo ha de demandarse de la Administración que despliegue la adecuada diligencia en términos de estándar de funcionamiento razonable, ya que también **el viandante ha de ser consciente de los riesgos inherentes al hecho de transitar por una vía urbana en la que es imposible que el pavimento esté totalmente liso y en el que, además, hay obstáculos ordinarios diversos, como los que citábamos anteriormente** (semáforos, señales de tráfico, bordillos y demás mobiliario urbano), que debe sortear, y singularmente debe adoptar aquellas precauciones que sean proporcionadas a sus circunstancias personales, a las condiciones visibles o conocidas de la vía y a los posibles riesgos adicionales que asume al transitar por una zona en vez de por otras.

En este caso, **vista la ubicación de la arqueta, entre el alcorque y el bordillo de la acera, difícilmente puede constituir lugar de paso habitual para los peatones, porque para ello han de desplazarse teniendo en cuenta ambos elementos del mobiliario urbano, cuando cuentan al otro lado del carril bici con una zona extensa y amplia, perfectamente regular, susceptible de permitir su tránsito en condiciones de seguridad.**

Desde luego, la persona que transita por esa zona debe poner la máxima atención, para no tropezar con el alcorque ni salirse de la acera, especialmente si arrastra un carrito de la compra.

Entiende la Comisión que el hundimiento de la arqueta no genera un riesgo mayor al que provoca el propio bordillo de la acera, y su posterior arreglo pudiera ser debido a que en ese estado no podría cumplir con su específica función de desagüe para el agua y no a otras razones.

Del conjunto del material probatorio cabe deducir que es la reclamante la que asume voluntariamente el riesgo de desplazarse entre el alcorque y el bordillo, y el accidente es concreción de ese riesgo, presumiblemente al caminar de forma distraída junto a un obstáculo visible, sin adoptar las precauciones correlativas.

DCJA 102/2016 pár. 46 a 52

Por obras

En el presente supuesto **nos encontramos ante una reclamación fundada en daños provocados a consecuencia de la realización de unas obras de titularidad privada y destinadas a la reparación de una infraestructura de abastecimiento de aguas también privada**. De este hecho, **el ayuntamiento pretende concluir la inimputabilidad de responsabilidad patrimonial,** correspondiendo, según entiende, hacer frente a las mismas al promotor de la obra (el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco) y al contratista que la realizó por su cuenta. En el mismo sentido se ha pronunciado …, aseguradora del ayuntamiento.

Sin embargo, **no puede desconocerse que la obra se desarrolla en espacio de dominio público (la calzada y aceras de la calle …) destinado al tránsito y circulación de vehículos y viandantes y, como hemos visto, la legislación local impone al ayuntamiento una serie de obligaciones relativas a su acondicionamiento, al mantenimiento en las condiciones precisas para su uso correcto y en condiciones seguras, incluyéndose también la función de policía de obras, a cuyo través se garantiza el mantenimiento de las condiciones de seguridad para el tránsito de peatones cuando se desarrollen obras que afecten a las vías públicas** (Dictamen 85/2009). **Y aún cuando**, como es el caso, **el ayuntamiento conceda autorización a particulares para la ocupación de espacios públicos o la realización en los mismos de obras y trabajos de interés particular, no queda exonerada del cumplimiento de aquellos deberes, lo que puede originar su responsabilidad patrimonial.**

DCJA 128/2016 pár. 25 a 26

E) Prevención de riesgos laborales

Antes que nada es preciso centrar la razón de pedir, ya que **la pretensión se fundamenta en el funcionamiento anormal de la Administración que, a juicio de la reclamante, no ha cumplido sus obligaciones como empresario en materia de riesgos laborales (en concreto, el riesgo de exposición a fibras procedentes de amianto)** sufridos por su esposo fallecido.

En relación con esta situación conviene recordar que: (i) el funcionario o el personal laboral de la Administración puede acudir al régimen de la LRJPAC cuando los daños y perjuicios alegados no tengan conexión directa con la actividad propia de su condición de personal al servicio de la Administración; (ii) que, asimismo, cabrá acudir al sistema de responsabilidad patrimonial para indemnizar al funcionario cuando no exista una vía específica o cuando el daño ocasionado sea de tal magnitud que los sistemas objetivados por el legislador (v.gr.: sistema de protección social, pensiones, etc.) para indemnizar el daño no permitan alcanzar el objetivo último de la indemnidad –examen que ha de hacerse caso por caso–; y (iii) que en las relaciones de sujeción especial sólo es imputable el daño a la Administración cuando ha existido un funcionamiento anormal del servicio público.

Como última consideración preliminar, también diremos que **existe compatibilidad entre el reconocimiento de la incapacidad y prestaciones derivadas de la misma y la indemnización de responsabilidad patrimonial** pero, como advierte la STS de 17 de enero de 2007 (RJ 2007/316):

> Constituye doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala el que, efectivamente, las prestaciones procedentes en materia de responsabilidad son efectivamente compatibles con cualquier otra pensión o indemnización resultante de otros ámbitos sectoriales, sin perjuicio de lo cual hemos expresado en sentencias de 17 de abril (RJ 1998, 3832) y 12 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4956) y reiteramos en la más reciente de 24 de enero de 2006 (RJ 2006, 483) que sin perjuicio del carácter compatible de unas y otras, no cabe hacer abstracción de las cantidades percibidas por las diferentes vías, dado el principio que rige este instituto de la indemnización por responsabilidad de la Administración, de la plena indemnidad o de la reparación integral.

A lo que aquí interesa, cabe recordar que el vigente ordenamiento jurídico, entre los derechos de los empleados públicos, reconoce el **derecho a "recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo"** [artículo 14 l) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público].

Para la delimitación del deber que para la Administración nace de ese derecho, hemos de tener en cuenta la legislación en materia de prevención de riesgos laborales que está encabezada por la Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL). En su exposición de motivos se configura como una referencia legal mínima, como ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas. Y en el cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art. 14.2 LPRL).

La LPRL y sus normas de desarrollo resultan de aplicación, conforme a su artículo 3, tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas.

La legislación preventiva de los riesgos laborales tiene por objeto promover la salud y seguridad de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de los riesgos derivados del trabajo (art. 2.1 LPRL). Por riesgo laboral se entiende la posibilidad de que un trabajador sufra una enfermedad, patología o lesión con motivo u ocasión del trabajo (art. 4.3º LPRL).

Instrumentos esenciales del plan de prevención son la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva (art. 16.2 LPRL).

La evaluación de riesgos es la base sobre la que el empresario ha de asentar la planificación de su política de seguridad laboral y supone, en términos simples, la emisión de un diagnóstico sobre los peligros de daños para la salud que trae consigo su actividad empresarial.

Así mismo y en relación con el riesgo de exposición al amianto, la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984, que aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto, estableció las medidas mínimas de evaluación,

control, corrección, prevención y protección de la salud frente a los riesgos derivados de la presencia de polvo que contenga fibras de amianto en el ambiente de trabajo y la obligación de todas las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de inscripción en un Registro de empresas con riesgo por amianto (RERA), comprendiendo en el ámbito de aplicación todas aquellas actividades u operaciones en las que se utilice amianto o materiales que lo contengan, siempre que exista riesgo de que se emitan fibras de amianto al ambiente de trabajo (art. 1).

Este reglamento supuso una actualización normativa, introduciendo la Directiva de la Comunidad Económica Europea 83/477/CEE, de 19 de septiembre de 1983, y fue posteriormente modificado y completado en aras de garantizar el objetivo de protección de la salud por las órdenes de 31 de marzo de 1986, 7 de enero de 1987, 22 de diciembre de 1987 y 26 de julio de 1993. Dicha normativa se complementó con la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 8 de septiembre de 1987 sobre tramitación de solicitudes de homologación de laboratorios especializados en la determinación de fibras de amianto, y la Resolución de 20 de febrero de 1989 por la que se regula la remisión de fichas de seguimiento ambiental y médico para el control de la exposición al amianto. Toda esta normativa fue derogada por el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

Según la Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984, se consideran trabajadores potencialmente expuestos aquellos que desarrollan la actividad laboral en puesto de trabajo en cuyo ambiente se produzca una concentración de fibras de amianto igual o superior a la establecida en el reglamento: salvo para la variedad crocidolita o amianto azul, cuya utilización queda prohibida, para el crisotilo 0,60 fibras por cm^3 y para las restantes variedades de amianto 0,30 fibras por cm^3 (art. 3).

Posteriormente, el citado Real Decreto 396/2006 estableció el límite de exposición diaria a 0,1 fibras por cm^3 como una medida ponderada en el tiempo para un periodo de ocho horas.

Por otra parte, el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social (derogado por el vigente Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre) preveía tanto la asbestosis como el carcinoma primitivo de bronquio y pulmón y el mesotelina pleural o peritoneal por asbesto.

(…)

Con todo lo anterior, una valoración conjunta y razonable del material probatorio lleva a la Comisión a concluir que no **ha quedado acreditada la relación causal entre las enfermedad que sufría el trabajador y un funcionamiento anormal del servicio público en relación con su actividad profesional para el Ayuntamiento** de Llodio.

Lo cierto es que, **ante la enfermedad profesional del trabajador, se plantea una incertidumbre sobre su origen**. Así, de antemano, no podemos descartar la hipótesis de que pudo ser contraída bien en los trabajos como peón del ayuntamiento o en los trabajos anteriores.

Por una parte, don KEG, entre los años 1973 a 1977, trabajó en varias empresas como electricista, soldador y peón de construcción, sin que consten datos relativos a las condiciones de trabajo en los mismos. Lo cual hace imposible valoración alguna de los factores de riesgo existentes en aquellos empleos, ni ponderar si pudieron tener alguna influencia en la posterior enfermedad.

A partir de 1979, en sus trabajos en el Ayuntamiento de Llodio, tampoco queda concretada de manera diáfana la existencia del contacto del trabajador con el amianto. Los informes de Osalan hablan de un grupo de trabajos generales e inespecíficos en cuanto a su duración e intensidad, sin posibilidad de reconstruir para su evaluación. Los indicios del contacto apuntan a que la posibilidad de la exposición se produjera durante los trabajos relacionados con la manipulación y cortado de los tubos de fibrocemento que, en una época, se utilizaron en la red de saneamiento y distribución de aguas. Ahora bien, los mismos no pueden ser contrastados, al igual que tampoco las evidencias respecto a los tubos de fibrocemento, que han desaparecido, ya que fueron retirados entre los años 2005 y 2006.

En definitiva, estamos hablando de unas meras hipótesis circunstanciales que pudieron haber acaecido en el desempeño de diversas tareas dentro del puesto de peón polivalente. Ahora bien, esto, sin más, no nos puede llevar a la afirmación de que el trabajador se contagió en el desempeño de su puesto de trabajo. No existen evidencias ciertas que permitan afirmar que el trabajador tomó parte en intervenciones en las que hubiera una probabilidad de contagio.

Incluso en el caso de que hubiera habido contacto con el amianto, del expediente no se deduce cuál era el nivel de intensidad, ni la duración de la exposición y la frecuencia con la que el trabajador pudo realizar dichos trabajos, de

forma que pueda relacionarse estos elementos con una enfermedad desarrollada por el trabajador años más tarde. Por lo que las conclusiones a las que se llega están sujetas a un grado de incertidumbre.

Por todo ello, teniendo en cuenta que el periodo de latencia entre el inicio de la exposición y la aparición de la enfermedad puede ser de 20 a 40 años, la enfermedad también pudo originarse en su etapa laboral anterior. En cualquier caso, es imposible establecer con los datos de este expediente un índice de probabilidad razonable de que la enfermedad tuviese su origen en el periodo laboral comprendido entre 1985 y 1997, de tal manera que pudiera ser causa determinante en la producción de la enfermedad.

En este sentido, es necesario citar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 26 de noviembre de 1998, en relación al criterio de la causalidad adecuada, es decir, la imputación ha de sustentarse en un hecho en sí mismo idóneo para ocasionar el concreto perjuicio cuyo resarcimiento se pretende. Sólo aquél podrá ser considerado "causa eficiente" del daño: "la doctrina administrativa tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar existencia, o no, de responsabilidad para 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 del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de ese posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve de fundamento para indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una causa sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro 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 llama la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño".

Así, del expediente no se deduce la existencia de un riesgo concreto de exposición al amianto en los trabajos realizados por el trabajo del fallecido, únicamente se habla de indicios que no han podido ser contrastados. Don KGE nunca fue sometido a reconocimiento médico específico, ni a protocolo de vigilancia sanitaria específica para trabajadores de tareas expuestas al amianto. Ya que, no había constancia de la existencia de tal riesgo, ni el trabajador había referido los antecedentes de dicha exposición. No consta que se haya levantado acta de infracción alguna en el lugar de trabajo, relacionada con la inaplicación de normas de seguridad e higiene sobre exposición al amianto, ni inscripción del lugar de trabajo en el Registro de empresas con riesgo de amianto, ni operación ninguna de desamiantado, ni informe médico pericial que vincule expresamente el servicio prestado con el daño consecuencia de la exposición al amianto.

Y si bien es cierto que no consta en el expediente realización de evaluaciones de riesgo o mediciones en el Ayuntamiento de Llodio anteriores a 2000, tampoco puede descartarse que no se dispusiera de medidas preventivas adecuadas, a pesar de que el riesgo no hubiera estado determinado. Así, según manifiesta el técnico de los servicios de prevención municipales, los trabajadores contaban con equipos de protección individual de las vías respiratorias, medida que hubiera satisfecho el cumplimiento de la normativa en la materia. Sin embargo, los trabajadores, en las entrevistas realizadas, manifiestan que actuaban sin protección.

De todo lo anterior y con los elementos probatorios de que dispone para emitir su parecer, entiende la Comisión que no ha quedado acreditada la relación causal necesaria, con elementos de convicción suficientes, para establecer la existencia de un nexo entre el daño y el actuar de la Administración.

DCJA 30/2016 pár. 33 a 84

F) Servicio educativo

En el caso sometido a consideración de esta Comisión, la Administración educativa entiende que el accidente no ha sido consecuencia del funcionamiento del servicio público porque las instalaciones donde se produjo no constituyen un riego en sí mismo, ni se ha acreditado que lo haya sido por su falta de cuidado o funcionamiento, ni se observa ningún grado de negligencia o abandono por parte de las monitoras que los vigilaban, sino que deriva y trae causa directa e inmediata de unos juegos en los que estaban implicados los menores sin que pudiera hacerse nada para evitarlo.

Antes que nada, la Comisión debe rechazar el relato de hechos sobre el que los progenitores fundamentan su reclamación, en el sentido de que, según afirman, el niño accidentado fue soltado de pies y manos por dos niños sin que monitora lo impidiera, tratándose en realidad de una "brutal agresión" que se sumaba a otras que ya había sufrido anteriormente, como cuando escasamente unos meses antes le habían roto las gafas o un año antes le habían fracturado el cúbito y el radio del mismo brazo.

Tanto porque no se ha aportado prueba alguna que confirme esa versión de los hechos, como porque hay que recordar que consta el testimonio directo de la monitora que presenció los hechos y que explica lo sucedido de una forma más creíble y simple, acorde con la edad de los menores y el contexto de juegos infantiles en el que se produjo la caída, sin que existan motivos para dudar de la fiabilidad de su declaración.

En cuanto al fondo la Comisión, comparte la valoración de la Administración educativa, ya que, pese a la edad de los menores, de 4 y 5 años, ni aun extremándose la vigilancia se podría haber evitado la caída.

Los niños estaban realizando una actividad lúdica totalmente inocua y no peligrosa, como puede ser que tras abandonar un juego se encaramen al tobogán, y que lo hagan corriendo y persiguiéndose. El hecho de que al subirse al tobogán uno de ellos coja al otro y le tire, constituye una acción rápida e inopinada que impide cualquier reacción anticipativa de los monitores, que solo la podrían haber evitado si previamente les hubieran prohibido subir al tobogán, lo cual carece de sentido.

La naturaleza de la actividad, un juego infantil totalmente normal, y las características de la acción, que coge por sorpresa a la monitora, sin que existan circunstancias de tiempo y actitud que permitan pensar que pudiera llegar a producirse, lo que le hubiera permitido preverla y evitarla utilizando un cuidado y observación normales, hacen, en este caso, que en el desgraciado suceso no pueda apreciarse responsabilidad de la Administración educativa.

Esto es, **la Comisión no aprecia que pueda conectarse causalmente el daño producido con el servicio público, ni tampoco que se hayan rebasado los márgenes de riesgo socialmente admitidos y asumibles por la propia colectividad de usuarios del servicio público educativo.**

Es natural que los niños jueguen después de la comida y el tobogán les permite desarrollar juegos libres y propios de su edad.

No se infiere, por lo demás, ninguna negligencia en las monitoras encargadas de supervisar o atender las actividades, quienes efectuaron, tras percatarse inmediatamente de la lesión del menor, los avisos y llamadas correctos y con la celeridad necesaria.

DCJA 110/2016 pár. 24 a 32

En el caso sometido a consideración de esta Comisión, resulta acreditada la existencia de un daño efectivo, individual y económicamente cuantificable, acontecido en las instalaciones de un centro público docente, en la Escuela de Hostelería de …, cuando el reclamante seguía el módulo de Técnicas Culinarias del primer curso del ciclo formativo de grado medio Cocina y Gastronomía.

Siendo el servicio educativo el concernido por la reclamación, conviene recordar que es doctrina de la Comisión –entre otros, dictámenes 68 y 91/2011– considerar que "…no toda incidencia lesiva derivada del funcionamiento del servicio educativo es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración. No lo sería en los supuestos en que el daño se produce a pesar de que el servicio ha funcionado de acuerdo con lo razonablemente exigible atendiendo a las circunstancias del caso y la situación jurídica social, económica y tecnológica del momento, pues en tales supuestos hay que entender que o bien el daño no es objetivamente imputable al funcionamiento del servicio, porque, aún habiendo una conexión causal entre ambos aquél no es materialización de un riesgo creado por éste, o bien que el daño no es antijurídico, al existir un deber jurídico de soportarlo por parte del perjudicado".

Entre las **características propias del servicio educativo** se encuentran los riesgos propios del proceso formativo, lo que fuerza a tener muy en cuenta que para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de aquél servicio público **no basta acreditar un daño producido con ocasión de su funcionamiento, sino que aquel ha de ser consecuencia de éste** (Dictamen 31/2005). Y, asimismo, en el ámbito del servicio educativo ha de te-

nerse especialmente presente que el sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas no es un sistema de seguro a todo riesgo (Dictamen 50/2003): "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico" (entre otras, STS de 5 de junio de 1998).

Por ello, cuando se analiza una reclamación de responsabilidad en el marco del servicio educativo ha de ponerse especial cautela en el examen de las concretas circunstancias del caso, ya que **no cualquier accidente ocurrido en el centro educativo resultará, sin más, imputable a los servicios escolares y fuente de responsabilidad patrimonial**. La Administración sólo vendrá obligada a indemnizar los daños derivados de los accidentes acaecidos en los centros públicos educativos, en los que concurran los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. **Para que nazca dicha responsabilidad por sucesos ocurridos en centros escolares será necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que integran el servicio educativo, esto es: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado** (Dictamen 31/2005).

En el caso sometido a consideración de esta Comisión, el reclamante sostiene que "la causa del accidente (apertura de la tapa de la marmita) pudiera estar en un mal cierre, anclaje o programación de la misma por los profesores responsables el día de autos y/o una ausencia del debido control y supervisión de los trabajos que realizaban los alumnos".

Antes que nada hay que decir que la valoración jurídica que han realizado el juzgado y la Audiencia Provincial, una vez concluida la instrucción, para decretar el sobreseimiento provisional de la causa puede ser tomada en consideración, pero ni excluye la que debe hacerse en este procedimiento administrativo ni prejuzga la solución del caso, pues que **la conducta de los profesores no sea perseguible de acuerdo con la ley penal no significa que la misma puede ser estimada como fuente de responsabilidad administrativa por la LRJPAC.**

En cuanto a la primera de las hipótesis (el mal cierre, anclaje o programación de la marmita por los profesores), debemos rechazarla haciendo nuestra la valoración de la Audiencia Provincial porque, aunque se trate de un juicio de valor que, como acabamos de decir, no vincula ni a la Administración ni a los órganos de otros órdenes jurisdiccionales, el mismo está realizado sobre los mismos presupuestos fácticos, lo cual le dota de una consistencia que no puede obviarse al resolver el presente caso.

Dice la Audiencia Provincial en el Auto nº 90216/2015:

> Las periciales practicadas y, con singular relevancia los informes unidos a los folios 216 a 240 y 272 a 270, no apuntan directamente a la tesis planteada por los recurrentes –deficiente cierre de la olla antes de su puesta en funcionamiento– como causa de la posterior apertura violenta de la misma, sino más bien a aquella de la que se hace eco la Instructora –indebida apertura de la misma mientras estaba un funcionamiento por persona no identificada–.
>
> Y, en todo caso, a la vista del modo en que se desarrollaron los hechos tal y como aparecen descritos la dinámica del accidente –escenario y personas presentes en el momento de producirse, folios 24 a 38 del Informe del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales del Departamento de Educación–, al no constar claramente de la prueba practicada que la olla se hubiera puesto en funcionamiento con la tapa mal cerrada, y que ello hubiera obedecido a una desatención por parte de persona concreta de los niveles mínimos exigibles por el puesto de responsabilidad que ostentaba, o que una vez ya funcionado se hubiera intentado abrir indebidamente por un tercero de forma tan evidente que tendría que haberse detectado igualmente por quien fuera responsable en dicha fase de proceso, no se alcanzan los niveles culpabilidad necesarios para su tipificación como imprudencia penal.

Con respecto a la segunda hipótesis (ausencia del debido control y supervisión), la conclusión no es tan meridiana.

La Administración educativa entiende, en la propuesta de resolución, que se ha producido una ruptura del nexo causal por la actuación del propio reclamante. Los "hechos probados dan como resultado incuestionable que las quemaduras producidas al reclamante son consecuencia de la apertura por el propio alumno de la tapa de la marmita, cuando

no la tenía que haber abierto, porque, aunque había habido una pérdida de presión, todavía era tal la presión existente, que la apertura provocó la expulsión de contenidos debido al efecto «almeja»", y añade, "acreditada la existencia de un riesgo concurrente en una determinada actividad, aquel que la desarrolla está obligado a extremar las precauciones, la posibilidad de que la apertura provocará el riesgo de quemaduras en determinadas condiciones era evidente, y la habitualidad de tal labor, lleva concluir que por parte de dicho alumno debía asumirse una mayor diligencia".

Aunque hay aspectos de esa valoración que la Comisión puede compartir, no llega, sin embargo, a las mismas conclusiones.

En primer lugar, si bien el Juzgado y la Audiencia Provincial se refieren a "una persona no identificada", cuando aluden a la persona que abrió la tapa, al igual que la Responsable del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales evita atribuírsela a una persona concreta, de la prueba practicada se desprende con suficiente nitidez que fue el reclamante quien procedió a la indebida apertura.

Existen indicios suficientes para ello, por ser la persona más afectada por las quemaduras, por su ubicación en el momento del siniestro y por las declaraciones de los testigos, sin que exista otra alternativa que ofrezca igual grado de verosimilitud. La realidad de tales premisas conduce a una conclusión fiable, a una verdad lo suficientemente razonable, en tanto que los hechos probados apuntan a esa convicción y eliminan otras hipótesis.

En segundo lugar, es también notorio que las instalaciones donde se produjo el accidente constituyen un riesgo en sí mismo, especialmente cuando implican el uso de una marmita industrial, cuyo modo de funcionamiento y sus sistemas de seguridad "no evita(n) completamente un posible manejo incorrecto o inseguro".

Ahora bien, **lo que no cabe es trasladar el grado de diligencia exigible al propio alumno, cuando este carecía de la cualificación o experiencia necesaria, sin que se haya acreditado que recibiera formación suficiente, y se trataba de una actividad inhabitual** (cuanto menos la forma de realizar la tarea, según el informe de la Responsable del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales).

Asimismo, **una cosa es que las deficiencias y defectos detectados en la olla no pudieran producir, por sí mismos, la apertura de la tapa de la marmita, y otra muy distinta que no pudieran tener incidencia en su apertura por la persona que la estaba utilizando, ya sea al inducirle a error sobre la presión interior real** (según las instrucciones del fabricante para la cocción en presión, folio 120, "antes de abrir la tapa, asegurarse mirando el manómetro que la presión en el interior de la cuba es cero"), **ya sea al permitirle abrir una válvula de alivio que tras reducir la presión interior hiciera factible que se pudieran retirar los pestillos.**

Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, **no queda excluido que la expresada relación causal** –especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos– **pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad** (Sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986 [RJ 1986\2633], 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, de 4 de mayo de 1999, [Arz. 4910, entre otras].

Esto es, si bien el accidente de don OHJH deviene de un hecho –la apertura de la tapa– cuya responsabilidad no puede ser atribuible a la Administración educativa, sino al propio reclamante, **existen otros elementos dotados sin duda de poder causal para producir el resultado final y, por tanto, junto al primero, son igualmente relevantes en el acaecimiento lesivo, tal es el caso de que se le atribuyera el manejo de la marmita sin tener un exacto y completo conocimiento de su correcto funcionamiento y sin que estuviera en perfecto estado, entre otras razones porque no se había llevado a cabo su mantenimiento preventivo.**

La Responsable del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales constata que, a la vista de las circunstancias que han rodeado el accidente, deben establecerse medidas preventivas en el futuro, teniendo en mente que, si hubieran estado activas, podrían haber servido para evitarlo.

La adecuación de tales medidas, para la satisfacción del cumplimiento del estándar exigible a la actuación administrativa, es acorde con lo que cabe esperarse de su normal funcionamiento, teniendo presentes las pautas orientativas que esta Comisión ha establecido para determinarlo (no puede establecerse a partir del daño sufrido ni puede

construirse sobre lo óptimo sino sobre lo razonable, aplicado en consideración a la naturaleza del servicio y las circunstancias que presente el caso).

En este supuesto, por emplear los atinados términos de la STS de 16 de febrero de 1999 (Arz. 1622), que refleja la idea del tribunal de instancia, no se han cumplido "los estándares de rendimiento medio exigibles según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo del servicio, que en la época actual impone en la enseñanza".

En definitiva, considera que no cabe atribuir toda la responsabilidad de lo sucedido al reclamante, sin que tampoco deba cargar con toda ella la Administración educativa ya que el reclamante actuó de un modo indiligente y hasta cierto punto temerario, realizando operaciones arriesgadas con una marmita industrial sin consultar previamente, por lo menos, a la profesora encargada de dirigir las practicas que se encontraba en la cocina de menú y en una dependencia anexa.

Ello conduce a una moderación de la responsabilidad administrativa del cincuenta por ciento.

DCJA 149/2016 pár. 23 a 45

G) Servicios sanitarios

Con arreglo a lo anterior y conforme al régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas configurado en el artículo 106.2 de la Constitución (CE), el hecho de que el defecto del producto empleado en la intervención quirúrgica practicada a doña CNGD sea imputable al laboratorio que lo fabricó no impide que pueda exigirse la responsabilidad de la Administración sanitaria –que se examinaría según las normas y principios que la rigen–. Y es así porque se trata de un producto que se ha integrado de modo esencial en el funcionamiento del servicio sanitario (por su aplicación en la intervención quirúrgica practicada por el mismo).

En efecto, **lo que singulariza este tipo de supuestos respecto de otros casos de responsabilidad sanitaria en los que no está presente ningún medicamento es que en el origen del daño coexisten dos causas: el defecto del medicamento (imputable al fabricante u otro agente de la cadena de producción y distribución) y la utilización del mismo en el tratamiento prestado por la organización sanitaria, esto es, por la Administración pública.**

Este doble origen del daño nos coloca ante **dos títulos de responsabilidad diferentes y concurrentes en este caso**. **El título de responsabilidad del fabricante del producto** (que comprende la acción de responsabilidad de fabricantes e importadores por los daños causados por los defectos de sus productos) difiere de aquel por el que responde **la Administración, en cuanto titular del servicio público sanitario en el que ha acaecido el hecho lesivo**, en una esfera, la sanidad pública, en la que, con arreglo al artículo 43 de la Constitución, se posiciona como garante competencial del derecho a la salud, a través de las medidas preventivas necesarias en cada caso (así lo explica, v.gr., la Sentencia de 22 de mayo de 2001 –JUR 2001\258565– de la Sala de lo civil de la Audiencia Provincial de Las Palmas).

Tal y como hemos avanzado, a continuación se analizan algunos de los pronunciamientos judiciales en los que se evidencia esa doble perspectiva y se admite la posibilidad de articular el régimen de responsabilidad patrimonial.

La Sentencia de la Sala 3ª (de lo contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1996 (RJ 1996\989) nos sirve, por ejemplo, para apuntalar esa interpretación. En el supuesto allí enjuiciado, la Junta de Andalucía defendía la ausencia de responsabilidad debatida con fundamento en que se había utilizado por su servicio de salud un producto debidamente registrado que existía en el mercado farmacéutico, en el que se contenía el VIH –donde habría de encontrarse la causa de la infección–, y ese medicamento no había sido fabricado, ni autorizado, ni registrado por la Administración autonómica demandada, por lo que no podían imputársele sus deficiencias cuando, confiados en los productos sanitarios de los fármacos registrados, los utilizó.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia citada, afirma: "Aun cuando este razonamiento es estimable y pudiera dar lugar a que la Junta de Andalucía y su Servicio de Salud formularan las reclamaciones que estimaran oportunas, es obvio que no rompe la relación de causalidad entre los daños y perjuicios infringidos a don… y la transfusión del hemofactor origen de los mismos (…) a la que fue sometido en la «Ciudad Sanitaria Virgen del Rocío», dependiente del Servicio andaluz de salud de la Junta de Andalucía (…)". Recuerda que, para que la responsabilidad del Estado pueda

hacerse efectiva, "se exige la prueba de la causa concreta que determinó el daño, es decir, la conexión entre la actuación administrativa y el daño real ocasionado, como ya pusieron de manifiesto las sentencias (…). Y en el presente caso y tal como pone de relieve la resolución judicial recurrida la causa concreta que determinó el daño fue la transfusión realizada al señor C. en la «Ciudad Sanitaria Virgen del Rocío»".

Esa sentencia del Tribunal Supremo (STS) es citada, asimismo, como referente en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana número 2453/2003, de 10 de junio (JUR 2004\115803), que confirma que se halla en la esfera de la responsabilidad patrimonial por deficiente prestación de la asistencia sanitaria, "pese a que el producto transfundido tuviera la naturaleza de medicamento y por ende la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana ni lo hubiera fabricado, ni lo hubiera autorizado ni registrado".

Desde otra perspectiva de análisis, en su fundamento de derecho cuarto, la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 13 de octubre de 2010 (RJ 2010\8115) deslinda los diferentes ámbitos de responsabilidad en la materia ahora concernida y las normativas que los rigen. En relación con la aplicación de determinados preceptos de la LGDCU, señala que su cita "resulta no adecuada y, desde luego, estéril, para sostener un motivo en relación con una reclamación que se efectúa con base en una posible responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. El carácter genérico de esos preceptos aún con la cita más concreta que contiene el Art. 28 de esa norma cuando se refiere a los servicios sanitarios es evidente. Estas reclamaciones poseen un ámbito natural de exigencia que se encuadra en la Constitución, Art. 106.2 y en la Ley 30/1992".

En ese sentido se ha pronunciado también el TSJ de Galicia (Sala de lo contencioso-administrativo) en su Sentencia número 1022/2003 de 26 noviembre (JUR\2004\64196):

> Además, el examen ha de ceñirse a la reclamada existencia de responsabilidad en la Administración autonómica, frente a quien se ha deducido la petición en vía administrativa y cuya actuación corresponde ahora fiscalizar. Pero ya desde ahora conviene aclarar que la perspectiva jurídico pública desde la que debe analizarse aquella reclamación de responsabilidad no coincide con la estrictamente civil, de manera que si no se apreciase aquella responsabilidad de la Administración por carencia de los requisitos exigibles, en un hipotético litigio civil ulterior la óptica sería diferente desde el momento en que habría que atender a la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (artículos 27. 1. a) y c), y 28), y Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (artículo 6.3), así como a la Directiva 93/42 CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, que sería la normativa relevante desde la vertiente exclusivamente privada, del mismo modo que la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que se menciona por la recurrente en el escrito de conclusiones se funda en esa óptica civil que difiere de que ahora interesa.

En conclusión, procede en este caso la utilización por la reclamante de la vía resarcitoria a través del instituto de la responsabilidad patrimonial para ejercer la pretensión de reparación del daño causado, cuyo fundamento se encuentra en que el medicamento defectuoso fue utilizado por el HU. Nos hallamos, así, ante un perjuicio producido a consecuencia de una relación entre un beneficiario de un servicio público y la entidad gestora que presta el servicio de asistencia sanitaria.

Lo anterior no impide, como se ha señalado, que la Administración sanitaria deba ejercer la acción de repetición frente al fabricante y distribuidor en el caso de que así proceda, por hallarse en los supuestos de responsabilidad que a estos atribuye la LGDCU.

Es precisamente ese tipo de "**solidaridad impropia**" que se produce en estos casos lo que permite a la Administración sanitaria el ejercicio de la acción de repetición e, incluso, podríamos decir, **le obliga a plantearla para que se garantice la responsabilidad del productor del medicamento defectuoso** (en los términos exigidos por la directiva mencionada).

Resulta especialmente interesante a ese respecto la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala de lo civil, Sección 1ª, núm. 750/2010 de 15 noviembre (RJ 2010\8872), que aborda varias cuestiones al plantearse el ejercicio de una acción de repetición por la Administración en sede de responsabilidad sanitaria contra la empresa fabricante y distribuidora del producto causante del daño.

La sentencia fue dictada en un caso de daños causados por un deficiente tratamiento sanitario, consistente en el suministro de un medicamento fabricado y distribuido por la entidad demandada en el proceso, habiendo quedado acreditada la relación de causalidad entre dicho medicamento y la hepatitis C contraída posteriormente. Satisfecha

la indemnización por la Administración sanitaria canaria por el daño causado (según condena de un juzgado de lo social de Las Palmas), interpuso acción de repetición frente a la empresa fabricante del producto. Esa empresa formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

En su fundamento de derecho segundo, la sentencia afirma (respecto a una cuestión planteada en el recurso extraordinario por infracción procesal) que no se ha alterado la causa de pedir ni se han sustituido por otras las cuestiones objeto de debate (la parte actora ejercitaba acción de reembolso y el tribunal resolvió de acuerdo a la acción de repetición): "Teniendo en cuenta que el pago de la indemnización lo fue por la indebida prestación de un servicio médico que no solo extinguió la responsabilidad patrimonial frente al perjudicado, sino la que resulta de la legislación protectora de consumidores, y que en tales supuesto, el ordenamiento jurídico establece como principio general el derecho de repetición por el todo frente al responsable del daño por el que ha de responder, como es de ver en art. 27 LDCU, vigente en el momento de los hechos (…)".

En su fundamento de derecho tercero –también referido a una cuestión formulada en el recurso extraordinario por infracción procesal– señala: "La sentencia recurrida contiene una explicación suficiente en relación con el pronunciamiento que fundamenta la condena impuesta a la recurrente, expresada en los siguientes términos: como quiera que en el presente caso ambas litigantes eran responsables solidarias frente al perjudicado, responsabilidad que presentaba distinto soporte jurídico –la actora por haberse suministrado al paciente la gammaglobulina Gammagard y, la apelante en cuanto fabricante, importador y distribuidora del referido producto– al Servicio Canario de Salud en cuanto pagó al perjudicado, le asiste la acción de repetición frente a Baxter por el montante total de lo abonado ya que el grado de participación de dicha entidad en la causación de los daños ha de estimarse en un 100 %, porque fue quien fabricó o al menos quien lo distribuyó, limitándose la apelada a prescribir el tratamiento a su paciente, por lo que a esta en consecuencia, le asiste el derecho de reclamar del culpable la deuda abonada".

Como pone de relieve el fundamento de derecho quinto de la sentencia, en el primero de los motivos en que se articula el recurso de casación se alega la infracción del artículo 27 de la Ley 26/1984 para la defensa de los consumidores y usuarios (entonces vigente), que regula la posibilidad de repetición a los responsables en la causación del daño, además de los artículos 1137 a 1145 del Código Civil, en materia de responsabilidad mancomunada y solidaria, y todo ello por entender que también el Servicio Canario de la Salud es responsable de los daños producidos por los productos de la entidad recurrente y que, por tanto, habrá de responder mancomunadamente de los mismos.

Resuelve el Tribunal Supremo esa cuestión en estos términos (fundamento de derecho sexto):

> Dice el artículo 27.2 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad: artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño»), que «si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños». En lo que aquí interesa supone que una cosa es la defensa que la ley proporciona a los consumidores mediante una amplia legitimación de las personas que pueden responder frente a la víctima y otra distinta que el ejercicio de la acción contra todos o contra uno de los posibles responsables no permita en la relación entre posibles codeudores la repetición de la totalidad de lo que se pagó, pues en ningún caso la ley condiciona la acción de repetición a que también hubiera sido condenado en el pleito inicial en el que la ahora demandada no pudo serlo por razón de la jurisdicción en la que fue instado, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 de la LEC, acreditar fehacientemente una responsabilidad distinta de las varias que contempla la Ley de Consumidores, o lo que es lo mismo, probar quién es el autor del daño y que, en el caso, se proyecta exclusivamente «sobre quien fabricó o al menos distribuyó» el producto al que la sentencia identifica como autor exclusivo, frente a la entidad pública a quien la jurisdicción social se lo imputa por una defectuosa asistencia sanitaria consistente en prescribir un tratamiento inadecuado de un producto que fabricó la demandada, que tiene el mismo efecto frente a la víctima, pero que son cosas distintas en la relación interna entre los deudores solidarios.

(…)

Sentado lo anterior, se hace preciso tomar en consideración las circunstancias que presenta el caso suscitado, que adquiere un matiz singular, como venimos señalando, por afectar a la utilización de medicamentos defectuosos no fabricados por la Administración sanitaria.

En el supuesto que examinamos **el fabricante del producto al que se atribuye el daño** (*Perfluoroctano* de la marca *Ala Octa*) **ha quedado identificado en el procedimiento seguido** (laboratorio *AlaMedics*), **aunque el expediente no ofrece información acerca de que la reclamante le haya exigido su responsabilidad por el daño causado al amparo de la normativa indicada** (LGDCU) –cuestión que debería aclararse–. **Ha de tenerse en cuenta que de unos mismos hechos no nace** otra acción –que no sería resarcitoria sino punitiva de la indemnización de perjuicios– **salvo la de repetición entre los posibles responsables** (STS de 16 de noviembre de 2009 –RJ 2010\105–).

Respecto a ese fabricante, por otro lado, sí se ha acreditado en el procedimiento que se encuentra en situación de quiebra, lo que la Comisión considera que es una circunstancia que se debe también ponderar al resolver la consulta, en tanto esa situación introduce una incertidumbre objetiva en la posibilidad de que la paciente pueda finalmente obtener la reparación de un daño antijurídico.

De la propuesta de resolución de Osakidetza se deduce que: I) nos hallamos ante un daño generado en el ámbito prestacional del servicio público sanitario; II) el producto utilizado estaba indicado para las intervenciones de retina y se administró en la dosis terapéutica recomendada; III) el producto pertenecía a un lote fabricado de forma defectuosa y con efectos tóxicos por el laboratorio *AlaMedics*; IV) no hay una causa irresistible del daño, extraña por completo al desenvolvimiento de los niveles prestacionales requeridos a la Administración sanitaria, lo que excluye la existencia de fuerza mayor; V) concurre, asimismo, relación de causalidad entre la utilización del producto *Perfluoroctano* y la pérdida de visión que padece doña CNGD.

La apuntada relación de causalidad entre la utilización del producto defectuoso y el daño causado viene avalada por los resultados del estudio del Instituto Universitario de Oftalmología Aplicada (IOBA) de Valladolid, de 15 de diciembre de 2015, sobre la "evaluación de la toxicidad aguda del perfluoro-n-octano en cultivo celular de epitelio pigmentario de la retina (EPR) y cultivo organotípico de neuroretina", referido a cuatro lotes de *perfluoro-n-octano*, *Ala Octa* (del laboratorio *AlaMedics*) remitidos por Osakidetza.

De ese estudio (con el contenido que ha sido reflejado de forma exhaustiva en el apartado del dictamen dedicado al relato de hechos) se puede concluir, como resalta la propuesta resolutoria, que la exposición a los cultivos de epitelio pigmentario y organotípicos de retina mostró toxicidad celular para todos los 4 lotes empleados en las fechas de la intervención a doña CNGD en el HU.

A la misma conclusión se llega con las notas informativas elaboradas por la AEMPS [Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios], que parten del estudio referido y de las actuaciones de investigación realizadas una vez declarada la alarma sanitaria. Merece reiterar aquí (pese a que ya se ha reproducido en el relato de hechos) que la nota de 15 de julio de 2016 advierte de que en el contexto de la investigación abierta con la empresa fabricante alemana y el distribuidor español se revisó la documentación del sistema de calidad de la empresa *AlaMedics* y el proceso de fabricación, "encontrando deficiencias en los controles de la materia prima y de los lotes fabricados, por lo que requirió a la empresa alemana la realización de análisis químicos, físicos y toxicológicos. El proceso de fabricación tampoco garantizaba la calidad del producto terminado, al no realizarse controles sistemáticos de la materia prima ni incluir un proceso de purificación". Además de lo anterior, en esa nota se cuestiona el método de ensayo seguido por el laboratorio en el análisis de los lotes, que considera "menos específico para evaluar la toxicidad en el tejido ocular que el método seguido por el IOBA".

El expediente traslada, por tanto, que ha quedado probada la relación de causalidad entre la utilización de *perfluoroctano* marca *Ala Octa* del laboratorio *AlaMedics* en la intervención de desprendimiento de retina practicada en el OD a doña CNGD en el HU el 2 de junio de 2015 y la pérdida de visión en ese ojo.

El informe pericial aportado por la reclamante no cuestiona esa conclusión. Es más, la asume en los siguientes términos: "Durante la cirugía del 2 de junio de 2015 se usó Perfluoroctano que provocó necrosis retiniana con roturas diseminadas y atrofia óptica que determinaron pérdida total de agudeza visual".

No puede tampoco negarse la antijuridicidad del daño, ya que no existe razón para sostener que la perjudicada tuviera el deber de soportarlo.

Conforme a lo expuesto, la Comisión entiende que concurren los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, conforme a los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC (en la actualidad, artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre), por haber causado un daño a doña CNGD al aplicarle, en el marco de la asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Servicio de oftalmología del HU, un

producto *(perfluoroctano* marca *Ala Octa* del laboratorio *AlaMedics*) perteneciente a un lote fabricado de manera defectuosa por el laboratorio citado, con efectos tóxicos.

DCJA 175/2016 pár. 49 a 80

Mantenimiento de instalaciones y mobiliario

En el supuesto que analizamos entendemos que ha quedado suficientemente acreditado que la reclamante se cayó debido a que la puerta automática del Centro de Salud de … se cerró cuando la estaba traspasando, sufriendo como consecuencia de la caída las lesiones que se recogen en los informes médicos.

En ese sentido, la anotación de la doctora que le atendió en el Centro de Salud de … es concluyente y también lo es que el técnico de la empresa que realiza el mantenimiento de la puerta dejase constancia en su informe como motivo del aviso y de su visita (el 11 de mayo de 2015) que la puerta ha pillado y lesionado a una persona.

Aunque el Coordinador S.A.T. y Mantenimientos de la empresa … S. COOP. señala que la puerta funcionaba correctamente, se desconoce cuándo ha emitido su informe, y la Comisión no puede dejar de valorar que no descarta la posibilidad de atrapamiento, si bien se minimizan los riesgos o daños que este pudiera generar a la vista de las medidas de seguridad que tiene incorporadas la puerta, y consignar que no ha sido la puerta la que ha ocasionado la lesión que sufre la reclamante sino la caída posterior.

Por otra parte, no se entiende que si la puerta estaba en perfecto estado se tuvieran que cambiar las fotocélulas tipo ojos, emisor receptor, por el sensor con activación y barrera de seguridad RAD 17.

Sea cual sea el sistema que se aplique, lo que es indudable es que no resulta adecuado que una puerta se cierre sin detectar a la persona que la traspasa en ese momento y la golpee y desequilibre provocando su caída.

Los centros sanitarios deben presentar unos accesos adecuados para su uso por los pacientes, personal sanitario y, en general, por todos los que los utilicen.

Como dijimos en el Dictamen 11/2008, en el caso de las puertas automática[s] el estándar adecuado a nuestra situación social, técnica y económica exige que su funcionamiento, por definición no accionado por quienes las atraviesan, preserve la integridad de estos en las diferentes situaciones en que pueden hacer uso de ellas (en grupos, en ambos sentidos, de forma más o menos continuada, etc.), sin requerir un acto consciente por parte del usuario de los detalles en que se va a producir la apertura.

Es verdad que el estándar exigible a las puertas automáticas no alcanza a garantizar cualquier uso por desproporcionado o arriesgado que sea, pero es que, en ese sentido, nada consta sobre un posible uso inadecuado por parte de la víctima.

En cualquier caso, además, debe descartarse que tengan relevancia alguna en el asunto que se enjuicia los antecedentes traumatológicos que invoca la propuesta de resolución, que la reclamante sufriera una caída en su domicilio el 12 de marzo de 2015 (escasamente dos meses antes de la caída objeto de este expediente), que el 30 de diciembre de 2012 acudiera a urgencias por dolor a nivel columna dorsolumbar, apreciándosele facturas osteoporóticas, o que el 18 de noviembre de 2010 sufriera una caída en la vía pública que le provoco fractura de cadera izquierda.

De tales hechos no se deduce que la caída fuera debida a algún tipo de patología que sufre doña FAO, para lo cual falta el necesario soporte médico que permita establecer un vínculo entre todas ellas, ni a ningún déficit de movilidad diferente o específico del que aqueja por razón de su envejecimiento a las personas mayores, personas que son usuarias habituales de las instalaciones médicas y que por ende deben diseñarse de forma que quede garantizada también su seguridad.

DCJA 109/2016 pár. 27 a 36

Por la falta de consentimiento

Por lo que se refiere a la afirmación realizada en el periodo de alegaciones, relativa a la falta de información sobre las posibles complicaciones derivadas de la aplicación de un inyectable vía intramuscular, tras el análisis de los documentos existentes en el expediente, estas no pueden ser admitidas.

Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, dispone en su artículo 8 que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado. Además estipula que, con carácter general, el mismo será verbal, 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.

Es categórica la previsión legal, estableciendo la absoluta necesidad de la existencia de consentimiento del paciente en cualquier situación, si bien, la forma de emisión variará en función de la importancia del acto médico. Así, en el campo de la atención primaria que nos ocupa, en el que se realizan muchas intervenciones que son, en principio, poco importantes y frecuentes (una extracción de sangre, un vendaje, una inyección, una escayola, unas radiografías…), **este requisito habitualmente se cumple con naturalidad, de forma oral, y sin especiales formalidades**. Generalmente, en estos casos, es suficiente con la falta de oposición del paciente para estimar la existencia de su asentimiento.

En supuestos como el presente se estima válida la suficiencia del consentimiento verbal cuando, puede ser deducida del contenido de los documentos existentes en la historia clínica o, también, del reflejo en la misma de la existencia de diversos contactos personales entre el paciente y el diverso personal sanitario que lo trató, que llevan a determinar necesariamente la existencia de información suficiente.

DCJA 77/2016 pár. 62 a 65

Hace referencia también la paciente a la falta de información recibida sobre la avulsión cutánea. Sin embargo, no es esto lo que se deduce del expediente. Así: (i) en el informe de protocolo quirúrgico del día de la intervención consta entre las incidencias que "el paño quirúrgico provoca heridas en la pierna que se suturan con agrafes"; (ii) en el escrito de reclamación expresa que los familiares fueron informados tras la operación de "un pequeño corte en la pierna que había requerido de alguna grapa quirúrgica"; y (iii) en la consulta de revisión dos semanas después de la intervención aparece transcrito que el doctor "vuelve a explicar que las heridas son por arrancamiento por los paños quirúrgicos debido a su piel de pergamino".

Es cierto que el riesgo de avulsión cutánea por arrancamiento de paños quirúrgicos no consta en el documento de consentimiento informado para la intervención de su pie izquierdo, pero en el presente caso; **se trata de un riesgo de carácter general no asociado a la intervención concreta a la que fue sometida, por lo que no resulta procedente su previsión en dicho documento.**

En este sentido, **la jurisprudencia** ha puesto de manifiesto la importancia de la utilización de formularios específicos de consentimiento pero también **ha advertido sobre la necesidad de "interpretar con flexibilidad un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica", así como sobre el problema que supondría la inclusión de información excesiva, puesto que, con ello "la atención médica puede convertirse en desmesurada, y en un padecimiento innecesario para el enfermo"** (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 y de 25 de abril de 2005).

DCJA 138/2016 pár. 42 a 44

Una vez llegados a este punto, centrado en la problemática del consentimiento informado, la Comisión recuerda en primer lugar su doctrina precedente sobre la relevancia, formas de presentación y consecuencias que puede comportar la omisión del citado consentimiento informado escrito (Dictamen 170/2009), en la que se señalaba que, **faltando una plasmación formal del consentimiento informado, se revierte la carga de la prueba, pesando sobre la Administración demostrar que el consentimiento ha tenido lugar en alguna de las formas admitidas** (verbal o escrita, tácita, implícita o presunta).

Esta doctrina tenía su sustento en jurisprudencia del Tribunal Supremo, siendo el resultado de una evolución: de considerar inicialmente el defecto u omisión del consentimiento informado como constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y, por tanto, indemnizable (STS de 4 de abril de 2000, RJ 2000\3258), a estimar más adelante como regla o principio que la mera falta o ausencia de aquel consentimiento informado no era indemnizable si no concurre el elemento antijurídico [entre otras, SSTS de 24-2-2010, RA 2010\1561; de 26 de marzo de 2002, (RJ 2002,3340); de 26 de febrero de 2004; 14 de diciembre de 2005; 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884); 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479); o las de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)].

La Comisión observa, sin embargo, que se ha abierto nuevamente otra línea jurisprudencial de sentido inverso, más exigente con el consentimiento informado (STS de 13-11-2012, RA 2012\1659), con arreglo a la cual **no cabe sostener la sustitución del consentimiento informado prestado de forma verbal cuando de intervenciones que exijan el consentimiento informado escrito se trate**, por entender que no lo ampara 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.

Recogiendo la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 13-11-2012 (RA 2012\1659), se señala: "Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar recientemente que tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012 (RJ 2012, 9270), dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas)".

Con arreglo a esa doctrina, cuando se demuestre que la consecuencia dañosa se produjo a raíz de una intervención quirúrgica realizada sin haberse prestado convenientemente el consentimiento informado del paciente plasmado por escrito, procederá reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, y la obligación de indemnizar al perjudicado en concepto de un daño moral o *pretium doloris*.

Esta corriente jurisprudencial parece seguirse así mismo por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sentencia de 17 de diciembre de 2014, JUR 2015\34865, y de 15 de octubre de 2013).

A la vista de lo expuesto, han de tomarse en consideración una serie de circunstancias que se concitan en el caso analizado: inexistencia de un documento suscrito de consentimiento informado; complicaciones; resultado fatal para el paciente subsiguiente a una intervención quirúrgica programada, sin que concurriera por tanto ninguna de las excepciones que en la citada Ley 41/2002 amparan la ausencia de su plasmación en la forma descrita [notas de riesgo urgente inmediato y grave que además exige la doctrina constitucional (STC 37/2011)]; carencia de una acreditación fehaciente por parte de la Administración a fin de desvirtuar la señalada omisión; la documentación confeccionada con posterioridad a la práctica de la intervención e incorporada al expediente en un acto ulterior no parece ser suficiente a estos efectos conforme a doctrina jurisprudencial, como tampoco la presunción que se pretende extraer de la documentación restante sobre el conocimiento por el paciente de los riesgos o complicaciones que implicaba su sometimiento a la intervención prevista.

La Comisión se encuentra en condiciones de inferir de tales circunstancias que se produjo la infracción de los deberes de información del paciente, causándole un daño moral susceptible, en su caso, de ser indemnizado.

No obstante, la Comisión observa también que, **aunque en la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza a don FMF se vulneró el derecho al consentimiento informado, al tratarse este de un derecho de carácter personalísimo, no cabe reconocer cantidad indemnizatoria alguna por dicha causa a las reclamantes, familiares de la persona fallecida** (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de diciembre de 2014, JUR 2015\34865).

DCJA 190/2016 pár. 63 a 71

En atención a uno de los motivos que fundamentan la reclamación conviene asimismo recordar tres ideas centrales en relación con el consentimiento informado.

La primera, para reiterar que una jurisprudencia constante considera que **la falta o ausencia del consentimiento informado constituye en sí misma una infracción de la *lex artis ad hoc*** (por todas, STS de 2 de octubre de 2012, con cita de otras muchas).

Con la segunda consideración se viene a recordar que, **en orden a valorar la suficiencia o insuficiencia de la información** –cuestión suscitada en la reclamación– **que ha de proporcionarse al paciente para que otorgue su consentimiento sin error o ignorancia que lo desacredite o invalide, ha de estarse, por un lado, al carácter de la información** –completa, continua, escrita y esencialmente comprensible–. **Y, por otro, a la necesidad de interpretar la exigencia legal en términos razonables** pues su aplicación con rigidez dificultaría en exceso el ejercicio de la función médica, sin excluir incluso el rechazo por los pacientes de protocolos excesivamente largos o inadecuados.

La tercera idea destaca que, **si bien la ausencia o prestación incorrecta del consentimiento causa un daño moral independiente de si el acto médico se ha acomodado o no a la praxis médica exigible en el caso, sí se exige una relación causal** entre el acto médico y el daño físico que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, el incumplimiento del deber de informar devendrá irrelevante (y, por tanto, no dará derecho a indemnización) si el resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o en la asistencia sanitaria (entre otras, SSTS de 3 de abril de 2012, 2 de octubre de 2012 o 9 de octubre de 2012).

DCJA 230/2016 pár. 56 a 59

Como criterio de cierre, **el inspector, en su informe, determina que (i) aunque ciertamente no se menciona en el documento de consentimiento informado el concreto "síndrome de cola de caballo", a diferencia de lo que sucede en otros modelos de consentimiento informado para esta cirugía (lo que, a su juicio, no se entiende por tratarse de un riesgo cuya probabilidad no es remota),** (ii) "Esta deficiencia en la información suministrada no tiene, por las razones expuestas, la relevancia que pretende darle el interesado. Incluso en el supuesto de que la omisión de la mención concreta se considerara inadecuada, habría que valorar su trascendencia en la merma de la autonomía de la paciente y de su poder de decisión, que es en definitiva lo que se trata de preservar. Tratándose de una cirugía insoslayable de hernia discal nada permite suponer que una referencia más precisa a un concreto riesgo infeccioso, (el del «síndrome de cola de caballo») pudiera haber hecho que el paciente se replanteara consentir a esa cirugía".

Al estudio de la forma en que se llevó a cabo la intervención y se prestó el consentimiento por el paciente, el informe de la Inspección añade una última consideración que refuerza la inexistencia de responsabilidad patrimonial por el daño reclamado, desde otra perspectiva.

Señala, así, en su último análisis que, **si bien cabe aceptar que el síndrome de cola de caballo con afectación de esfínteres puede razonablemente considerarse una secuela neurológica del desgarro dural acaecido durante la cirugía, no puede establecerse esa misma correlación causal entre ese incidente y la sintomatología que padecía don DNB cuando formula su reclamación.**

En apoyo de esta afirmación, el informe expone dos motivos.

El primero señala que el cuadro clínico inicial del que fue tratado el paciente tuvo una evolución muy favorable ("ya en diciembre de 2013 se pudo iniciar una pauta descendente de cateterismos, en enero de 2014 se constató que, aun persistiendo hipostesia S3-S5, el paciente tenía reflejo anal y conseguía contracción voluntaria de esfínter y en abril de 2014 dejaron de ser necesarios los cateterismos, iniciándose pauta descendente de la medicación que tomaba y quedando pendiente sólo de revisiones semestrales").

Ello permite al inspector afirmar que "En esas fechas, por tanto, el cuadro clínico correspondiente al síndrome de cola de caballo no era ya, en absoluto, el que describe el Interesado («(...) continúa padeciendo (...)») en su escrito".

El segundo motivo radica en que "…el cuadro clínico que presentaba el paciente cuando formuló su reclamación se inició a finales de mayo de 2014, cuando el paciente acudió a consulta refiriendo dolor lumbar mecánico, así como sensación de

llenado y vaciado vesical y urgencia miccional, lo que a juicio de la especialista de la Unidad de lesionados Medulares no se correspondía con lo esperable de la lesión («vejiga neurógena») producida por el daño quirúrgico".

El informe, tras repasar los actos médicos de seguimiento del paciente desarrollados a partir de octubre de 2014 por parte de la Unidad de lesionados medulares y del Servicio de neurocirugía y de las exploraciones radiológicas (RMN de columna completa de 12.03.15, julio 2015 y 16.02.16), concluye que "la clínica iniciada el 29.04.15 no está relacionada con el síndrome de cola de caballo secundarlo al desgarro dural producido durante la intervención quirúrgica efectuada el 27.11.13, habiéndose constatado la existencia de: 1) una lesión a nivel D7-D8 («pequeña cavidad hidrosiringomiélica posterolateral izquierda y mielopatía adyacente») de carácter inespecífico, posiblemente relacionada con cambios secundarios a la patología degenerativa discal de vecindad y 2) una hernia dorsolateral, a nivel L5-S1, de nueva aparición".

Esto es, **se razona y afirma que la situación clínica actual de don DNB no está relacionada con la intervención de hernia discal** realizada el 27 de noviembre de 2013.

Por tanto, **ello no sólo aleja el daño reclamado de la intervención de hernia discal sino que también, según lo señalado al inicio, las supuestas incorrecciones en la prestación del consentimiento que se alegan serían irrelevantes al no existir la necesaria relación causal entre aquel daño y el acto médico para el que se prestó dicho consentimiento.**

DCJA 230/2016 pár. 101 a 110

Por la praxis

Lo dicho es suficiente para desestimar la reclamación. No obstante, a la vista del análisis de la propuesta resolutoria, no está de más dejar aquí constancia de que, de no apreciarse la prescripción del derecho a reclamar, a juicio de la Comisión la reclamación estaría abocada al fracaso.

Ello es así porque –expuesto de forma sucinta– la valoración de la documentación que obra en el expediente, así como el informe de la Inspección médica, nos conducen a las siguientes conclusiones: en primer lugar, no han resultado acreditados los hechos alegados por la reclamante en sustento de su pretensión ni su conexión causal con el daño alegado; y, en segundo lugar, no se puede afirmar que haya existido un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, y, por tanto, una infracción de la *lex artis ad hoc*. No concurren, por tanto, los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial pretendida.

En efecto, como pone de relieve el inspector médico, **no hay en el expediente ninguna constancia de que se prescribiera a doña CCM un tratamiento con *tetraciclina*** (ni en los años que indica –en 1975 y 1976–, ni en un momento posterior) **por parte de su médico pediatra o médico de atención primaria**. Como puntualiza el inspector, "en aquellos años no había historias clínicas o registros y, menos aún, en atención primaria".

Aunque el inspector considera que **puede ser creíble que un médico pediatra prescribiera a doña CCM un tratamiento antibiótico con *tetraciclina*, cuando tenía 6 o 7 años, y que ello le pudiera haber afectado al esmalte dental con decoloración del mismo, sin embargo, concluye que "no puede afirmar con rotundidad** que se produjera una vulneración de la Lex Artis en la medida en que esos tratamientos eran muy comunes y los médicos, muy probablemente, desconocían que las tetraciclinas produjeran ese efecto secundario; tratándose, por otra parte, de una medicación de gran efectividad frente a las enfermedades infecciosas".

Antes de llegar a esa conclusión, en el análisis del caso, reseña el inspector que, **pese a conocerse desde principios de los años 60 que "las tetraciclinas pueden producir hipoplasia del esmalte de los dientes, así como coloración amarillo-grisácea de los mismos, sobre todo de la dentición no permanente" –efectos que "guardan relación directa con la dosis del antibiótico"–, el acceso al conocimiento de la evidencia científica sobre los efectos beneficiosos y, especialmente, secundarios de la medicación en los años 70 "estaba condicionada a la información que proveía el representante comercial del laboratorio farmacéutico correspondiente"**. Además señala que "No se puede saber cuándo se divulgó entre la comunidad médica en España la información de los efectos secundarios de las tetraciclinas. Por el contrario, estos tratamientos eran efectivos y supusieron una contribución importante para tratar las enfermedades infecciosas, que eran la mayor causa de mortalidad antes de la aparición de los antibióticos".

De ello concluye el inspector que "Tampoco podemos saber si el médico pediatra de su municipio conocía los posibles efectos secundarios de las tetraciclinas", dado que "la decoloración no era inmediata sino que era efectiva con la aparición de los dientes que se estaban formando cuando se produjo el tratamiento".

Asimismo, el inspector hace constar las limitaciones existentes en aquellos años para dispensar otros tratamientos alternativos: "El arsenal terapéutico existente en aquellos años era también muy inferior del actual, comercializándose en esa época las primeras penicilinas orales".

En cuanto a la retirada del mercado del medicamento que menciona la reclamante (*Broncofenil Forte*®) cabe apuntar que fue excluido de la financiación por la Seguridad Social en el año 1998 (mediante el Real Decreto 1663/1998 de 24 de julio, que amplía la relación de medicamentos excluidos de la financiación por la Seguridad Social establecida por el Real Decreto 83/1993 de 22 de enero); y que, según resulta del artículo 94 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, tales exclusiones –que no suponen necesariamente una retirada del mercado– se realizan teniendo en cuenta diversos factores, especialmente, la evolución del criterio de uso racional, el desarrollo de los conocimientos científicos y el necesario control del gasto público en el ámbito sanitario.

En definitiva, a modo recapitulatorio, no se ha podido probar la circunstancia fáctica sobre la que doña CCM sustenta la reclamación (la ingesta de *tetraciclina* prescrita por un facultativo médico), y, aun suponiéndola cierta –al igual que su vinculación causal con el daño padecido en la dentadura–, **ese daño no sería antijurídico, porque, con arreglo al estado de la técnica y la ciencia médica en el momento en que supuestamente fue administrado el medicamento, no se puede asegurar que el facultativo pudiera conocer los efectos secundarios apuntados.**

DCJA 19/2016 pár. 21 a 29

A la vista de los datos que ofrece el expediente y de los informes médicos que se han emitido en el procedimiento, **la Comisión estima** –al igual que hace el inspector médico– **que ha existido una demora excesiva e injustificada en la práctica de la intervención quirúrgica prevista para doña GCS. Los informes de los servicios afectados no han ofrecido ninguna explicación para esa demora, pese a haber solicitado el inspector una aclaración específica respecto a esa cuestión.**

Dicha demora, conforme al parámetro normativo que define el estándar razonable de funcionamiento del servicio sanitario en ese aspecto, constituye un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria.

Como hemos recordado en nuestro Dictamen 144/2015 –con mención a lo que ha dicho también el Consejo de Estado sobre las listas de espera, por todos en el expediente 1774/2005–, entre los derechos de los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud que recoge el artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se encuentra el de recibir asistencia sanitaria en su comunidad autónoma de residencia en un tiempo máximo en los términos recogidos en el artículo 25. En ejecución de la previsión de ese artículo 25, fue dictado el Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma, el Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes con cargo al sistema sanitario de Euskadi, completa el régimen jurídico aplicable.

A la vista de las previsiones de ese decreto, se puede afirmar que en este caso el inicio del cómputo del plazo para el acceso al procedimiento quirúrgico se produjo el 22 de julio de 2011 (momento en que se incluyó a la paciente en la lista de espera quirúrgica); y que, para cuando se realizó la intervención, el 11 de febrero de 2014, habían transcurrido más de dos años y medio, superando, por ello, el plazo máximo de garantía para realizar la intervención quirúrgica, contemplado en el artículo 4 de esa norma, de 180 días naturales, sin que conste ninguna circunstancia ni justificación que pudiera explicar la concurrencia de una justa causa para su suspensión temporal (prevista en el artículo 9 del decreto referido), ni que se haya producido alguno de los supuestos de su artículo 8, que dejan sin efecto la garantía de respuesta en plazo.

La mera superación del plazo no es constitutiva de un funcionamiento anormal porque pueden existir motivos que justifiquen la demora, sin que resulte, solo por ello, un retraso antijurídico (en el artículo 6 del Decreto 65/2006 se prevé que, en el caso de que la persona afectada solicite autorización para la atención en otro centro, el

Director médico del hospital debe realizar un informe en el que "se indicarán las circunstancias relativas a la situación de espera que afecta al paciente"). **Pero en este caso se desconocen totalmente las causas que han conducido a la demora, ya que nada se ha argumentado ni probado por parte del servicio presuntamente responsable, que es el que se encuentra en condiciones de acreditar, en su caso, que se había producido alguna circunstancia singular que impedía el cumplimiento de lo establecido en el citado decreto.**

En ese contexto la Comisión, al igual que en el ya mencionado Dictamen 144/2015, hace suyas las consideraciones formuladas por la STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001\9178), que, en su fundamento de derecho quinto se refiere al denominado "régimen de cola":

> El llamado régimen «de cola» es criterio –alumbrado de antiguo– que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar.
>
> Pero las razones por las que la Sala de instancia ha condenado a la Administración sevillana a pagar son distintas y han sido explicadas en la parte final del fundamento cuarto. Porque era necesario explicar –y era el Servicio de la Salud el llamado a hacerlo y no lo ha hecho– por qué no había angiólogo de guardia. Y era necesario explicar también y era el Servicio andaluz de la Salud el que tenía la carga procesal de hacerlo, y tampoco lo ha hecho, porqué el Hospital de la Virgen Macarena no pudo hacerse cargo del paciente.
>
> No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados –lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común– sino de probar que los medios materiales y personales disponibles dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en «la cola».
>
> Ninguna objeción formula la sentencia impugnada –ni tampoco nuestra Sala– al comportamiento de los médicos que intervinieron en el caso (...).
>
> Pero la responsabilidad extracontractual de la Administración es objetiva, y es en esta «falta del servicio» –como dice la doctrina francesa: «faute de service»– en la que se basa la declaración de responsabilidad del Servicio andaluz de la Salud.

En concordancia con esa doctrina, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el fundamento de derecho séptimo de su sentencia de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2005\213205), se remite a la de 29 de octubre de 2003 y a la de 31 de mayo de 2000, y recuerda que los medios materiales y humanos de la Administración sanitaria, que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria, a cierto número de beneficiarios, son limitados; y que en ese contexto la llamada lista de espera "es una realidad en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal"; así como que: "Desde la juridicidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en la calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por el contrario el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramiento o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada".

Con lo dicho podemos ya alcanzar una primera conclusión respecto al caso sometido a consulta: **ha existido un funcionamiento anormal en la gestión de la lista de espera quirúrgica, con un resultado dañoso consistente en el quebranto moral por la espera al no recibir la paciente la asistencia debida en el tiempo adecuado. Se concitan, por ello, los requisitos precisos para que surja el derecho a la indemnización por ese concepto.**

Ahora bien, una cosa es que en este caso exista un mal funcionamiento del servicio de la naturaleza apuntada –resarcible como daño moral– **y otra muy diferente que del mismo se hayan derivado, además, otros daños distintos, como pretende la interesada, a la que incumbe la carga de la prueba, ante el resultado de la valoración técnica efectuada por la Inspección médica** –que se ha expuesto anteriormente–.

En efecto, **el inspector concluye que "no se ha podido apreciar que exista una actuación contraria a la lex artis", que no se ha podido demostrar que la demora en la intervención colocara de hecho a la paciente en una situación de peores o menores posibilidades de alcanzar los resultados esperables, y que el resultado final ha**

sido la recuperación (con resolución de una complicación de hematoma, que, además, se encontraba prevista en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente; y sin que conste que finalmente haya precisado tratamiento estético). Dice a ese respecto el inspector en su informe: "(…) no se ha observado una consecuencia negativa concreta, derivada de esa posibilidad de aparición/crecimiento tumoral, pues se refiere que el tumor fue extirpado con la cirugía y su tratamiento con I-131, por lo que el posible riesgo de peores resultados no se habría hecho efectivo".

De contrario, como ya se ha avanzado, la interesada no ha aportado prueba ni dictamen médico que ampare su pretensión basada en la existencia de otros daños físicos o secuelas porque la demora en operar incrementó el riesgo quirúrgico, disminuyó el éxito de la intervención o, incluso, supuso un retraso en la recuperación quirúrgica. Como nada se ha acreditado al respecto por medio de los informes técnicos adecuados y suficientes, y el inspector médico ha señalado que no se ha podido demostrar la hipótesis de que la paciente se colocara "en una situación de peores o menores posibilidades de alcanzar los resultados esperables", y, además, que el resultado final ha sido la recuperación médica, podemos formular una segunda conclusión: **no procede el reconocimiento de cantidad alguna por esos otros conceptos invocados por la reclamante.**

Es más, de la historia médica de la paciente se extraen datos relativos a que no sufrió molestias durante la espera, y así lo reflejan las anotaciones médicas de la consulta del Servicio de endocrinología del Hospital … de 12 de julio de 2011 ("No disnea, ni disfagia, ni disfonía"); la del Servicio de endocrinología del Hospital … de 17 de octubre de 2013 ("No disnea, ni disfagia, ni disfonía. No refiere clínica de disfunción tiroidea"); y la del Servicio de cirugía general del mismo Hospital … de 11 de noviembre de 2013 ("Refiere no molestias").

DCJA 49/2016 pár. 55 a 67

A juicio de la Comisión, en el supuesto analizado ha quedado demostrado que **la Administración sanitaria puso los medios para conseguir un resultado satisfactorio en el tratamiento quimioterápico al menor, con aplicación de los protocolos vigentes; así como que facilitó a sus progenitores la información sobre los riesgos y posibles complicaciones implícitos en esos tratamientos y en los mecanismos para llevarlos a cabo.**

Pese a ello, no se alcanzó el resultado deseado y se manifestaron algunos de los riesgos inherentes a la terapia y a la utilización de catéter central con reservorio subcutáneo para facilitar la administración de medicamentos y la extracción de sangre, de los que habían sido advertidos.

En ese sentido, es reseñable que en el apartado de riesgos del procedimiento y del tratamiento ubicado en el documento de consentimiento informado "para el tratamiento de procesos malignos infantiles", suscrito el 30 de agosto de 2012 por la madre de ELDA, se recoge, entre los efectos secundarios inmediatos derivados del tratamiento quimioterápico, como efecto indeseado "el que se deriva de la posible extravasación local de un medicamento y el consiguiente riesgo de quemadura de la piel y tejidos circundantes a la zona de la extravasación. Este riesgo se reduce con el uso de catéteres centrales (…)".

Asimismo, en el apartado del documento de consentimiento informado "para colocación de catéter central con reservorio subcutáneo", suscrito por el padre de ELDA el 6 de septiembre de 2012, relativo a las "complicaciones derivadas de la utilización" del catéter central con reservorio subcutáneo, constan expresamente: "infección y/o sepsis que obligue a su retirada, obstrucción del catéter por trombosis, rotura del catéter, movilización y/o intolerancia del reservorio, trombosis o tromboflebitis de la vena donde se implanta, ulceración cutánea en la zona de la cámara (…)".

Entiende la Comisión que, frente a lo que alega **la parte reclamante, la fuga a nivel de la unión catéter-reservorio apreciada en la intervención de 18 de noviembre de 2013 para retirar el catéter central y sustituirlo por otro, por extravasación de citostáticos, no resulta ajena a los riesgos descritos, que comprenden incluso la posible rotura del catéter.**

Se documenta, además, en el expediente que **las complicaciones se fueron abordando de forma rápida, conforme a los protocolos en vigor y que el menor recibió una atención médica continuada, sin que se encontrara en ningún momento desasistido.**

En definitiva, por los motivos expuestos, la Comisión no puede calificar el daño sufrido por los padres del menor ELDA como lesión antijurídica vinculada causalmente al funcionamiento anormal del servicio sanitario ni, por ello, indemnizable en virtud de lo previsto en el artículo 139 LRJPAC.

No existe, por tanto, responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en relación con la reclamación presentada por los padres del menor ELDA: ni por el daño moral propio que alegan asociado al dolor por el sufrimiento padecido por su hijo como consecuencia de las complicaciones apuntadas; ni respecto a los daños sufridos por el niño, por haberse extinguido el derecho al ejercicio de la acción por sus progenitores.

DCJA 50/2016 pár. 76 a 83

La reclamante considera que, ante un diagnóstico erróneo de "hipoacusia y acúfenos", los especialistas del Centro de Salud … se limitaron a realizar audiometrías y resonancia magnética, obviando la realización de un TAC de cabeza y cuello que habría servido para confirmar el diagnóstico correcto de otosclerosis. La falta de correcto diagnóstico impidió a la paciente optar por la intervención quirúrgica adecuada en la asistencia pública ya que en Osakidetza insistían "en que la pérdida auditiva no es recuperable".

En definitiva, **la reclamante imputa el daño sufrido a una actuación negligente de los facultativos** del Servicio de otorrinolaringología **porque considera que no se le atendió con todos los medios disponibles en la sanidad pública** (método diagnóstico –TAC– e intervención quirúrgica).

De los informes que obran en el expediente –único elemento de juicio de que dispone esta Comisión para emitir su opinión sobre la consulta planteada– puede extraerse la conclusión de que la asistencia prestada a la reclamante no fue acorde con la *lex artis*.

En este sentido, el artículo 141.1 LRJPAC dispone que "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos", lo que, *a sensu contrario*, significa que **la Administración vendrá obligada a indemnizar los daños ocasionados por la no aplicación de conocimientos o técnicas existentes.**

Esta conclusión ha de ser matizada en el sentido de que no se puede exigir a **la sanidad pública la atención sanitaria deseable sino la posible, dado que la cartera de servicios ha de acomodarse a la capacidad de gasto público.**

Y a la hora de valorar la asistencia prestada a la hoy reclamante, lo primero que ha de apuntarse es que fue tratada por los servicios de Osakidetza desde el mes de noviembre de 2010 hasta el mes de enero de 2014.

Interesa señalar también que durante ese tiempo se produjo una evolución negativa de pérdida de audición, al menos, del 13 % al 37 % en el oído derecho y del 22 % al 46 % en el oído izquierdo, de acuerdo con las primeras mediciones y con las realizadas en el centro privado.

En este tiempo, informa el jefe del Servicio de otorrinolaringología del Hospital Universitario …, no se encontró la causa de la hipoacusia, efectuándose un diagnóstico (hipoacusia neurosensorial) meramente auditivo.

El pronóstico de la sanidad pública señalaba que no era factible la recuperación de las facultades auditivas perdidas, pudiéndose paliar únicamente tal pérdida mediante la utilización de audífonos.

Informa el inspector médico que la otosclerosis, la enfermedad que sufría la reclamante, cursa con un crecimiento óseo anormal a expensas del hueso esponjoso del oído medio, se caracteriza por una pérdida progresiva de la audición, por fijación del estribo, y a veces también por lesión del oído interno. Frecuentemente los pacientes presentan ruidos en el oído llamados acúfenos, siendo su tratamiento quirúrgico la estapedectomía. El grado de recuperación depende de la mayor o menor afección, antes de la operación, del oído interno, siendo esta afección la que marca el límite de la posible recuperación de la audición.

Resulta, por otra parte, que doña MMMO acude a un centro médico privado en el que, tras las pruebas pertinentes, es diagnosticada de otosclerosis, practicándosele las intervenciones quirúrgicas de estapedectomía que tienen como resultado la recuperación de buena parte de las facultades auditivas perdidas.

Los resultados obtenidos, tras el diagnóstico e intervención quirúrgica en el centro médico privado, indican que existen unos conocimientos y una tecnología adecuada para curar la enfermedad.

Que tal asistencia no puede ser ofertada a la paciente es algo que ha de ser justificado por la sanidad pública, y a tal efecto no sirve con alegar, como hace el jefe del Servicio de otorrinolaringología del Hospital Universitario …, que en dicho hospital no se dispone de la prueba de tomodensitometría, a través de la cual considera que fue detectada la enfermedad en el Instituto ... Se supone que Osakidetza tiene la posibilidad de solicitar la realización de tal prueba en otro centro del sistema público o del privado, prueba que en el aspecto económico ha costado 300 euros, cantidad perfectamente asumible por la sanidad pública.

Sin querer entrar en valoraciones médicas, la Comisión considera mala praxis el hecho de que en el espacio temporal de más de tres años en que los servicios de Osakidetza atendieron a la paciente, observándose una paulatina pérdida de audición, no llegaran a diagnosticar la enfermedad, ni sugiriesen la sospecha de que pudiera tratarse de una otosclerosis, cuando en otro centro fue diagnosticada y tratada con éxito.

En cuanto a la no solicitud por parte de la paciente de una segunda opinión médica en la red pública, en relación con lo regulado en el Decreto 149/2007, de 18 de septiembre, del ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en el Sistema Sanitario de Euskadi, que alega la Administración sanitaria para justificar la no procedencia de indemnizar por los gastos del tratamiento médico, como se ha dicho, ello podría oponerse razonablemente en un expediente de resarcimiento por gastos médicos, pero en un expediente de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos lo que se ha de analizar es el daño sufrido por la persona reclamante, daño que no tenga el deber jurídico de soportar.

En este caso, **no consta que se le informara a la paciente sobre tal derecho, y sí que se le indicó que la pérdida de las facultades auditivas no tenía cura y que lo único que cabía era la utilización de audífonos.**

Y para terminar, interesa también indicar como última observación, que según indica el informe de la Inspección médica, el éxito del tratamiento depende de la mayor o menor afectación del oído medio antes de la intervención quirúrgica, por lo que parece que el tiempo que se tarde en llevar a cabo la intervención resulta relevante para el éxito del tratamiento, razón que conduce a pensar que la decisión de la paciente de acudir al centro privado cuando lo hizo pudo resultar crucial para evitar daños mayores.

DCJA 76/2016 pár. 40 a 56

A la vista de lo expuesto, la Comisión coincide con la conclusión alegada por el inspector médico en el sentido de que no hay situación de abandono ni evidencia de mala praxis alguna. Antes al contrario, como recoge la historia clínica y resume el informe del Jefe del Servicio de traumatología, doña SFL ha sido objeto de constante seguimiento y las decisiones que contribuyeron a prolongar la demora en lista de espera quirúrgica fueron objeto de debate entre ella y su médico, alcanzando de consuno la conclusión de que era procedente esperar para ver los avances de la técnica en prótesis de cadera que permitieran una mejor y más eficaz intervención.

Esta conclusión se refuerza si reparamos en que, al margen del Servicio de traumatología, desde el Servicio de atención al paciente y usuario, vista la demora que se estaba produciendo, propusieron por hasta tres veces la derivación a otro centro sanitario público para realizar la intervención, pues esa es la solución que aporta el artículo 6 del Decreto 65/2006, de 21 de marzo, por el que se establecen los plazos máximos de acceso a procedimientos quirúrgicos programados y no urgentes a cargo del sistema sanitario de Euskadi.

La derivación propuesta fue rechazada en todas las ocasiones por doña SFL, **quien expresamente manifestó que deseaba ser atendida en el Hospital … y, precisamente, por el doctor …, lo que exonera a la administración de seguir prestando la garantía de respuesta a que viene obligada por el Decreto 65/2006**, según determina su artículo 8.

En consecuencia, la Comisión Jurídica considera que el cronograma seguido por la administración sanitaria en la atención prestada a la reclamante fue conforme a la *lex artis* y sin infracción de la norma reglamentaria citada, lo que determina que los daños alegados por aquella no son antijurídicos.

DCJA 86/2016 pár. 52 a 55

Por la pérdida de oportunidad

Dicho lo anterior, para completar el análisis del caso, procedemos a **valorar la procedencia del reconocimiento de responsabilidad patrimonial desde la perspectiva de una pretendida pérdida de oportunidad de evitar la infección por neumococo que finalmente condujo al lamentable fallecimiento** de JSV, **si no se le hubiera suspendido el tratamiento con antibiótico** recibido desde la extirpación del bazo (actuación sanitaria que el inspector médico ha considerado adecuada, según lo expuesto); **así como la pérdida de oportunidad de curación o evolución distinta de la enfermedad si no se hubiera producido la apuntada demora de unas horas en la instauración del tratamiento antibiótico al menor en el Servicio de urgencias.**

En cuanto a la primera situación, las circunstancias en las que se tomó la decisión de suspender el tratamiento han sido ya suficientemente explicadas. De la demora en instaurar el tratamiento en el Servicio de urgencias da noticia también el inspector médico: "En un niño asplénico es obligada la antibioterapia en cuanto se sospecha un proceso infeccioso… En este caso concreto, esa sospecha debió de darse a partir de las 3:30 h aproximadamente, según los informes médicos… Consta la hora de administración de clindamicina más de dos horas después de esa sospecha de sepsis pero no consta en la documentación disponible (y no, lo aclara, pues no llega a ese grado de concreción; el informe explicativo del Jefe de servicio de urgencias) la hora en que administró la penicilina G que pudo ser anterior. Si la antibioterapia no se inició hasta las 6 h., la demora habría sido de 2.30 h., que sería el tiempo transcurrido desde que se sospechó cuadro séptico".

Entendemos que ninguno de los dos supuestos planteados son subsumibles en la doctrina conocida como "pérdida de oportunidad" de curación, mejora de pronóstico o evolución distinta de la enfermedad como consecuencia de aquella.

Para situarnos en ese marco y decidir desde los criterios propios de esta, como recuerda la STS de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2016\55), es preciso alcanzar una razonable certeza de que "la actuación médica que hubiera debido prestarse y no se prestó a partir de algún momento de la asistencia recibida por el enfermo habría evitado el resultado lesivo finalmente instaurado".

Venimos insistiendo en que para que esa teoría sea operativa han de concurrir dos presupuestos: I) que el perjuicio por el que se reclama traiga causa del funcionamiento del servicio sanitario (incluyendo "la gestión de medios sanitarios", según terminología aceptada en la STS de 9 de octubre de 2012 –RJ 2012\10198–) que haya afectado al curso de la enfermedad y al tratamiento para combatirla (Dictamen 198/2011); y II) que la incertidumbre causal sea estricta o, lo que es lo mismo, que las posibilidades de evitación del daño sean serias y reales, dotadas del correspondiente sustento probatorio (Dictamen 207/2008).

Para resolver esa cuestión, solo contamos con la información que facilitan **los especialistas y el inspector médico** (ha de valorarse que nada se ha probado por la parte reclamante frente a sus argumentos y conclusiones), que, por una parte, **han descartado que la ausencia de la medida antibiótica profiláctica haya incidido en la aparición de la infección** (concluye el inspector: "no se ha probado que la quimioprofilaxis proteja efectivamente contra esa sepsis, salvo en casos muy especiales"); **y,** por otra, **han puesto de relieve la naturaleza fulminante del cuadro séptico, con un grado de mortalidad muy alto, sin que, por ello, pueda determinarse en qué medida incidió en su evolución la demora referida.**

Dice al respecto, de forma concluyente, el inspector: "El paciente falleció, pese a las correctas medidas adoptadas –primero en Urgencias y posteriormente en la UCI pediátrica–, por la altísima letalidad asociada a la muy rara sepsis por neumococo en este tipo de pacientes". Y el Servicio de urgencias de pediatría del HU ha informado en el mismo sentido, como hemos reproducido anteriormente: "Desgraciadamente, el shock séptico resultó refractario a todos los tratamientos utilizados, progresando a fallo multiorgánico y muerte. Estas ocasiones, la agresividad del germen y factores dependientes del paciente, hacen que las infecciones invasivas progresen de manera fulminante, haciendo inútiles los esfuerzos terapéuticos utilizados".

En definitiva, por los motivos expuestos, la Comisión no puede calificar el daño sufrido por la madre del menor JSV como lesión antijurídica vinculada causalmente al funcionamiento anormal del servicio sanitario ni, por ello, indemnizable en virtud de lo previsto en el artículo 139 LRJPAC.

DCJA 61/2016 pár. 56 a 63

Siendo esto así, se constata que nos enfrentamos a un supuesto de **"pérdida de oportunidad"** ya que **el funcionamiento anormal del servicio ha consistido en la intervención quirúrgica tardía** del tercer dedo que "muy probablemente", es decir, sin certeza, ha podido influir en que el resultado de dicha intervención (necesaria por haber padecido el reclamante un accidente) haya tenido unas consecuencias peores.

Esta circunstancia condiciona la delimitación del daño y su cuantificación, puesto que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de octubre de 2011 o 22 de mayo de 2012), en estos casos, **el daño indemnizable es el de la probabilidad de obtener un mejor resultado, no la totalidad del producido.**

Precisamente –destaca la doctrina jurisprudencial– la pérdida de oportunidad se caracteriza por la **incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida** (o, como sucede en este caso, tardía) **pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido un efecto beneficioso y el grado, entidad o alcance de este mismo.**

Se trata, siempre según la jurisprudencia, de **indemnizar**, no el daño correspondiente al hecho acaecido, sino **la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber seguido el funcionamiento del servicio otras pautas de actuación**. De ahí, que para su valoración se acuda al símil del daño moral, al no contarse con parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias específicas que presente el caso.

Por tanto, en el caso la cuestión que se plantea radica, en realidad, en determinar el **alcance del daño y su cuantificación**. En ambos aspectos se advierte una gran disparidad entre la posición del reclamante –que pide 120.000 €– y la de la propuesta de resolución –que fija la indemnización en 22.994,77 €–.

Para nuestro examen, en primer término, conviene detenernos en el examen de los perfiles del daño, para abordar luego su cuantificación.

A tal fin, antes debemos recordar las reglas que rigen la distribución de la carga de la prueba haciendo especial hincapié en el principio rector, según el cual, a quien afirma un hecho compete su prueba, mediante los medios que estime más adecuados. Como a continuación se constata, el reclamante no ha cumplido con esa tarea a la hora de ofrecer el obligado soporte fáctico a su pretensión indemnizatoria.

Del examen de lo probado por el reclamante, comprobamos que junto a su inicial reclamación aporta el informe de 15 de noviembre de 2013, elaborado por Dr. …, Traumatólogo, Médico del trabajo y Valorador del daño corporal, "para la valoración funcional de las lesiones que presenta en su mano derecha secundarias a un accidente laboral".

Durante el trámite de audiencia, para acreditar la repercusión de la lesión en las distintas áreas de la vida profesional y diaria, aporta copia de la demanda de incapacidad permanente presentada ante el Juzgado de lo Social que se dirige contra la Resolución del Director Provincial del INSS de 26 de febrero de 2014 denegatoria de la prestación solicitada por no alcanzar las lesiones padecidas un grado suficiente de disminución de la capacidad laboral para ser constitutivas de incapacidad permanente. Cabe constatar que en dicha demanda se afirman –pero no se acreditan– las concretas limitaciones que han supuesto las lesiones para la vida profesional y diaria del reclamante.

Con su segundo escrito de alegaciones presenta una actualización –fechada el 4 de enero de 2016– del inicial informe de valoración del daño corporal al que se añade la siguiente consideración: "Valorado a la fecha de este informe se mantienen las secuelas existentes presentando como nueva secuela una desviación cubital del 3 dedo como consecuencia del no funcionamiento correcto de los tendones flexores y extensores de dicho dedo".

De lo instruido se concluye asimismo que no existe acreditación sobre los perjuicios de orden económico (efectiva y real minoración de ingresos durante los ocho meses que establece el reclamante como periodo).

En el examen de lo aportado por el reclamante, se observa que el informe aportado tiene como finalidad la valoración funcional de las lesiones para el desarrollo de las funciones laborales y, en consecuencia, se centra en las lesiones que presenta la mano derecha y las limitaciones que introducen en las funciones de dicha mano, especialmente para el desarrollo de la actividad profesional de …

Ello a lo que aquí interesa, supone tomar como daño indemnizable la entera situación del reclamante tras el accidente : (i) sin distinguir la lesión del segundo dedo (amputación a nivel interfalángico) de la del tercero; (ii) sin tomar

en consideración que este dedo también se vio afectado por el lamentable accidente y (iii) con olvido de que las secuelas de dicho dedo no derivan de la práctica de una intervención quirúrgica contraria a la *lex artis*, sino de una demora en su realización.

Por ello, la utilidad del informe aportado en el ámbito de la responsabilidad patrimonial es muy escasa por cuanto el daño a valorar ha de contraerse al sufrido en el tercer dedo, más precisamente, al que quepa anudar a la tardanza en la intervención (y no, a ésta misma). En otras palabras, el daño a tomar en consideración será el que quepa identificar con la agravación de la situación de partida, puesto que el tercer dedo también se vio afectado por el accidente.

En suma, no cabe, como hace el reclamante incluir en el daño la repercusión profesional de todas las secuelas, ni la limitación para el desarrollo de las actividades de la vida derivadas de aquellas –que, por otro lado, según lo señalado, se afirman pero no se acreditan debidamente–.

La Comisión considera que el daño a valorar es el que describe el informe de la Inspección del que cabe concluir que la intervención quirúrgica temprana del tercer dedo hubiera aumentado las posibilidades de mejorar la flexión, pero del que no cabe inferir que las limitaciones del tercer dedo no se hubieran producido en ningún caso de haberse operado a tiempo.

DCJA 81/2016 pár. 41 a 56

En este supuesto, nos encontramos ante diferentes informes médicos que manifiestan criterios u opiniones profesionales que no constatan hechos o verdades inatacables sino que están sujetos a interpretaciones y apreciaciones diferenciadas.

En todo caso, a pesar de su diferente enfoque, los informes vienen a admitir la dificultad existente, desde el punto de vista de imagen radiológico, para diferenciar las neoplasias ováricas primarias de las secundarias y que, muchas veces, el tumor primario pasa desapercibido a los métodos de diagnóstico por imagen. Así, la valoración que se hizo de las imágenes hipodensas milimétricas en lóbulos hepáticos se etiquetaron de inespecíficas, lo que condicionó que el diagnóstico se orientara hacia una patología ginecológica, descartándose otro tipo de actuaciones diagnósticas.

Ahora bien, también parece constatarse que las metástasis ya se encontraban presentes en el momento de la TAC inicial y que, tal y como el propio servicio admite, su diagnosticó se retrasó, lo que influyó en el fatal desenlace y que este pudiera haber sido otro de haberse diagnosticado la patología seis meses antes.

Así las cosas, tras valorar los diferentes informes existentes en el expediente, esta Comisión considera que nos encontramos ante una **actuación médica que determinó una pérdida de oportunidad a la hora de diagnosticar la patología de la paciente**, que pudiera haber conducido a instaurar un tratamiento más temprano con posibilidad de intervención quirúrgica, que hubiera supuesto a la paciente una mejor calidad de vida durante cierto periodo y una mayor duración del tiempo de supervivencia.

Es decir, **la existencia de esa pérdida de oportunidad ha sido decisiva para minorar en la paciente las posibilidades de supervivencia,** de manera que en el momento que se dio el diagnóstico correcto las posibilidades de supervivencia eran ya inexistentes pues, ante el inexorable avance de la enfermedad, las posibilidades de poder aplicar un tratamiento efectivo eran nulas.

Estos padecimientos, debidos a que no se efectuaron las pruebas oportunas para posibilitar un diagnóstico que posibilitara el descubrimiento de la verdadera realidad del padecimiento, posibilitando la aplicación de otro tipo de terapias más tempranamente, **deben ser indemnizados por la Administración demandada ya que la paciente no tenía el deber jurídico de soportar una acción que no se ajustó a la *lex artis ad hoc*.**

DCJA 215/2016 pár. 71 a 76

H) Urbanismo

La reclamante sostiene que la causa fundamental del daño sufrido deriva de la demora del Ayuntamiento de Arrigorriaga en la aprobación del proyecto de reparcelación del sector residencial …

Concretamente, el dictamen del arquitecto don CSM, al que se remite el escrito de reclamación, señala que el objeto del mismo es valorar cómo ha influido en los resultados económicos del Plan Parcial la demora en la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación tras casi seis años de inacción municipal, cuantificando la devaluación del suelo entre los años 2007 al 2012.

Recoge también el informe pericial que, para la determinación del objeto del dictamen, se ha de establecer el plazo transcurrido entre la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, acordada por resolución municipal el 20-6-2012, y la fecha en la que previsiblemente debiera haber sido aprobada según la legislación vigente.

De acuerdo con dicha estimación, el informe calcula como plazo medio de demora –a los efectos de cuantificar los meses transcurridos entre la fecha estimada en que debiera haber sido aprobado, el mes de octubre del año 2007, y la resolución municipal recaída en el mes de junio del año 2012– un retraso de 56 meses.

Como se ha dicho, el escrito de reclamación añade al daño por depreciación del suelo, "los gastos ocasionados por la necesidad de acudir a la vía judicial para interponer los correspondientes recursos a fin de salvaguardar sus intereses".

La depreciación del valor del suelo en el tiempo estudiado lo calcula el dictamen aportado por la reclamante deduciendo del valor del suelo en el año 2007, el correspondiente al del año 2012, calculados ambos valores por el método residual dinámico.

Para justificar las cantidades gastadas en pleitos con el ayuntamiento, la reclamante aporta, como ha quedado recogido, certificación del secretario y tesorero de la Junta de Compensación.

En relación con la demora del ayuntamiento en la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación que señala la reclamante como causa del daño sufrido, la Comisión entiende que tal causa no es tal, dado que la actuación del ayuntamiento se situó en el marco del ejercicio de las potestades que le corresponden en garantía del cumplimiento de la legalidad urbanística, exigiendo las modificaciones e inclusiones en el proyecto de reparcelación que estimó necesarias.

Es la conclusión que se desprende, entre otras circunstancias, de los razonamientos de la sentencia nº 133/2012, de 2 de mayo de 2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Bilbao.

La anterior resolución judicial señala en el fundamento jurídico tercero que:

> … sostiene el Consistorio en esta sede jurisdiccional –aunque genuinamente debió hacerlo en la resolución expresa que le correspondía pronunciar–, que la Junta no cumplió en el Texto Refundido con las exigencias consistoriales ya que, en resumidas cuentas –amén de la cuestión material de la exigencia de presentación del nuevo Texto Refundido completo en sextuplicado ejemplar–, no se explicitaba con la claridad y rotundidad exigible el monto dinerario que habrían de percibir los aportantes de la finca 701, achacando al Texto Refundido en lo que a tal particular hace una enorme dificultad de intelección por la sucesión de cálculos y cifras, carentes de la justificación de la cantidad correspondiente, siendo prueba elocuente de ello la prueba pericial que se ha desarrollado en esta sede judicial a instancia de los originarios contendientes, en la que se ha mostrado como nada superfluo contar hasta con cuatro criterios técnicos, uno aportado por cada parte y otros dos peritos designados judicialmente a solicitud tanto de la Junta como del Ayuntamiento, lo que ha arrojado como resultado incontestado que la indemnización a favor de los propietarios de la reseñada finca 701 ha de ser la de 18.833'84 euros, aunque alcanzar tal conclusión no haya sido lo evidente que la Junta venía sosteniendo con insistencia, ni tan indescifrable ni injustificable como argüía el Consistorio, por lo que se presenta como lógicamente procedente el seguimiento de este proceso judicial como única forma de zanjar la discrepancia a través del presente pronunciamiento jurisdiccional.

Las razones anteriores conducen a entender que no puede ser considerada como lesión ilegítima el eventual daño derivado del tiempo empleado en la tramitación del proyecto de reparcelación porque el particular, en este caso la Junta de Compensación, vendría legalmente obligada a soportarlo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 141.1 LRJPAC.

Las relaciones entre el ayuntamiento y la Junta de Compensación no han tenido la fluidez que es de desear. En varias ocasiones, las diferencias entre las partes han tenido que ser dirimidas por los órganos jurisdiccionales, llegándose, incluso, a la vía penal, pero en ninguno de los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso administrativa se ha considerado abusiva la actuación administrativa, considerándose incluso, como se ha señalado, procedente el

seguimiento del proceso judicial para zanjar las diferencias en relación con la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación.

El proceso penal seguido contra el alcalde y varios funcionarios finalizó con el sobreseimiento de los imputados, por consideraciones similares a las vertidas en el apartado anterior.

Así se recoge en el fundamento jurídico quinto del Auto de 1 de abril de 2015, del Juzgado de Instrucción nº 7 de Bilbao (DP nº 2.286/13):

> … Me refiero al planteamiento que en general presenta la denuncia y los escritos de recurso en referencia a una actuación de diversos miembros del Ayuntamiento de Arrigorriaga, que han intervenido a lo largo de estos años en el proceso de urbanización que lleva a cabo la Junta denunciante. No se aprecia indicios de delito de prevaricación en base, sustancialmente, a que no se justifica de ningún modo la concurrencia de actos concretos que puedan configurar una arbitrariedad, o una «contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico»; elemento esencial del tipo de prevaricación.
>
> En la denuncia inicial no se concreta en qué consiste la exigible arbitrariedad o contradicción. Y tampoco puede pretenderse que sea una investigación criminal la que descubra su existencia cuando, ante meras sospechas alegadas en una denuncia, todo material que debiera configurar indicios ha estado presente para los denunciantes y no solo para ellos, en el contexto del proceso administrativo iniciado con la creación de la Junta de Compensación o Concertación. El contraste con el ordenamiento jurídico, de los actos, resoluciones administrativas, o informes, emitidos por los denunciados, ha sido posible durante todo el transcurso de los años; y de hecho lo está siendo en el marco de diversos procesos contencioso-administrativos. No se ha aportado resolución judicial alguna en base a la cual sostener una contradicción de las características exigidas por el delito de prevaricación, y tampoco se han aportado justificaciones de un actuar arbitrario. Ello no obstante, podría existir esta contradicción notoria o evidente, pero se desconoce cuál es. Considerar que resulta suficiente indicio de ello, una actuación de los denunciados impugnatoria de la actuación de la Junta no es suficiente, evidentemente.
>
> Muestra de todo ello, en uno de los aspectos discutidos, es el contenido en la documentación presentada por la representación de los imputados junto al escrito presentado en fecha de 3 de diciembre de 2014. Refleja que existen posturas encontradas y que el debate se extiende a numerosas impugnaciones, que tienen continuación en sede judicial contencioso-administrativa.

Por otra parte, el principal concepto por el que reclama la Junta de Compensación es un supuesto de lucro cesante.

Así, se recoge en el escrito de reclamación que los perjuicios sufridos se pueden concretar en "daños derivados de la depreciación o menor valor que a la fecha tiene el proyecto derivado de la radicalmente diferente coyuntura económica que imperaba en el año 2007. En concreto el dictamen pericial tiene como finalidad valorar cómo ha influido en los resultados económicos del plan parcial la demora en la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación tras seis años de inacción municipal".

En el mismo sentido, entre las conclusiones del informe pericial de la reclamante se recoge que "la demora en los plazos estimados para una promoción inmobiliaria en fase económica prácticamente paralizada conlleva una manifiesta minoración en el valor del suelo y en las rentabilidades del proceso urbanizador", y que "la demora en la aprobación de la reparcelación ha supuesto una indudable pérdida de la rentabilidad".

Lo que la reclamante alega es que el lucro que se pudo haber obtenido si el ayuntamiento hubiera actuado diligentemente es muy superior al que se puede obtener ahora, dado que el tiempo ha hecho aumentar los costes de construcción, mientras que los valores en venta del producto inmobiliario han experimentado una sensible disminución, debido a la diferente coyuntura económica.

La jurisprudencia es constante al exigir, para considerar indemnización por lucro cesante, certeza en relación con las ganancias dejadas de percibir, esto es, que no sean meramente posibles o eventuales.

Así, entre otras, la STS de 16-10-2007 (RJ/2007/8159) señala que:

> En cuanto al lucro cesante la jurisprudencia viene exigiendo la certeza del mismo, que se manifiesta en la realidad de la actividad, desarrollo y rendimiento, de manera que no pueden considerarse como tal las aspiraciones, deseos y previsiones cuya materialización no resulte contrastada y constituya una mera eventualidad,

> pues, como señala la sentencia de 18 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7174), «como ganancias meramente posibles, pero inseguras, dudosas o contingentes, por estar desprovistas de certidumbre y carecer de prueba rigurosa, no es admisible su cómputo para fijar la indemnización reclamada, según ha declarado la Jurisprudencia de este Tribunal, entre otras, en sentencia de la Sala Tercera –Sección Tercera– de fecha 20-2-1989 (RJ 1989, 2526)»; en el mismo sentido se expresa la sentencia de 28 de enero de 1999 (RJ 1999, 1126), que además precisa que se excluye, igualmente, la posibilidad de que a través del concepto de lucro cesante y del daño emergente se produzca un enriquecimiento injusto, y que, como también señala la sentencia de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989, 809), es necesaria la prueba que determine la certeza del lucro cesante.

Y en el supuesto que nos ocupa tal certeza no existe, **dado que ni siquiera se ha iniciado la transformación urbanística del suelo, a la que han de seguir la proyección de las construcciones, su autorización, la construcción y finalmente la venta del producto inmobiliario.**

Situados en los primeros momentos de la promoción inmobiliaria, las variables e incertidumbres son tantas que los resultados de la promoción no pueden considerarse sino como meramente hipotéticos.

Las ganancias dejadas de percibir según la reclamante resultan, en consecuencia, inseguras, dudosas y contingentes, por lo que no pueden ser tenidas en cuenta como daño para fundamentar la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento.

DCJA 45/2016 pár. 53 a 75

Y para terminar, interesa decir que **el método de valoración del suelo utilizado por la reclamante resulta contrario a derecho.**

La valoración se ha realizado, como se ha dicho, restando al valor del suelo calculado para el mes de octubre del año 2007, al entender que es en esa fecha en la que debió aprobarse el proyecto de reparcelación, el calculado para el día 20 de junio de 2012, fecha de la resolución municipal por la que se aprueba definitivamente el proyecto de reparcelación.

Tal tasación se ha llevado a cabo mediante el método residual dinámico, que es el método de valoración previsto en el artículo 27 de la Ley Estatal 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, para tasar el suelo urbanizable programado en supuestos de inexistencia o pérdida de vigencia de los valores de las ponencias catastrales.

Pero, habiéndose promovido la reclamación el día 29 de mayo de 2013, la normativa reguladora de la valoración del suelo en tal fecha era el Texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (en adelante, TRLS de 2008), cuyo párrafo final del apartado 2 de su disposición transitoria tercera ha sido modificado por la disposición final 9 del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

La citada disposición transitoria tercera, en lo que aquí interesa, establecía:

> 1. Las reglas de valoración contenidas en esta Ley serán aplicables en todos los expedientes incluidos en su ámbito material de aplicación que se inicien a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.
>
> 2. Los terrenos que, a la entrada en vigor de aquélla, formen parte del suelo urbanizable incluido en ámbitos delimitados para los que el planeamiento haya establecido las condiciones para su desarrollo, se valorarán conforme a las reglas establecidas en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, tal y como quedaron redactadas por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, siempre y cuando en el momento a que deba entenderse referida la valoración no hayan vencido los plazos para la ejecución del planeamiento o, si han vencido, sea por causa imputable a la Administración o a terceros.
>
> De no existir previsión expresa sobre plazos de ejecución en el planeamiento ni en la legislación de ordenación territorial y urbanística, se aplicará el de cinco años contados desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo. (…)

A este respecto, los informes del arquitecto y del secretario municipal señalan que las Normas Subsidiarias de Arrigorriaga no establecen plazos para la ejecución del planeamiento.

Informan también de que el plan de etapas establecido en el Plan Parcial del Sector … para la aprobación del proyecto de reparcelación y la urbanización fue infringido por la Junta de Compensación, habiendo solicitado por primera vez la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación más de un año después de lo normativamente previsto.

Por tanto, dado que las Normas Subsidiarias no fijan expresamente plazos para la ejecución del planeamiento, la vigencia de la previsión del apartado 2 de la disposición transitoria tercera finalizaría el día 1 de julio de 2012, y habiendo vencido, además, los plazos del plan de etapas establecido en el Plan Parcial en el momento a que ha de entenderse referida la valoración, no resulta aplicable el referido apartado segundo en el caso que nos ocupa.

Ello supone que **la metodología de valoración del suelo debe ser, en este caso, la regulada con carácter general en el TRLS de 2008**.

A tal efecto, el artículo 21.1.d) del TRLS de 2008 establece que **se rigen por ella las valoraciones del suelo cuando tienen como finalidad la determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Según el artículo 12.2 b) del TRLS de 2008, está en situación de suelo rural el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización.

Y el artículo 23.1.a) del TRLS de 2008 dispone que cuando el suelo sea rural, los terrenos se tasarán mediante la capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento al que deba entenderse referida la valoración, señalando el apartado 2 del mismo artículo que en ningún caso podrán considerarse expectativas derivadas de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aun plenamente realizados.

Por tanto, **no estando urbanizados los suelos de la reclamante, su valoración habría que haberla hecho atendiendo a las rentas reales o potenciales que eran susceptibles de generar según sus cualidades rústicas, sin consideración de expectativas urbanísticas.**

Por otra parte, **un valor del suelo negativo, como el obtenido por la reclamante para el año 2012, no tiene ningún sentido pues siempre mantendrá su valor inicial o rústico.**

DCJA 45/2016 pár. 76 a 89

En los antecedentes hemos referido que el importe de la indemnización pretendida por los reclamantes se fundamenta en el "Informe sobre las consecuencias económicas derivadas de la Resolución de 15 de noviembre de 2011", elaborado en octubre de 2012 por …

Dicho informe incluye dos cálculos a la vista de una diferente interpretación de los criterios que deben regir la reconstrucción del edificio. De un lado, la que sostienen sus redactores, aplicando los parámetros de habitabilidad y espacios comunes indicados por el Plan Especial de Rehabilitación del Casco Histórico de Azkoitia; de otro lado, la que se deriva de los condicionantes que extrae el Centro de Patrimonio Cultural del Departamento de Cultura del País Vasco, que asume la posibilidad de realizar fundamentalmente modificaciones en los huecos de la fachada, que es coincidente con la que mantiene en el informe elaborado con ocasión de este expediente (y cuyo contenido hemos dejado reproducido en los antecedentes).

Con independencia de que la valoración de … pueda estar más o menos justificada, es obvio que no puede prevalecer sobre la del órgano administrativo que debe velar por que la reconstrucción se conduzca siguiendo las limitaciones impuestas al inmueble por estar relacionado entre los incluidos en el Casco Histórico de Azkoitia, calificado como bien cultural con la categoría de Conjunto Monumental, con un régimen de protección media.

Ello supone reconducir la pretensión indemnizatoria a la formulada con carácter alternativo por …, atendida la solución propuesta por el citado Centro de Patrimonio Cultural, de forma que se mantiene inalterable la partida correspondiente al "Mantenimiento y Rehabilitación de la fachada", con un presupuesto de ejecución por contrata de

618.752 €, mientras que la perdida de superficie por mantenimiento de la fachada, se reduce a 53,23 m^2, y se valora en 67.476 €, en tanto que la minusvalía de la planta bajocubierta es de 12,74 m^2 y se valora en 5.733 €.

También como una consideración inicial, debe advertirse que **la vinculación o limitación no se impone mediante el planeamiento sino que es consecuencia, como venimos reiterando, de su calificación de bien cultural,** lo que conlleva, a tenor del artículo 12.2 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de patrimonio cultural vasco (en adelante, LPCV), "la eficacia inmediata del régimen de protección que conlleva dicha calificación, y supondrá la elaboración, modificación o revisión del planeamiento urbanístico municipal o su desarrollo si así resulta preciso, a iniciativa del Gobierno Vasco, a los fines de coordinación y colaboración administrativa".

La calificación es competencia del Gobierno Vasco (artículo 11.1 LPCV), y la misma implica el deber de los propietarios, poseedores y demás titulares de derechos reales "a conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción o deterioro" (artículo 20.1 LPCV).

Los bienes inmuebles calificados han de ser conservados con sujeción al régimen de protección y a los instrumentos de planeamiento urbanístico que deberán ajustarse a aquél (artículo 28.1 LPCV). Finalmente, el posible derribo de bienes calificados está sujeto a la previa declaración de ruina, que debe tramitarse con arreglo a un procedimiento singular (artículo 36.1 LPCV).

Esa limitación o vinculación, que no nace, en principio, de la ordenación urbanística, podría frustrar *ad limine* la reclamación, en tanto que los interesados aducen lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones.

Aunque, ciertamente, alguna sentencia niega la aplicabilidad de la normativa urbanística cuando la afección deriva de la normativa de conservación y protección del patrimonio histórico artístico, caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de junio de 2003 (RJ 2003/4460), existen elementos de ese régimen que también pueden ser considerados para el análisis, ya que existe una evidente interrelación entre la efectiva protección del patrimonio y los instrumentos de planeamiento, como se deduce de las previsiones legales.

En ambos casos, lo decisivo es la antijuridicidad, ya que permitirá valorar la afectación y decidir si esta es indemnizable por el instituto de la responsabilidad patrimonial, **esto es, si estamos ante una limitación general impuesta por la ley y proporcionada al fin que se persigue, calificable como carga general, o, por el contrario, se trata de una limitación singular que implica un sacrificio desproporcionado para los afectados, por lo que no tienen el deber de soportar el daño o el perjuicio sufrido.**

En principio, **la función social inserta en el derecho de propiedad urbanística (de conformidad con el artículo 33.2 de la Constitución española**) **ha configurado una delimitación de su contenido que determina que las alteraciones que, como consecuencia del proceso urbanístico, se produzcan en el estatus de los inmuebles afectados por el mismo no darán derecho, como regla general, a sus titulares a percibir indemnización alguna**; esto es, en el carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria descansa la enunciación de la no indemnizabilidad, como regla general, de las actuaciones conformes a derecho que en materia urbanística lleve a cabo el poder público.

Con claridad se expresaba en el artículo 2.2 de la Ley estatal 6/1998, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (LRSV), que "la ordenación del uso de los terrenos y construcciones establecida en el planeamiento no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos por las leyes". Pasó en términos similares al artículo 3.1 del Texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y en la actualidad el artículo 4.1 del vigente Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece que 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 este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes". Asimismo, el artículo 18.3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (en adelante, LSUPV), señala que "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 de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas".

Añade el artículo 24.1.d) LSUPV, como contenido urbanístico de la propiedad del suelo, el deber de "respetar las limitaciones que para el suelo y las construcciones, edificaciones e instalaciones correspondientes deriven de la legislación de

patrimonio histórico, cultural y artístico y, en todo caso, del planeamiento urbanístico por razón de su inclusión en catálogos de bienes protegidos".

Ahora bien, entre los supuestos indemnizatorios expresamente establecidos por las leyes se encuentran las denominadas vinculaciones singulares. Aparecían contempladas en los dos apartados del antiguo 239 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto 1/1992, de 26 de junio (TRLSOU). En el primero, las que se establecían en orden a la conservación de edificios y, en el segundo, las que imponían una restricción del aprovechamiento urbanístico del suelo que no podía ser objeto de distribución equitativa entre los interesados. Ambas vinculaciones pasaron al supuesto contemplado en el artículo 43 LRSV y posteriormente al artículo 35.b) del Texto refundido de 2008, para figurar en la actualidad en el artículo 48.b) del Texto refundido de 2015, con una formulación sintética: "Dan lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos: (...) b) Las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa".

Para los reclamantes, la decisión de catalogar el edificio para "mantener las fachadas y por ende, la caída de la cubierta a dos aguas, implica unas obligaciones de conservación y unas restricciones en la reconstrucción del edificio que constituyen una verdadera vinculación singular que, deben generar la consiguiente indemnización. La obligación de conservación de las dos fachadas principales es obvio que suponen un perjuicio a la propiedad, tanto por el sobrecoste que implica, como por la imposibilidad de aprovechar la superficie que resultaría, si la reconstrucción del edificio no estuviera constreñida con la limitación de la conservación de las fachadas, con lo que ello supone en superficie y distribución".

De esa forma, **los reclamantes aluden a ambas vinculaciones, las impuestas en orden a la conservación o rehabilitación de edificios, en lo que excedan de los deberes legalmente establecidos, y las que llevan consigo una restricción de la edificabilidad que no pueda ser objeto de distribución equitativa por los interesados**. Analizaremos ambas alterando dicho orden.

Si bien, se puede adelantar que esta última, en tanto que asociada al propio planeamiento y a las figuras típicas del ordenamiento urbanístico, como lo es el de la equidistribución equitativa de las cargas y beneficios de todos los propietarios afectados por el plan, resulta de difícil aplicación en este ámbito.

En general, requiere de un término de comparación adecuado y comprobar el tratamiento que en un plan recibe un determinado propietario frente al que este confiere a otros propietarios.

Hay coincidencia en la jurisprudencia y en la doctrina en situar la técnica de las vinculaciones singulares como un remedio eficaz para indemnizar a aquellos propietarios que se ven afectados por desequilibrios comparativos en los contenidos patrimoniales definidos por el plan y que, por tal motivo, se ven sometidos a un esfuerzo más cualificado del razonable. La responsabilidad patrimonial es el mecanismo excepcional para restaurar la igualdad quebrantada, cuando no hay otra vía para garantizar la distribución equitativa de los beneficios y cargas.

En este caso, **los decretos** 17/2005 y 254/2006 (reformado por la Sentencia nº 730/2008) **no afectan a la edificabilidad ya consolidada de los edificios integrantes del casco histórico de Azkoitia, ni a su uso**, pues siguen teniendo la misma resultado de los planes urbanísticos y del proceso de trasformación urbana que se desarrolló en el pasado.

Desde luego, difícilmente cabe sostener a la vista del Decreto 177/2005, que engloba a todos los edificios del casco histórico, que suponga una verdadera restricción del aprovechamiento urbanístico del inmueble nº 80 de Kale Nagusia cuyos propietarios se ven impedidos de disfrutar del previsto en la zona con carácter general, mientras que el resto de edificios permanecen en el tráfico urbanístico con todo su aprovechamiento intacto. Por el contrario, puede afirmarse que no se encuentran especialmente afectados o constreñidos por comparación con lo que ocurre con otros propietarios.

Lo que sí imponen tales decretos son medidas de salvaguarda para garantizar el conjunto monumental y lo hacen atendiendo a los distintos edificios que lo integran que, en atención a su relevancia, merecen diferentes niveles de protección.

En ese sentido, **se puede plantear si las obligaciones dispuestas en orden a la conservación de los edificios pueden calificarse de vinculación singular porque exceden de los deberes normales de conservación**.

Esta vinculación singular, como ya hemos dicho anteriormente, se refería inicialmente a la conservación de edificios, pero en su nueva formulación el artículo 35.b) del Texto refundido de la Ley del suelo de 2008 y el artículo 48 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana de 2015 la extienden a "los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones".

Se entiende que el exceso se establece respecto de los deberes normales o comunes (porque tales deberes son legales).

El antiguo 245 del TRLSOU establecía el deber general y el artículo 246.2 TRLSOU, respecto a las obras de ejecución por motivos culturales y turísticos, decía que lo serán "a costa de los propietarios si se contuvieren en el límite del deber de conservación que les corresponde, y con cargo a fondos de la Entidad que lo ordene cuando lo rebasare para obtener mejoras de interés general". El artículo 9.1 del Texto refundido de la Ley del suelo de 2008 precisaba que:

> El derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística y conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso, y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles, así como realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. Este deber, que constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano, se establece en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. Cuando se supere dicho límite, correrán a cargo de los fondos de aquella Administración, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general.

Es más, en los casos de inejecución injustificada de las obras ordenadas, dentro del plazo conferido al efecto, el límite máximo del deber de conservación podría elevarse, si así lo dispone la legislación autonómica, hasta el 75 % del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente.

En la actualidad, el artículo 15 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana de 2015 señala que el deber legal de conservación constituye el límite de las obras que deben ejecutarse a costa de los propietarios, y se establece también "en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio", que podrá elevarse hasta el 75 % del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente, si así lo dispone la legislación autonómica, en supuestos de inejecución injustificada de las obras ordenadas.

En la normativa autonómica **el contenido del deber normal** viene definido por el párrafo 1 del artículo 199 LSUPV y su párrafo 2 **prevé que ese deber alcanza hasta el importe de los trabajos y las obras que no rebasen el límite de su contenido normal, representado por unos porcentajes que ascienden en el supuesto de actuaciones aisladas al 60 % del coste de reposición del edificio, y cuando la Administración ordene o imponga obras de conservación o rehabilitación que excedan del referido límite, habrá de sufragar el resto,** pudiendo establecerse ayudas públicas, en las condiciones que estime oportunas, mediante convenio u otros instrumentos, en que podrá contemplarse la explotación conjunta del inmueble.

En este caso, lo primero que se ha de constatar es que **los reclamantes pretenden resarcirse de un gasto que todavía no han realizado y, en segundo lugar, que, determinado su importe de la forma que hemos dejado enunciada, es evidente que no va a superar la mitad del valor actual de reconstrucción del edificio proyectado, o por lo menos no se ha acreditado que lo vaya a hacer.**

Hay que tener en cuenta que ha sido favorablemente acogida su pretensión de que sea derribado el edificio pero con la condición de que se conserven las fachadas, como resultado de ambas decisiones no tienen que hacer frente a un esfuerzo económico superior al normal de conservación que recae sobre todos los propietarios.

Como elemento que permite asimismo definir el contenido normal del deber de conservación se encuentra la determinación del estado de ruina, porque el deber cesa cuando procede la demolición del inmueble.

En ese sentido, al proceder a la definición de ruina, que es competencia del legislador urbanístico autonómico, el artículo 201.1 LSUPV señala que procederá "cuando el coste de las reparaciones necesarias para devolver la estabilidad, seguridad y estanqueidad y consolidación estructural a un edificio o construcción supere el deber normal de conservación establecido en el apartado 2 del artículo 199 o cuando dichas reparaciones no puedan ser autorizadas por encontrarse el edificio en situación de fuera de ordenación".

El artículo 36.3 LPCV pone a los propietarios como límite el 50 % del valor de reposición, cuando señala, respecto a los bienes culturales calificados y a los inventariados, que únicamente procederá la declaración de estado ruinoso en cualquiera de los siguientes supuestos:

> a) Situación de ruina física irrecuperable, cuando concurra la existencia de daños que comprometan las condiciones mínimas de seguridad y exijan la sustitución de elementos estructurales en una proporción superior al cincuenta por ciento del total de dichos elementos, y la ausencia de las ayudas económicas precisas para ejecutar la diferencia entre el cincuenta por ciento y el total de las obras necesarias.
>
> b) Coste de la reparación de los citados daños superior al cincuenta por ciento del valor actual de reposición del inmueble y ausencia de las ayudas económicas necesarias para cubrir la diferencia entre el límite del cincuenta por ciento y el total del coste presupuestado. La valoración de reposición descrita no se verá afectada por coeficiente alguno de depreciación por edad, pero sí lo podrá ser por los coeficientes de mayoración cuya aplicación pueda considerarse justificada en base a la existencia de los citados valores que dieron lugar a su calificación o inventariado.

Finalmente, el artículo 36.5 LPCV prescribe que, si la declaración de ruina es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del artículo 20 LPCV (conservarlos, cuidarlos y protegerlos debidamente para asegurar su integridad y evitar su pérdida, destrucción y deterioro), no podrá autorizarse el derribo, y se exigirá su conservación a cargo del propietario.

Como acertadamente traen a colación los reclamantes, con cita de la STS de 9 de febrero de 1988 (RJ 1988/870), **con la declaración de ruina decae la obligación general de conservación de los edificios que impone a los propietarios la legislación urbanística, lo que no quiere decir que proceda su demolición**, "porque en tales supuestas consideraciones culturales pueden imponer la conservación a ultranza del inmueble, con las reparaciones, reconstrucciones o sustituciones que se estiman precisas por haber pasado ya a segundo plano la estricta relación dominical del propietario con el edificio en aras del interés público, quedando subordinada la propiedad privada a los superiores intereses de la comunidad en mantener su legado histórico-artístico".

De la lectura del artículo 201.3.b) de la LSUPV se desprende que la declaración de ruina no impide, cuando se trate de una construcción o una edificación catalogada, protegida por sus valores o sujeta a algún procedimiento dirigido a la catalogación o al establecimiento de un régimen de protección integral, adoptar las medidas urgentes y realizar los trabajos y las obras necesarias para mantener y, en su caso, recuperar la estabilidad y la seguridad. En este caso, la Administración podrá convenir con el propietario los términos de la rehabilitación definitiva o, de no alcanzarse acuerdo, ordenar las obras de rehabilitación necesarias. Asimismo, como indica el artículo 36.7 LPCV, podrá dar lugar a "la iniciación del procedimiento de expropiación forzosa del mismo".

Lo que pasa en este caso es que **la demolición del edificio ha sido autorizada y se examina una medida de menor intensidad, como lo es la de la conservación de las fachadas, medida que fue asumida por los propietarios, lo que induce a sostener que entendieron que ese deber implicaba un deber normal de conservación**, sin que ahora puedan pretender lo contrario.

En todo caso, **al no haber conservado las fachadas en las condiciones requeridas para integrarse adecuadamente en el nuevo edificio o, al menos, en condiciones en las que su rehabilitación resultara menos onerosa, los propietarios han incumplido el requerimiento de protección y, por ello, son los que deben correr con el gasto derivado de su deterioro**.

Entiende en definitiva la Comisión que el inmueble sigue teniendo su legítima utilidad económica y que la reconstrucción de las fachadas implica la materialización del deber de conservación inatendido por los propietarios de un edificio que forma parte del Casco Histórico de Azkoitia y que mantiene características arquitectónicas que singularizan al conjunto monumental.

En suma, a la vista de los perjuicios alegados por los reclamantes, no procede el reconocimiento de cantidad alguna.

DCJA 216/2016 pár. 50 a 90

VII. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas

Finalmente, en cuanto a los daños provocados en el cruce de acceso al caserío, estos son debidos a la utilización intensiva de ese espacio para realizar maniobras de cambio de sentido o dirección por parte de los camiones que trabajan en las obras de la Nueva Red Ferroviaria. Según señalan los reclamantes, existía un acuerdo verbal con la contrata de la obra para reparar esos daños.

En este caso, **parece que la responsabilidad por los daños provocados por los camiones de obra debería corresponder al contratista, por utilizar de modo intensivo, deteriorándolo, un espacio de titularidad privada que no ha sido objeto de ocupación temporal para la obra**. En principio, el artículo 214 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP) mantiene, al igual que sus antecedentes normativos, la posibilidad de atribuir la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato al adjudicatario del mismo, entendiendo que esa intervención rompe el nexo causal y exonera a la Administración. No obstante, **a la hora de declarar esa responsabilidad, esta Comisión viene considerando necesario acreditar en el expediente la ausencia de toda relación o conexión entre la lesión y la propia actividad de la Administración, una vez escindidas y determinadas sus respectivas responsabilidades, esto es, la que le corresponde como titular del servicio y la que asume la empresa contratista de la obra, atendidos los términos del contrato y las operaciones que requiera su ejecución, e identificada la causa eficiente y exclusiva del daño.**

Sin embargo, la Administración se ha limitado a negar toda responsabilidad en cuanto a los efectos de una actuación de la cual, no debe olvidarse, es promotora. Por tanto, **no habiendo hecho uso de la facultad prevista en el citado artículo del TRLCSP, la Comisión considera que no puede eludir su responsabilidad frente a los reclamantes, sin perjuicio de que, posteriormente, reclame esa cuantía al contratista.**

DCJA 44/2016 pár. 55 a 57

Cuando una persona tiene sus facultades intelectivas claramente deterioradas debe estar sujeta a dedicación especial, debiendo aumentarse la diligencia exigible en su cuidado. En los casos en que se acredita un déficit en dicha atención, la jurisdicción contenciosa considera que la Administración titular de la residencia de ancianos debe ser responsable de lo daños padecidos por la residente. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 24 de septiembre de 2001 (JUR 2001/327498), o las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de septiembre de 2008 (JUR 2008/389145) y 31 de marzo de 2011 (JUR 2011/216019).

Más complejo resulta llegar a determinar si debe responder del accidente la empresa contratista o el propio ayuntamiento.

Sobre la responsabilidad en los supuestos de daños causados por los contratistas, la Comisión se pronunció por primera vez en el marco del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante, LCAP), en su Dictamen 99/2005.

Si bien dicho precepto ha sido derogado, lo cierto es que el actual artículo 214 del Texto refundido de la Ley de Contratos del sector público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre, no ha alterado el anterior régimen legal.

El artículo 214 TRLCSP dispone en su apartado primero que "será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato", con la salvedad de aquellos ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación; siendo en estos supuestos responsable la Administración dentro de los límites señalados en las leyes.

A este fin, el propio precepto, en su apartado 3, reza que "Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños". El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. En tanto que el apartado 4 regula que la reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

Atendida la fecha de iniciación del procedimiento esa remisión debe hacerse al artículo 1.3 del Reglamento (en el futuro lo será al artículo 32.9 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y artículo 82.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas).

Cabe decirse que pese a las divergentes interpretaciones que ha suscitado la redacción del régimen legal, este sigue sin ser objeto de reforma, por lo que procede insistir en las conclusiones que hemos extraído del mismo.

A juicio de la Comisión, este permite que la Administración, en un expediente de responsabilidad patrimonial, una vez acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que exige el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, finalice señalando que es el contratista el obligado al pago del *quantum indemnizatorio.*

Ahora bien, tal posibilidad queda sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos que, en sintética enumeración, cabe resumir como sigue.

Planteada una reclamación de responsabilidad patrimonial por un particular, es la Administración la que debe dilucidar en el procedimiento de responsabilidad si esta ha de derivarse al contratista, pues es ella la que dispone de los medios para hacerlo (el particular no tiene a su alcance la información necesaria para ello).

Dicha obligación no se cumple con señalar que la responsabilidad no es del municipio: la posible imputación a la empresa contratista ha de ser analizada y quedar establecida positiva o negativamente en la resolución que ponga fin al expediente.

Porque **no cabe olvidar que es la Administración la obligada, en sede de responsabilidad patrimonial, a probar el cumplimiento del estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público contratado, los medios adoptados para evitar situaciones de riesgo, así como para reparar los efectos dañosos en el caso de que tales situaciones de riesgo pudieran activarse.**

Para ello, la Administración debe realizar una **instrucción aquilatada** que permita acreditar (i) la **concurrencia de los requisitos que exige el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial**; (ii) la **ausencia de toda relación o conexión entre la lesión y la propia actividad de la Administración,** una vez escindidas y determinadas sus respectivas responsabilidades, la que le corresponde como titular del servicio y la que asume la empresa contratista, atendidos los términos del contrato y las operaciones que requieran su ejecución e identificada la causa eficiente y exclusiva del daño; y (iii) la **relación contractual trabada con la empresa contratista**, que debe permitir siempre garantizar la indemnidad del particular que consagra el artículo 106.2 CE.

El expediente debe, por tanto, contener la información necesaria para realizar dicha imputación, para lo que, con carácter general –sin perjuicio de las circunstancias específicas del caso–, debe permitir conocer con claridad el tipo de relación contractual que une a la Administración titular del servicio o de la obra con la empresa contratista; para lo que, con idéntico carácter general –y siempre a salvo las circunstancias que presente el caso–, resultará necesario contar, al menos, con el contrato y los pliegos de cláusulas generales y particulares (también las prescripciones técnicas si las hubiera) que rijan la prestación pactada –reglas del contrato de las que, con especial atención, ha de atenderse a su objeto, a las actuaciones que comprende, a las obligaciones de aseguramiento frente a terceros y a las fianzas o cauciones exigidas–.

En ese sentido, hemos dicho también que (Dictamen 93/2006) cualquier duda razonable sobre la imputación a cuál de las dos partes, Administración o contratista, corresponde la responsabilidad, hace que deba recaer directamente sobre la Administración la responsabilidad patrimonial, manteniendo su plena virtualidad la garantía constitucional del artículo 106.2 CE, aunque haya un contratista interpuesto.

Como afirma la Sentencia de 12 de noviembre de 2008 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RCJA 2010/255), que se hace eco de la doctrina jurisprudencial dominante que es la seguida por esta Comisión, una vez admitida la responsabilidad patrimonial extracontractual directa del contratista, esta requiere:

> (...) como presupuesto necesario, que la Administración ejercite (a requerimiento de la persona perjudicada o de oficio) la competencia que le confiere el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su condición de órgano contratante.
>
> Y esta prerrogativa conferida al órgano contratante debe verse expresada en una resolución administrativa expresa sobre la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial, sobre su cuantía y sobre la parte responsable, tal como se desprende del art. 89 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre.
>
> En el caso de autos, la Administración municipal no ejerció como debía la competencia que le confería dicho precepto para resolver sobre la eventual responsabilidad del contratista. Es decir no abrió la vía incidental prevista en el art. 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuya resolución supone la declaración de la lesión antijurídica con la consiguiente declaración de responsabilidad jurídica patrimonial de la que se deberá hacer cargo la empresa contratista. Y en vez de ello no declara dicha responsabilidad patrimonial sino sólo la del contratista sin fijar, por otra parte, expresamente su cuantía.
>
> Y, por lo tanto, en defecto del ejercicio por parte del órgano municipal de contratación de la competencia conferida por el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no cabe que, en el proceso jurisdiccional, la Administración pretenda la exoneración de la responsabilidad patrimonial con fundamento en una declaración sobre la obligación del contratista de la obra que el órgano de contratación pudo y no llegó a efectuar correctamente, en el ejercicio de la prerrogativa de autotutela administrativa.

Partiendo de tales premisas, en el caso que se suscita la Administración ha descartado la existencia de responsabilidad patrimonial, lo que lógicamente ha llevado a que no se precisara si corresponde a la Administración o a la contratista indemnizar a la perjudicada y en qué cuantía.

Pese a ello, sí que se ha abierto esa vía incidental y se han aportado aquellos elementos que podrían permitir realizar dicha imputación (contrato y pliegos), pero a la postre los mismos se revelan insuficientes para atribuir de forma positiva la responsabilidad a la empresa contratista.

De la normativa aplicable se deduce la trascendencia del P.A.I, para dar una atención adecuada al residente, y así lo reconocen tanto la Administración municipal, la contratista e incluso la Diputación Foral de Gipuzkoa.

La contratista ha alegado en su descargo que no era de su responsabilidad la elaboración del plan de cuidados (que se soporta en el P.A.I.) y la Diputación descarta la negligencia de la auxiliar de enfermería encargada del cuidado y vigilancia de los internos en la planta 4ª "debido a que no estaban plasmados esos desplazamientos como factor de riesgo en el PAI del residente, por lo que no estaban tampoco en el Plan de cuidados".

Examinado el contrato y los pliegos, a la vista de los servicios asistenciales contratados, parece difícil concluir que mediante la prestación contratada se recaben los servicios de profesionales con los perfiles idóneos para la elaboración del PAI, debiéndose limitar la empresa a su mera ejecución.

En ese sentido, desarrollándose la prestación bajo la supervisión de los servicios municipales, sin que se haya llegado a identificar quién o quiénes redactaron el PAI del residente y, en su caso, sin que ese explique por qué no se revisó y se incluyó en el PAI sus desplazamientos en silla de ruedas como estrategia terapéutica, no podemos concluir que la Administración local sea completamente ajena a la producción del daño.

Ciertamente tampoco toda la responsabilidad es municipal porque, estando o no prevista en el plan de cuidados la atención derivada de los desplazamiento en silla de ruedas de don JJSO, era indudable el riesgo que tales desplazamientos implicaban, sin que la persona encargada de la vigilancia y cuidado le prestará al atención necesaria, al parecer con el convencimiento de que daría la vuelta antes de llegar a la puerta de separación del pasillo y el rellano de la escalera como había hecho en otras ocasiones, o de que la puerta se encontraría cerrada.

Esta Comisión estima, por todo ello, que procede declarar la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento, **sin perjuicio de que pueda, en su caso, luego repetir contra la contratista la indemnización abonada, una vez se delimite la parte que le corresponde en un expediente contradictorio.**

DCJA 194/2016 pár. 55 a 79

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO

I. Ámbito de la potestad revisora

En igual sentido, la obligada interpretación restrictiva de la facultad que la LRJPAC otorga a la Administración en el artículo 102 LRJPAC encuentra adecuado fundamento en la necesidad de distinguir dicha vía de la revisión de los actos –específica– de la que puede llevarse a cabo por el cauce de los recursos ordinarios. En efecto, **un acto puede resultar anulado como consecuencia de un recurso ordinario, pero la declaración de la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho requiere siempre una ulterior intensidad.**

DCJA 20/2016 pár. 35

II. Análisis de las causas de nulidad

A) Art. 62.1.c) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de los actos que tengan un contenido imposible

El 21 de abril de 2010 –fecha de registro– se presenta en el Ayuntamiento de Santurtzi el modelo de solicitud de puesto de amarre para embarcación en la dársena náutica de Santurtzi, de fecha 19 de abril, cumplimentado con los datos de don HLG.

A dicho modelo se adjuntan la fotocopia del DNI de don HLG, una fotografía de la embarcación conducida por don HLG, una certificación del empadronamiento de don HLG en el municipio de Santurtzi, fechada el 8 de septiembre de 2005, una copia del certificado de navegabilidad e inventario del equipo para embarcaciones de recreo de eslora menor de 24 metros expedido por la Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento en relación con la embarcación "…", … y una copia certificada de la inscripción en el Registro de Bilbao, a favor de su propietario don HLG, de dicha embarcación de recreo.

La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Santurtzi, en su sesión de 2 de noviembre de 2010, adopta un acuerdo en el que, entre otros extremos y a lo que aquí interesa: (i) aprueba las concesiones demaniales sobre puestos de amarre actuales de las personas titulares de embarcaciones que hayan ocupado provisionalmente el pantalán y la lista definitiva de excluidos del proceso de adjudicación; (ii) aprueba el listado de los puestos de amarre vacantes que serán adjudicados mediante sorteo, fijando la fecha para el mismo; y (iii) aprueba trasladar el acuerdo a los concesionarios que hayan ocupado provisionalmente el pantalán.

Entre los adjudicatarios de los puestos de amarre, figura don HLG junto a los siguientes datos: "DNI …, embarcación …, amarre …, matrícula …, nº clase …".

El 12 de junio de 2015, el Secretario General del Ayuntamiento de Santurtzi certifica que en el Padrón Municipal de Habitantes del municipio consta que don HLG causó baja por defunción el día 26 de enero de 2009.

La nulidad de pleno derecho:

Es objeto de revisión el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 2 de noviembre de 2010 **por el que se otorgó a don HLG una concesión demanial sobre el puesto de amarre** … **de la dársena náutica** de Santurtzi.

El ayuntamiento razona que dicho acto es un acto de contenido imposible de los contemplados en el artículo 62.1.c) LRJPAC.

La Comisión comparte dicha afirmación pues, aunque doctrina y jurisprudencia –como reconoce la propuesta de resolución– coinciden en afirmar la rareza del acto de contenido imposible, a fin de evitar que sirva para introducir indebidamente supuestos de mera ilegalidad o de prohibición –prevención común a todos los motivos de nulidad–, lo cierto es que **si hay un ámbito propicio para la aplicación del supuesto es el de la imposibilidad material, perspectiva en la que resulta imposible el acto irrealizable, bien porque va contra las leyes físicas, bien porque parte de un supuesto de hecho inexistente, que es, sin duda, el caso del acto de adjudicación de una concesión demanial a una persona fallecida** (antes incluso de la propia apertura del procedimiento de adjudicación de concurrencia competitiva).

Con esta interpretación la Comisión sigue la línea sostenida en sus dictámenes, así, por ejemplo, en el Dictamen 54/2001 en el que recordó que "la jurisprudencia ha reducido a los actos cuyo contenido presenten una imposibilidad natural, física y real (STS de 3 de junio de 1981) que puede manifestarse tanto en una falta de sustrato personal (así, que no se hubiese determinado el beneficiario de la reversión, o éste fuere inexistente) como de sustrato material (que no exista la finca cuya reversión se declaró, o que no se hallara en poder de la Administración); o a actos ambiguos o ininteligibles y, por tanto, inejecutables (STS de 6 de noviembre de 1981)" ; o, en el Dictamen 26/2013, que recogía la calificación de la adjudicación de un contrato a una persona fallecida como acto de contenido imposible realizada por el Consejo de Estado (Dictamen nº 45.103, de 28 de abril de 1983).

La propuesta de resolución contesta detenidamente todas y cada una de la alegaciones formuladas por los interesados en el procedimiento (herederos de don HLG), siendo claro que ninguna puede alterar la precedente conclusión, que deriva directamente de la sola **constatación del hecho acreditado en el padrón municipal que no admite modulación alguna a la luz del derecho sucesorio ni, menos aún –a la vista de la cronología de los hechos que revela el expediente–, de la aplicación de los principios de confianza legítima, buena fe o equidad**.

En suma, la Comisión considera que concurre el supuesto del acto de contenido imposible contemplado en el artículo 62 1 c) LRJPAC.

DCJA 17/2016 pár. 14 a 24

B) 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

Habrá, pues, que **examinar si en el presente caso concurre la nulidad invocada, por carecer don LLC del título académico que permite concurrir a la convocatoria y en concreto, tratándose de una titulación obtenida en el extranjero, por no haber aportado la correspondiente homologación en España,** que se acreditará mediante credencial expedida por la Subdirección General de Títulos, Convalidaciones y Homologaciones.

En primer lugar, consideramos adecuado situar **en el contexto normativo la figura del profesor asociado universitario, ya que se trata de una modalidad específica de contratación, referida a profesionales de la docencia como segunda actividad, destinada a contratar profesionales de prestigio que desarrollan una profesión fuera del ámbito universitario.**

Tal y como establece el artículo 13.1 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco (LSUV), el profesorado de la UPV/EHU está compuesto por el profesorado perteneciente a los cuerpos docentes universitarios y por el personal docente e investigador contratado en régimen de derecho laboral, siendo la de profesor asociado una de las categorías de este último tipo.

Así, su regulación se recoge en el artículo 23 de dicha norma, que establece lo siguiente:

> 1. Las profesoras y profesores asociados son contratados en régimen de dedicación a tiempo parcial, con funciones exclusivamente docentes en enseñanzas específicas, entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la universidad.
>
> 2. Para poder acceder a esta categoría se requiere informe favorable de la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación del Sistema Universitario Vasco u organismo similar reconocido por la normativa vasca, sobre la condición de especialista de reconocida competencia.
>
> 3. El plazo máximo de duración de los contratos será de tres años, sin perjuicio de que a su finalización, y una vez convocado el puesto, el candidato o candidata pueda obtener un nuevo contrato como asociado en el mismo puesto o en otro. No existirá límite de contratos sucesivos.

Este precepto fue desarrollado mediante el Decreto 40/2008, de 4 de marzo, sobre régimen del personal docente e investigador de la UPV/EHU, que en su artículo 11 establece:

1.– El profesorado asociado ejercerá sus funciones en régimen de dedicación a tiempo parcial, siendo sus obligaciones docentes semanales de un máximo de seis y un mínimo de tres horas lectivas y otras tantas de tutoría o asistencia al alumnado.

2.– La selección del profesorado asociado se efectuará de conformidad con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, mediante concurso.

3.– La UPV/EHU regulará el proceso de selección y la composición de las comisiones que han de juzgar el concurso.

Finalmente, cabe destacar la Resolución de 2 de mayo de 2011, del Vicerrector de Profesorado de la UPV/EHU, por la que se procede a la publicación de la regulación de la contratación de personal docente e investigador temporal, donde se concretan los procedimientos de selección y los requisitos generales y específicos de los aspirantes.

Ahora bien, **que el título sea exigible no significa necesariamente que la admisión de don LLC justificada en el título de "Licenciado en Administración de Empresas Internacional", expedido por la "Universidad de Lincoln" en Brayford Pool (Reino Unido), incurra en nulidad de pleno derecho por carecer de un requisito subjetivo esencial para acceder a la plaza.**

La exigencia de titulación, en este caso, **tiene** a nuestro juicio **un doble significado: de un lado, implica el reconocimiento en el ámbito de la Administración de la posesión de una titulación que habilita para el ejercicio profesional y viene a preservar también esta titulación; en segundo lugar, acredita la capacidad de la persona a la que se va a asignar la plaza, ya que prueba que reúne los conocimientos y habilidades precisas para desempeñarla.**

Para centrar convenientemente la cuestión es necesario referir que **en la actualidad existe una distinción nítida entre el reconocimiento de cualificaciones profesionales y la homologación de los títulos universitarios.**

La primera directiva del sistema general en materia de reconocimiento de cualificaciones profesionales fue la Directiva 89/48/CEE, de 21 de diciembre, del Consejo de las Comunidades Europeas, en la que se estableció un sistema general de reconocimiento mutuo de los títulos de enseñanza superior que acreditan una formación mínima de tres años de duración, e indicaba en su artículo 12 que los estados miembros adoptarían las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo que en ella se dispone.

En aplicación de la misma se aprobó el Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, por el que se regula el sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior de los estados miembros de la Comunidad Económica Europea que exigen una formación mínima de tres años de duración, que incluía entre las profesiones reguladas la de economista, y reconocía en España, para el acceso a las actividades de dicha profesión, con los mismos efectos que el correspondiente título español, los títulos obtenidos en los estados miembros que faculten para ejercer en ellos esa misma profesión.

La más reciente ha sido la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, que ha sido traspuesta al ordenamiento interno por el Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre, por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, y la Directiva 2006/100/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales, así como a determinados aspectos del ejercicio de la profesión de abogado.

En la relación de profesiones tituladas figura la de economista, en la categoría de título expedido por la autoridad competente de un estado miembro que acredite que el titular ha superado un ciclo de estudios postsecundarios de una duración mínima de cuatro años, o de una duración equivalente si se trata de estudios a tiempo parcial, en una universidad, en un centro de enseñanza superior o en otra institución de nivel equivalente (anexo VIII.1).

En materia de homologación de títulos rige en la actualidad el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, por el que se establecen los requisitos y el procedimiento para la homologación y declaración de equivalencia a titulación y a nivel académico universitario oficial y para la convalidación de estudios extranjeros de educación superior, y el procedimiento para determinar la correspondencia a los niveles del marco español de cualificaciones para la educación superior de los títulos oficiales de arquitecto, ingeniero, licenciado, arquitecto técnico, ingeniero técnico y diplomado (que ha derogado el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior).

La homologación se define en el artículo 4.a) como el reconocimiento oficial de la formación superada para la obtención de un título extranjero, equiparable a la exigida para la obtención de un título español que habilite para el ejercicio de una profesión regulada. Sus efectos son los dispuestos por el artículo 5.1, de forma que la homologación otorga al título extranjero, desde la fecha en que sea concedida y se expida la correspondiente credencial, los mismos efectos del título español al que se homologa en todo el territorio nacional, de acuerdo con la normativa vigente, y conlleva la posibilidad de ejercicio de la profesión regulada de que se trate en las mismas condiciones de los poseedores de los títulos españoles que habiliten para tal ejercicio.

Ahora bien, la disposición adicional tercera del Real Decreto 967/2014 prevé que el reconocimiento profesional previsto en la normativa comunitaria para los ciudadanos de la Unión Europea se regirá por su normativa específica.

Puede decirse que **podrán acceder a la profesión regulada tanto los que posean un título expedido por otro estado miembro, que haya sido reconocido a efectos profesionales, como quienes posean un título universitario extranjero homologado.**

El aspirante don LLC presentó, para participar en el concurso, el título de "Bachelor of Arts in International Business Administration", título que le habilita según la Orden de 30 de junio de 2009 del Ministerio de Economía y Hacienda, para el ejercicio en España de la profesión regulada de economista, previo cumplimiento de los mismos trámites que para el ejercicio de la profesión se exigen a los profesionales españoles. La salvaguardia de que ese reconocimiento no "implica la homologación del título que aporta ni, por tanto, le confiere validez oficial a efectos académicos", tiene trascendencia en ese ámbito concreto, en el de los efectos académicos, en el contexto del sistema educativo español que se ordena en diferentes etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza.

En su condición de comunitario que ha obtenido un título en otro estado miembro, que faculta para ejercer la profesión de economista en el mismo, se le ha reconocido a dicho título los mismos efectos que al título español para ejercer la profesión de economista en España.

En tal caso, no es precisa la homologación del título para el ejercicio de una actividad profesional y así lo ha declarado la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 2008, en el asunto C-286/06, caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España (TJCE 249/2008).

Según la sentencia, la directiva es aplicable "siempre que el Estado miembro en que se solicita ejercer la profesión de que se trata sea distinto de aquel en que se obtuvo el título que se invoca".

Y se añade:

> … Según el sistema establecido por esta Directiva, un título no se reconoce por el valor intrínseco de la formación que acredita, sino porque permite acceder a una profesión regulada en el Estado miembro en que se ha expedido o reconocido (sentencias Beuttenmüller [TJCE 2004, 103], antes citada, apartado 52, y de 19 de enero de 2006 [TJCE 2006, 24], Colegio, C-330/03, Rec. p. I-801, apartado 19).
>
> En efecto, el sistema general de reconocimiento de títulos de enseñanza superior establecido por la Directiva 89/48 está basado en la confianza recíproca que los Estados miembros tienen en las cualificaciones profesionales que otorgan. Este sistema establece, en sustancia, la presunción de que las cualificaciones de un solicitante habilitado para ejercer una profesión regulada en un Estado miembro son suficientes para el ejercicio de esta misma profesión en los demás Estados miembros.

Pero, además, esa sentencia viene al caso que examinamos en tanto que el tribunal debe resolver un segundo motivo de impugnación, referido a la exigencia de un requisito de homologación de cualquier título extranjero, prevista en una orden ministerial, para poder participar en pruebas de promoción interna en la función pública de España.

En particular nos interesan dos afirmaciones contenidas en los FJ 78 y 79:

> 78.- El Tribunal de Justicia ya ha declarado que cuando sea aplicable la Directiva 89/48 (LCEur 1989, 52), un organismo público de un Estado miembro, obligado a respetar las normas establecidas por esta Directiva, ya no podrá exigir la homologación de los títulos de un interesado por las autoridades nacionales competentes como requisito previo al acceso a la profesión de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999 [TJCE 1999, 161], Fernández de Bobadilla, C-234/97, Rec. p. I-4773, apartado 27, y de 14 de julio de 2005 [TJCE 2005, 238], Peros, C-141/04, Rec. p. I-7163, apartado 35).

> 79.- Tal como ha señalado la Comisión, el artículo 3 de la Directiva 89/48 (LCEur 1989, 52) exige que los títulos expedidos en un determinado Estado miembro permitan a sus poseedores no sólo acceder a una profesión regulada en otro Estado miembro sino también ejercerla allí en las mismas condiciones que los poseedores de títulos nacionales.

En este caso, don LLC, que posee un título obtenido en otro estado miembro que le capacita para el ejercicio de la profesión regulada de economista, debe tener como titular del mismo los mismos derechos que se le reconocen a un español que ostenta el título que habilita en España para ejercer la profesión titulada de economista (diversos títulos de Licenciado en Economía, Administración y Dirección de Empresas, Ciencias Económicas y Empresariales, etc., y en la actualidad grados de tales ramas). Entre ellos, que se considere como suficientemente acreditativo de su capacidad para concurrir a unas pruebas de acceso a la condición de profesor asociado universitario, en las que únicamente se exige la posesión de una titulación de licenciado o equivalente a fin de que pueda compatibilizar su actividad profesional de economista con la de profesor universitario a tiempo parcial.

De lo contrario, se daría, además, **la paradoja de que una persona que ejerce dicha profesión en España no puede acceder a una figura de profesorado que se caracteriza por incorporar al ámbito de la universidad a especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito docente e investigador universitario.**

Como consecuencia de la citada sentencia, se ha dictado la Orden PRE/20161/2009, de 23 de julio, por la que se modifica la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para el ingreso o el acceso en cuerpos o escalas de la Administración General del Estado, cuya copia ha sido incorporada por el interesado.

El nuevo apartado noveno 5 de la Orden APU/3416/2007 dice así:

> 5. Titulación:
>
> Poseer la titulación que se requiera en las bases específicas de cada convocatoria. Los aspirantes con titulaciones obtenidas en el extranjero deberán acreditar que están en posesión de la correspondiente convalidación o de la credencial que acredite, en su caso, la homologación. Este requisito no será de aplicación a los aspirantes que hubieran obtenido el reconocimiento de sus cualificación profesional, en el ámbito de las profesiones reguladas, al amparo de las Disposiciones del Derecho Comunitario.

La Administración instructora considera que dicha orden no resulta aplicable en el ámbito de la universidad, debiendo seguir siendo exigible la preceptiva homologación.

Si bien es cierto que no regula el procedimiento de selección de los profesores asociados, no lo es menos que la propia convocatoria reconoce la especificidad que rodea la acreditación de los títulos obtenidos por nacionales de cualquier estado miembro de la Unión Europea en otros estados miembros (hemos reproducido su literal en el párrafo 11).

Aunque su dicción suscita dudas por la inclusión al inicio del adverbio "asimismo", debe interpretarse en el sentido de que incluye una regla completa de aplicación para tales titulados, quienes no precisan de homologación, siendo suficiente la correspondiente orden de reconocimiento que, con arreglo al Real Decreto 1837/2008, tratándose de la profesión de economista, ha de ser emitida por el Ministerio de Economía y Hacienda (anexo X). La directiva exige una exégesis de la norma nacional que se ajuste a sus disposiciones, si son incondicionales y suficientemente claras y precisas, estando los países de la Unión Europea obligados a aplicar las directivas.

La Comisión entiende que el presupuesto de la titulación exigida en la convocatoria puede constituir requisito esencial cuya carencia habilita el procedimiento de revisión de oficio, pero en éste, a la vista de las consideraciones mencionadas, entendemos que **no se encuentra afectado ningún elemento esencial del acto, más precisamente, que el interesado adolezca de un presupuesto esencial para la adquisición del derecho, por lo que consideramos que no procede su revisión** al amparo del artículo 62.1.f) de la LRJPAC.

DCJA 20/2016 pár. 40 a 71

El Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura invoca la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, al entender que **no podía haber participado en el curso de entrenadores nivel I porque carecía de la titulación necesaria, de esa forma el diploma expedido le atribuye facultades y derechos pese a carecer de los requisitos esenciales para ello.**

(…)

Entre los requisitos que pueden tener esa naturaleza se incluyen, como no, **los referidos a las condiciones personales del sujeto que pueden resultar, conforme a la normativa de aplicación,** esenciales para la adquisición del derecho.

En este contexto, **la Comisión estima que estamos ante un caso grave y notorio de falta del presupuesto indispensable porque está suficientemente probado en el expediente que presentó un documento fraudulento para conseguir la inscripción en el curso, ya que ni cursó ni superó las pruebas de acceso a la universidad para mayores de veinticinco años.** De este modo, la inscripción fue fraudulenta, de modo que no concurre en el interesado la circunstancia para poder acceder al diploma de entrenador Nivel I, al no haber acreditado el título de Graduado en Educación Secundaria o titulación equivalente a efectos académicos.

En consecuencia, en el supuesto examinado –el Diploma de entrenador de nivel I en hípica de don RGC expedido por el Director de Deportes del Gobierno Vasco, con fecha 14 de enero de 2008– concurre la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la LRJPAC, al tratarse de un acto administrativo por el que se han adquirido facultades o derechos por el interesado que carece de los requisitos esenciales para su adquisición, siendo por ello posible su revisión de oficio de acuerdo a lo establecido en el art. 102 de la LRJPAC.

Por último, la Comisión no aprecia que puedan resultar aplicables los límites del artículo 106 LRJPAC, según el cual las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Habría que decir, por el contrario, que para obtener la inscripción en el curso el interesado no sujetó su actuación al comportamiento leal exigible porque presentó un documento sin ser cierto, que certificaba que había superado las pruebas de acceso a la universidad de los mayores de veinticinco años, hecho que, si no ha tenido respuesta penal, lo ha sido por haber prescrito el presunto delito.

DCJA 65/2016 pár. 21 a 29

El ente público Osakidetza invoca la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, al entender que **no podía haber tomado posesión tras cumplimentar una declaración jurada en la que afirmaba que no realizaba ninguna actividad incompatible o sujeta a reconocimiento de compatibilidad, pues era titular de una farmacia e incurría en incompatibilidad**, lo que le impedía cumplir los requisitos y condiciones exigidos por la convocatoria, careciendo de un requisito esencial.

(…)

Antes que nada conviene referir que **la actividad de los farmacéuticos es una actividad privada.**

Tal calificación no se ve desnaturalizada por el hecho de que la autorización de nuevas oficinas de farmacia y de su trasmisión quede sujeta a las formas, condiciones, plazos y demás requisitos establecidos por las leyes.

Se trata como dicen las Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 161/2011, de 19 de octubre o 181/2014, de 6 de noviembre, de una actividad privada de incuestionable interés público, y "la libertad de empresa está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan (STC 109/2003, F J 8) que, en este caso, es la sanidad".

Se extiende sobre la cuestión la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de marzo de 1998 (RJ 1998/3410):

> (...) en nuestro Derecho (Sentencias de esta Sala de 30 junio 1995 [RJ 1995\5248] y 4 abril 1997 [RJ 1997\2675]) se configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de «servicio público impro-

> pio» o de «servicio de interés público» sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, sobre la base de que las oficinas de farmacia prestan una actividad que, aunque privada, es de interés público, considerándose la profesión de farmacéutico como «liberal», pero sujeta, como servicio público que es, a la intervención administrativa necesaria para garantizar este último, por lo que el ejercicio de la profesión de farmacéutico en Oficinas de Farmacia (Sentencia de esta Sala de 9 junio 1988 [RJ 1988\5191]) no ha sido nunca un mero ejercicio empresarial o profesional, sino un servicio público sanitario que siempre necesitó autorización administrativa previa, y, a tal efecto, basta citar, sin acudir a los antecedentes legislativos de las Ordenanzas de Farmacia de 1860, el artículo 103 de la Ley 14/1986, de 25 abril (RCL 1986\1316), Ley General de Sanidad, que prevé, en su apartado 3.º, que tales Oficinas estarán sujetas a la planificación sanitaria, y, en su apartado 4º, que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público, así como el artículo 88 de la Ley 25/1990, de 20 diciembre (RCL 1990\2643), del Medicamento, que reconoce la competencia de las Administraciones Sanitarias para la ordenación de las oficinas de farmacia a partir de los criterios de atención al servicio público de la salud, que cita el precepto, puesto que, como expresa la Sentencia de esta Sala de 17 septiembre 1992 (RJ 1992\6872), rige en cuanto a ellas un régimen jurídico propio de establecimientos que prestan un servicio público, de lo que resulta que propiedad del «establecimiento farmacéutico» y titularidad son términos necesariamente unidos.

Ese régimen jurídico es el que sigue también la Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que señala que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público y exige la presencia y actuación profesional del titular para el desarrollo de las funciones reservadas a las oficinas (artículo 6.1 y 2), debiendo prestar asistencia farmacéutica de forma continuada, estando abiertas al público durante el horario ordinario que se determine por la autoridad sanitaria, oídos los colegios oficiales de farmacéuticos (artículo 8.1 y 2).

También se ha de recordar que **la actividad de farmacéutico titular se encuentra aquejada de una incompatibilidad "funcional" y "horaria" con el ejercicio de actividades en el sector público.**

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en la Sentencia ya citada de 24 de marzo de 1998, al resolver un recurso de casación en interés de ley, en aplicación de los artículos 11.1 y 12.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

El hecho de que el destino como facultativo especialista en análisis clínicos se ubique en el Hospital … y este dependa de Osakidetza, cuando es el Departamento de Sanidad el competente en materia de oficinas de farmacia, no impide apreciar la incompatibilidad, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 10 de mayo de 2001 (JUR 2001/169216), que analiza un caso similar:

> (...) es cierto, como afirma la parte apelante, que el puesto de trabajo de Facultativo en Análisis Clínicos depende del Hospital General Universitario, que a su vez depende de un Órgano Autónomo como es el Servicio Murciano de Salud, con personalidad jurídica propia, sin que dicho Hospital, ni tampoco dicho Organismo Autónomo tengan competencia en materia de farmacias. Sin embargo no es cierto que este Organismo este desvinculado de la Comunidad Autónoma y de la consejería de Sanidad y Política Social. Por el contrario el art. 21.2 de la Ley 4/94 de Salud de la Región de Murcia, dispone que el Servicio Murciano de Salud queda adscrito a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, la cual tiene las competencias en materia de farmacias que se señalan en la sentencia de instancia. Por consiguiente a tenor de la doctrina establecida en la Sentencia de 24 de marzo de 1998 dictada al resolver un recurso de casación en interés de Ley contra una sentencia de esta Sala, procede concluir que se da la incompatibilidad funcional cuestionada, toda vez que en esta sentencia se contemplaba un supuesto semejante al presente entre las funciones de la Secretaria General de la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma, de la que dependía el puesto de trabajo de Técnico en Fármaco vigilancia y las actividades propias del ejercicio como farmacéutico titular de una Oficina de Farmacia, señalando que tal incompatibilidad no tiene que darse, para que sea apreciada, con las funciones específicas del puesto, sino con las funciones que se desarrollan en el Departamento, Organismo o Entidad del que el mismo depende.

El artículo 20 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, adscribe al ente público Osakidetza al departamento de la Administración General competente en materia de sanidad.

En cuanto a la incompatibilidad horaria, dice el Tribunal Supremo en la sentencia de constante cita que:

> (...) siendo regla general la presencia y actuación del farmacéutico propietario-titular de la farmacia mientras esta permanezca abierta al público, conforme al artículo 1.º.2 del Real Decreto 909/1978, de reiterada cita, por cuya razón, y, dados los horarios de la actividad pública desarrollada y de la de farmacia, no procede la compatibilidad entre ambas, sin que a tal conclusión obste el nombramiento de unos farmacéuticos sustitutos con el fin de poder realizar otra actividad pública que lleve consigo una larga permanencia fuera de la Oficina de Farmacia de la que es titular, puesto que precisamente tal circunstancia es incompatible con el deber de prestar el servicio público farmacéutico (Sentencia de esta Sala de 6 mayo 1992 [RJ 1992\4239]).

Desde la perspectiva del ejercicio profesional del farmacéutico titular, el artículo 40.2.c) de la Ley 11/1994, dispone que esta es incompatible con "cualquier actividad profesional que impida la presencia física con carácter general del farmacéutico en el horario normal de atención al público".

Esa incompatibilidad funcional y horaria entre farmacéutico titular y facultativo especialista de análisis clínicos ha sido apreciada asimismo por la Sentencia de 21 de marzo de 2001 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (RJCA 2001/888), que, a su vez, cita la Sentencia de 28 de abril de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Sentencia de 7 de junio de 1996 de la Audiencia Nacional.

Con respecto a las consecuencias de la incompatibilidad, estas se manifiestan en el plazo de toma de posesión, como así lo explicita el artículo 10 de la Ley 53/1984, cuando se trata de otra actividad pública, mientras que su regulación se ha visto completada cuando se trata de una actividad privada por el artículo 13.3 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Entes, organismos y empresas dependientes.

En primer lugar, diremos que la regulación es distinta porque también son muy distintas las actividades públicas y las privadas.

Y, en segundo lugar, que las actividades públicas y privadas abocan a diferentes consecuencias acordes con las particularidades inherentes a las actividades públicas y al estatuto jurídico que les resulta aplicable.

Para el supuesto de dos actividades públicas la regla del artículo 10 de la Ley 53/1984 es la siguiente:

> Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.
>
> A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.
>
> Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución.

Por tanto, **tienen un derecho de opción**, "y por consiguiente el de pasar a la excedencia voluntaria en uno de ambos puestos, se puede ejercitar en relación con cualesquiera de ellos" (por todas Sentencia de 2 de febrero de 1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, AS 1999/5614).

La excedencia voluntaria, ya sea como opción, ya sea como opción tácita o como resultado del no reconocimiento de compatibilidad, "es una consecuencia necesaria impuesta por la finalidad de la norma (Ley 53/1984) y se impone coactivamente al interesado" (STS de 4 de marzo de 1996, RJ 1996/2172).

Esa situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad de dos puestos públicos constituye una situación administrativa reconocida al personal estatutario fijo, tanto en la normativa vasca, ex artículo 28, norma común cuarta, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, que se remite al régimen general del artículo 61.1.a) de la Ley 6/1989, de 6 de Julio, de la función pública vasca, como en la normativa básica estatal, ex artículo 66 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

Para el supuesto de una actividad pública, a la que se accede, y un actividad privada que se venía ejerciendo, el artículo 13.3 del Real Decreto 598/1995, señala:

> Si el que accede a un puesto público viniere realizando una actividad privada que requiera el reconocimiento de compatibilidad, deberá obtener ésta o cesar en la realización de la actividad privada antes de comenzar el ejercicio de sus funciones públicas, si solicita la compatibilidad en los diez primeros días del plazo posesorio se prorrogará éste hasta que recaiga la resolución correspondiente.

Evidentemente también podrá optar, por una actividad o por la otra, si son incompatibles, y deberá hacerlo si, pese a solicitar la compatibilidad, esta se deniega. Pero de optar por la actividad pública deberá cesar en la actividad privada y, si opta por esta, no podrá acceder al servicio de la Administración Pública.

En el régimen del personal estatutario fijo no se contempla el pase a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad cuando se accede a una actividad privada incompatible.

El cese o la falta de acceso es una consecuencia también necesaria impuesta para el cumplimiento de los objetivos de la Ley 53/1984.

Resulta oportuno recordar lo que dijo la STC 178/1989, de 2 de noviembre, al enjuiciar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma:

> El derecho al trabajo no es vulnerado o menoscabado por el hecho de que para su ejercicio –en concreto, en el ámbito de la función pública entendida en sentido amplio– se impongan por el legislador determinados requisitos o limitaciones para garantizar la consecución de determinados objetivos fijados en la propia Constitución.
>
> Ya hemos visto como, entre otros, el principio de eficacia, consagrado constitucionalmente, puede justificar el establecimiento de un sistema de incompatibilidades de los empleados públicos.
>
> Que el establecimiento de dicho sistema supone, evidentemente, limitaciones subjetivas para los empleados públicos, tanto para compatibilizar dos o más puestos en la Administración Pública como para hacer compatibles el ejercicio de la función pública o, en general, la ocupación de un puesto de trabajo en el sector público con el ejercicio de una actividad profesional privada, es innegable. Pero de ahí no puede concluirse, en modo alguno, que la Ley que establezca ese sistema y, en concreto, la Ley 53/1984, vulnera el derecho constitucional al trabajo.
>
> Y ello porque el derecho al trabajo constitucionalmente protegido no garantiza en modo alguno el derecho a que dicho trabajo se desarrolle en determinadas condiciones, con ausencia de determinadas limitaciones, sino que garantiza, simplemente, que el legislador, en el ámbito de la función pública, no va a imponer requisitos o condiciones que no respondan a los intereses públicos a los que, con objetividad, ha de servir, como impone el art. 103.1 de la Constitución, la organización –la Administración Pública– en la que se encuadran los servidores o empleados públicos.
>
> Si ello es así, si la finalidad a que responde el sistema de incompatibilidades es el mejor atendimiento de los intereses públicos, no puede decirse –y no puede decirse tampoco en este caso– que la norma que lo establece vulnera el derecho al trabajo, que se sitúa, por lo que hemos dicho, en otro plano diferente.
>
> De ahí que el legislador pueda regular, especialmente cuando se trata del trabajo desempeñado al servicio de las Administraciones Públicas, no sólo el modo de acceso al mismo –tema ajeno a la cuestión que aquí se plantea–, sino también las condiciones y requisitos de desempeño del mismo, incluidas las incompatibilidades con el desarrollo de actividades profesionales o laborales al margen de la considerada por el legislador.
>
> Bien entendido, por lo demás, que el sistema de incompatibilidades regulado en la Ley 53/1984 no vulnera tampoco, como implícitamente pretenden en algunos pasajes de su demanda los recurrentes, la libertad de elección de profesión y oficio, consagrada, al igual que el derecho al trabajo, en el art. 35.1 de la Carta fundamental.
>
> La Ley impugnada no impide a nadie llevar a cabo esa elección, como tampoco la de desempeñar la profesión u oficio elegido libremente. Lo que impide o condiciona, según los casos, es que los empleados públicos, mientras estén al servicio de una Administración Pública, desempeñen otra actividad profesional o laboral distinta a la propia de su empleo público. Lo cual es, evidentemente, algo muy diferente.

Las consecuencias de la opción derivan en el cese en una de ellas y no, como en el caso de dos actividades públicas, en la declaración de excedencia voluntaria por incompatibilidad en cualquiera de ellas.

Es incuestionable que no cabe declarar en excedencia voluntaria a un farmacéutico titular para que desarrolle otro puesto en la Administración pública, por lo que tampoco es posible que, habiendo elegido la actividad de farmacéutico titular, quede en excedencia voluntaria en una relación estatutaria que depende de la toma de posesión en un puesto al que no ha accedido.

El artículo 28, norma primera 2, de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, prescribe que el vínculo estatutario se adquiere mediante el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: superación del procedimiento selectivo correspondiente, nombramiento conferido por autoridad competente y toma de posesión dentro del plazo reglamentario.

El artículo 20.1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, dispone a su vez:

> 1. La condición de personal estatutario fijo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:
>
> a) Superación de las pruebas de selección.
>
> b) Nombramiento conferido por el órgano competente.
>
> c) Incorporación, previo cumplimiento de los requisitos formales en cada caso establecidos, a una plaza del servicio, institución o centro que corresponda en el plazo determinado en la convocatoria.
>
> 2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo b) del apartado anterior, no podrán ser nombrados, y quedarán sin efecto sus actuaciones, quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.
>
> 3. La falta de incorporación al servicio, institución o centro dentro del plazo, cuando sea imputable al interesado y no obedezca a causas justificadas, producirá el decaimiento de su derecho a obtener la condición de personal estatutario fijo como consecuencia de ese concreto proceso selectivo.

Las causas justificadas a las que alude el párrafo tercero se refieren, indudablemente, a aquellas que impiden la incorporación "dentro del plazo" concedido, pero no a aquellas que impiden la incorporación en todo caso, por no reunir el interesado los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria.

En cualquier caso, lo aquí debatido es la toma de posesión por doña MARC del puesto de la categoría de facultativo especialista médico-técnico de análisis clínicos del Hospital …, lo que en su condición de titular de farmacia solo podría haberse producido (i) de haber obtenido la preceptiva autorización de compatibilidad o (ii) de haber optado por el puesto público y cesado en la actividad de farmacéutico titular, al resultar ambas actividades incompatibles.

No estamos ante un vicio de forma o procedimiento en el acto, sino de un vicio material que permite tomar posesión de un puesto a una aspirante que realiza una actividad privada incompatible, con las distorsiones que ello provoca en la eficaz prestación de la Administración, y que motivan la incompatibilidad funcional y horaria de ambas actividades.

De este modo, en tanto que la interesada es titular de una farmacia y no ha optado por cesar en dicha actividad, en el acto de toma de posesión no concurre un requisito esencial: la circunstancia de no estar incursa en causa legal de incompatibilidad.

En consecuencia, **en el supuesto examinado, el acto de toma de posesión de 14 de agosto de 2008 se encuentra viciado por una causa de nulidad de pleno derecho prevista en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992**, al tratarse de un acto administrativo por el que se han adquirido facultades o derechos por el interesado que carece de los requisitos esenciales para su adquisición, siendo por ello posible su revisión de oficio de acuerdo a lo establecido en el art. 102 de la Ley 30/1992.

Por último, la Comisión no aprecia que puedan resultar aplicables los límites del artículo 106 LRJPAC según el cual las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

En este caso, **si bien ha trascurrido un periodo prolongado desde el dictado del acto hasta su revisión, no pude decirse que ello permitiera generar en la interesada una confianza legítima sobre su legalidad porque fue privado de efectos** por la Resolución 930/2009, de 5 de marzo, de la Directora General de Osakidetza-SVS, por la que se modifica la Resolución 2145/2008, de 11 de junio, por la que se procede a la adjudicación de los destinos vacantes por el turno libre en la categoría de Analista clínico, y si bien dicho acto fue anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo fue no por razones materiales sino por no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido.

DCJA 167/2016 pár. 49 a 90

Para el análisis de fondo de la petición formulada, debemos atender en primer lugar si procede la declaración de oficio por englobarse entre los actos administrativos que ponen "fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo", tal y como exige el artículo 102.1 LRJPAC.

En este caso, **conforme a las bases generales de la convocatoria el acto que aprueba la relación definitiva de personas aspirantes admitidas y excluidas a cada dotación, aunque forma parte de un proceso que no concluirá hasta la resolución definitiva del concurso, en la medida en que reconoce a don EGG su derecho a participar en el mismo, es un acto que no puede ser desconocido y vincula a la Administración que lo ha dictado**, que ha realizado previamente una comprobación del cumplimiento de los requisitos, por lo que puede ser susceptible de revisión por esta vía, al constituir un acto definitivo.

La Administración que ha tramitado el procedimiento invoca la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.f) de la LRJPAC, al entender que, **al encontrarse don EGG en la situación de excedencia voluntaria por interés particular y no haber cumplido el tiempo mínimo de estancia en la misma, ello le impedía cumplir los requisitos y condiciones exigidos por la convocatoria para participar en el concurso**, careciendo de un requisito esencial.

Antes de examinar si concurre la invocada causa de nulidad hay que señalar que siguen siendo de aplicación las causas de nulidad dispuestas por la LRJPAC, al tratarse del régimen sustantivo o material por el que se regía el acto que se pretende revisar cuando se dictó. En ese sentido cabe recordar que el Consejo de Estado distingue de forma que "si bien el ejercicio de la potestad de revisión de oficio debe instrumentarse a través del procedimiento aplicable al tiempo en que el mismo se inició, en los sustantivo debe seguir la norma vigente cuando el acto a revisar se adoptó" (Dictamen 856/1993, de 15 de julio).

En cualquier caso, el nuevo artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), contiene las mismas causas de nulidad de pleno derecho que el artículo 62 LRJPAC.

(…)

En este caso, **existen dos aspectos del régimen de excedencia voluntaria por interés particular que deben ser tomados en cuenta**:

a) Con arreglo al artículo 61.1 b) LFPV y artículo 6 del RSPFV**, el funcionario declarado en situación de excedencia voluntaria por interés particular carece de reserva de puesto de trabajo y debe permanecer en esta situación un mínimo de dos años continuados.**

b) El reingreso del excedente voluntario se producirá, ex artículo 68.2 y 3 LFPV y artículo 23 RSPFV, mediante "la participación en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo a través de los sistemas de concurso o libre designación" o también "mediante su adscripción con carácter provisional a una vacante propia de su cuerpo o escala".

A ellos se añaden otras dos consideraciones relativas a los concursos como sistemas de provisión:

a) Según el artículo 48.1 LFPV, "podrán participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo los funcionarios que se hallen en situación de servicio activo, servicios especiales y excedencia para el cuidado de los hijos. Asimismo, podrán concurrir, reingresando al servicio activo a través de estos procedimientos, quienes se encuentren en situación de excedencia forzosa en servicio en otras Administraciones Públicas y los suspensos y excedentes voluntarios, siempre que hubieran cumplido el tiempo de permanencia establecido para tales situaciones".

b) De forma coherente, el artículo 10.3 c) del Reglamento de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de las administraciones públicas vascas, aprobado por Decreto 190/2004, de 13 de octubre, impide tomar parte en los concursos al "personal que, encontrándose en excedencia voluntaria por interés particular o por agrupación familiar, no haya permanecido el tiempo mínimo exigido para reingresar".

Evidentemente, el concurso regulado por la Orden de 9 de julio de 2015, del Consejero de Administración Pública y Justicia, en lo que se refiere a las bases generales, y Orden de 20 de noviembre de 2015 del Consejero de Administración Pública y Justicia, en lo que se refiere a las bases específicas del concurso para la provisión de puestos de trabajo del área de conocimiento …, recoge tales requisitos y limitaciones, como ya ha quedado señalado.

Pues bien, **es indudable que don EGG no había cumplido el periodo mínimo de permanencia en la situación de excedencia voluntaria por interés particular para reingresar al servicio activo participando en dicho concurso y debía haber sido inadmitida su solicitud**.

También lo es que, a la vista del derecho reconocido por el acto que se quiere revisar –el derecho a participar en el concurso–, no reunía un requisito esencial para ello: haber permanecido un mínimo de dos años en excedencia voluntaria. A juicio de la Comisión estamos ante un caso grave y notorio de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedente le reconoció.

En el mismo sentido se pronuncia el Dictamen 183/14, de 15 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, si bien en aquel caso lo revisado era el acto de nombramiento derivado del concurso celebrado y la persona afectada cuando concursó no se encontraba en la situación de excedencia voluntaria por interés particular sino en la de excedencia voluntaria para el mantenimiento de la convivencia, pero al igual que en el supuesto que se examina no había permanecido el tiempo mínimo para reingresar que era de dos años.

En definitiva, la situación de excedencia voluntaria de don EGG le impedía acceder al concurso de forma clara, salvo que hubiera cumplido dos años de permanencia, y con el acto de admisión adquirió el derecho a participar en el mismo pese a que le faltaba un presupuesto objetivo y previo, como es el hecho de estar en una situación administrativa que le habilita para participar, que tiene carácter esencial pues solo desde las situaciones previstas por la ley se puede participar en un concurso.

La obligada conclusión es que procede la revisión de oficio al darse el supuesto previsto en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992.

Como última consideración cabe añadir que **no resultan aplicables los límites del artículo 106 LRJPAC,** que señala que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando "por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

La rápida depuración del acto permitirá precisamente que, en contra de los intereses de terceros, no se generen en favor del interesado derechos de otra naturaleza derivados de su participación en el concurso.

DCJA 189/2016 pár. 30 a 48

C) Art. 62.1.g) LRJPAC. Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal

(…) **la oferta no puede ser admitida pues el PCAP exige la ejecución de dos suministros iguales o similares a los del objeto del contrato.**

Pues bien, esta Comisión, atendiendo a los criterios seguidos por el OARC/KEAO, expuestos en las resoluciones a las que se ha aludido en los párrafos precedentes, entiende que concurre la causa de nulidad alegada por la Administración consultante.

El TRLCSP determina en su artículo 54 que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Respecto a la exigencia de solvencia, el mismo TRLCSP dispone en su artículo 62 que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se deben indicar, según preceptúa el apartado 2 de este artículo, en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

Sobre la interpretación de las exigencias de solvencia técnica reflejadas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y su adaptación a lo dispuesto en este artículo 62, debemos partir, tal y como ya hemos señalado, del criterio fijado en la Resolución 82/2014 por el OARC/KEAO. Así, **la UTE adjudicataria ha acreditado la realización de un trabajo similar, pero, de entre los restantes alegados, no se encuentra ninguno que pueda considerarse igual o similar al objeto de este contrato. Por tanto, la empresa debió haber sido excluida en la fase oportuna del procedimiento de contratación.**

Se ha incurrido, por tanto, en la causa de nulidad de derecho administrativo contemplada en el artículo 32.b) del TRLCSP al adjudicar el contrato administrativo de suministro a un licitador carente de la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Procede, en consecuencia, la revisión del citado acto administrativo de adjudicación.

La UTE adjudicataria esgrime en sus alegaciones la previsión contenida en el artículo 102.4 de la LRJPAC, que dispone que las administraciones públicas, al declarar la nulidad de un acto administrativo, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esta ley. Señala que, en caso de declararse la nulidad que se pretende, se darían las circunstancias para que procediera dicha indemnización, ya que se ha irrogado a la UTE un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, derivado todo ello de la actuación administrativa.

En parecidos términos, el artículo 35 TRLCSP determina que la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato y, por lo que aquí interesa, la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. No obstante, esta previsión está dirigida a los supuestos en los que el contrato ya se ha perfeccionado, y éste no es ese caso.

Puede concebirse, por tanto, pues así lo contempla la LRJPAC, que la misma resolución que declara la nulidad se pronuncie sobre la procedencia de indemnizar a la UTE reclamante.

Ahora bien, esa **indemnización no puede ser contemplada en este caso ya que, por un lado, el contratista no ha acreditado suficientemente ninguno de los daños que dice haber sufrido, lo cual constituye motivo suficiente para rechazar la indemnización. Por otro lado, la exclusión del procedimiento, aunque fue posteriormente anulada, fue comunicada al contratista antes de la resolución del recurso que afectaba a su adjudicación, por lo que el contratista no había consolidado derecho alguno frente a la Administración, disponiendo únicamente de meras expectativas.**

DCJA 6/2016 pár. 46 a 55

III. Instrumentos urbanísticos

El ayuntamiento fundamenta la revisión de oficio de la licencia otorgada, al amparo de esa causa de nulidad**, en el hecho de que la chabola construida no se ajusta a las determinaciones del planeamiento urbanístico de aplicación, según lo declarado por la** citada **sentencia** del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Donostia-San Sebastián, cuyas conclusiones asume, de conformidad con lo señalado en el informe jurídico emitido en el procedimiento.

En síntesis, tomando en consideración el proyecto de pavimentación del barrio … aprobado en el año 2007 (para reordenar los espacios públicos y privados, incluida la reordenación de las chabolas existentes, con previsión en los planos de la chabola a construir en sustitución de las tres existentes), la valoración conjunta de ese proyecto con el

instrumento de planeamiento general y lo declarado en la meritada sentencia, el ayuntamiento llega a las siguientes conclusiones:

a) Se entiende como ilegal la altura del edificio construido a 3 metros, cuando debería cumplir la altura máxima de 2,50 metros –así lo puso de manifiesto el arquitecto técnico en su informe previo al otorgamiento de la licencia–, coincidente con lo admitido en el artículo 122 de las ordenanzas de las normas subsidiarias vigentes.

b) No son de aplicación los dos convenios urbanísticos singulares suscritos entre el ayuntamiento y el titular de la licencia, que permiten establecer, *iure conventionis*, un régimen singular de la licencia otorgada.

c) No resulta posible que "vía sustitución de las diversas txabolas dispersas preexistentes, a la resultante se le pudiera dispensar el régimen de altura del edificio o de retranqueo al límite de parcela y al vial público del barrio …" (apartado 3.2, fundamento de derecho quinto de la sentencia citada), siendo claro que, en este caso, la normativa urbanística no permite una altura superior a 2,50 metros; y, en cuanto a la ubicación de la chabola, según el planeamiento vigente, "se admite que su situación se contemple en aquel lugar de la parcela en la que la afección al paisaje resulte mínima, lo que relacionado con la ordenación recogida en el proyecto de pavimentación del barrio …, debe entenderse que la ubicación elegida es la prevista en dicho proyecto" (en términos del informe jurídico).

Para el examen de la revisión planteada interesa valorar una serie de circunstancias fácticas de singular relevancia en este caso.

En primer lugar, el acto de concesión de licencia municipal (el decreto sometido a revisión) se ampara expresamente en "los convenios firmados con el Ayuntamiento de 25 de noviembre de 1994 y 4 de abril de 2007".

Dichos convenios no son objeto de examen por esta Comisión, pero resulta de utilidad para nuestro análisis recordar su tratamiento según la normativa aplicable. Así, de acuerdo con el párrafo 4 de la disposición adicional séptima de la LSUPV, "Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico".

La incorporación de esa causa de nulidad de pleno derecho induce a pensar que el legislador autonómico, consciente de la potencialidad adquirida por los convenios, delimitó objetivamente el campo transaccional de las administraciones públicas y atribuyó el mayor nivel de contravención a las estipulaciones de los convenios mediante las que se pacten con los particulares fórmulas que sorteen previsiones imperativas incluidas en el planeamiento en vigor.

La licencia concedida supuso, a la luz de su motivación, **la materialización de** tales **convenios.**

En el procedimiento de revisión ha emitido informe el arquitecto técnico municipal, en el que, entre otros aspectos, a lo que ahora interesa, señala que, con carácter previo a la concesión de la licencia, informó advirtiendo que la altura de alero de la chabola planteada en el proyecto era de 3 metros y, sin embargo, la altura máxima, "según lo dispuesto en el artículo 92 del documento de revisión de las normas subsidiarias", era de 2,50 metros, por lo que se debería respetar esa altura en la construcción de la edificación.

Dicha advertencia del técnico municipal no fue considerada en el acto de otorgamiento de la licencia, que autorizó la construcción a una altura máxima de 3 metros (previsión cuyo origen, según traslada el expediente, no se encuentra en la norma de planeamiento, sino que fue una estipulación del convenio suscrito en el año 2007).

En segundo lugar, procede mencionar también –como circunstancia que cualifica el caso– que existe una sentencia judicial firme (la ya citada Sentencia nº 217/2013, de 30 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián) que, en relación con el acto de otorgamiento de la licencia, señala (en el fundamento jurídico sexto –enumerado de forma repetida como quinto–): "Empero los hechos determinantes son claros: la licencia otorgada en el año 2007 es ilegal al vulnerar –vía «flexibilidad interpretativa» y iure conventionis (1994 y 2007)– las determinaciones del instrumento de planeamiento lo que constituye una infracción grave según establece la legislación urbanística (vide STS de 14 de marzo de 1995. ROJ STS 10046/95. Asunto: Fortí de la Reina, Tarragona)".

De la argumentación de la sentencia que precede a esa conclusión, cabe extraer las siguientes consideraciones:

> 3.1. No puede sostenerse como hace la corporación demandada que los dos convenios urbanísticos singulares suscritos con el titular de la licencia permiten establecer, iure conventionis, un régimen singular de la licen-

cia otorgada, como ya había advertido, además, el propio técnico municipal informante (…) en el que se pone de manifiesto que la edificación en la altura de alero era de 3 metros sin embargo la altura máxima era de 2,50 por lo tanto debía ser respetada en la construcción de la edificación.

3.2. No puede salvarse esta infracción invocando, vía interpretativa lo dispuesto en los artículos 40, 41, 43 y concordantes de las NNUU [Normas urbanísticas], conjuntamente con los convenios de 1994 y 2007, que vía sustitución de las diversas txabolas dispersas preexistentes, a la resultante se le pudiera dispensar el régimen de altura del edificio o de retranqueo al límite de parcela y al vial público del barrio … que aparece identificado en el informe pericial judicial.

Para el juzgado, **la licencia de obras se encuentra aquejada de una infracción grave del ordenamiento jurídico y, si no procede a su directa depuración, dando adecuada respuesta a la acción pública ejercida por el particular que insta su revisión, es debido a la necesidad de preservar y no interferir en la competencia de la entidad municipal que ha dictado el acto para que, por sí misma y conforme al procedimiento *ad hoc* establecido por la LRJPAC, lo deje sin efectos.**

Y, en tercer lugar, debe tenerse en cuenta, igualmente, que nos hallamos ante una licencia otorgada en suelo no urbanizable, cuyo tratamiento en la LSUPV (sección primera del capítulo IV del título II, en sintonía con lo proclamado en el párrafo octavo *in fine* del apartado IV de su exposición de motivos) permite considerar que, en principio, los actos de autorización para obras de construcción, edificación e instalación en ese suelo tienen un régimen restringido.

También se observa esa singularidad, por ejemplo, al tratar la construcción clandestina en ese tipo de suelo, junto a la ejecutada en terrenos calificados como dotaciones públicas o en dominio público o que afecten a bienes catalogados por el ayuntamiento o declarados de interés cultural (artículo 224.5 LSUPV).

Tomando en consideración las precedentes circunstancias, **entendemos que la infracción del ordenamiento urbanístico detectada presenta unas características adicionales de gravedad (lo que se viene denominando doctrinalmente "plus de gravedad") o relevancia que evidencian el otorgamiento de una licencia de construcción en suelo no urbanizable sujeta –con amparo en unos convenios urbanísticos– a unas condiciones *ad hoc* distintas a las establecidas en las normas urbanísticas del municipio para regularizar las chabolas existentes en ese tipo de suelo.**

Lo contrario permitiría admitir la posibilidad de pactar unas condiciones específicas de concesión de licencias por vía de convenios en contradicción con la normativa urbanística de general aplicación, que, como ya se ha apuntado, se encuentra expresamente vedada en la LSUPV (disposición adicional séptima).

En definitiva, **la Comisión aprecia que en este caso se produce una discrepancia entre la licencia concedida y la normativa urbanística, que constituye una infracción grave** –tal y como señala la sentencia de constante cita– **y presenta la sustancialidad que exige el artículo 62.1.f) de la LRJPAC para viciar el acto de nulidad,** en el sentido expuesto en el informe técnico emitido en el expediente de revisión: por lo que concierne a la altura del alero, el criterio que se debe tener en cuenta es el que aparece en el documento de revisión de las normas subsidiarias en vigor, "ya que en el proyecto de «Pavimentación del barrio …», no se determina la altura de la construcción. Por lo tanto, la altura del alero deberá ser de 2,50 m y no de 3,00 m, tal como está construida".

Como última consideración añadida, también entiende que **de esa forma se viene a garantizar –sin nuevas dilaciones– el cumplimiento debido de lo exigido por la sentencia, cuya ejecución motiva la apertura del presente procedimiento de revisión, que exige además la adopción de "las medidas que procedan en orden a la restauración de la legalidad urbanística infringida por la licencia otorgada",** habiéndose realizado una ponderación razonable y proporcionada de las circunstancias que lo singularizan, sin que se deje sin satisfacción el interés tutelado por el fallo a ejecutar o condicionado por nuevos procesos.

DCJA 53/2016 pár. 55 a 72

IV. Límites a la revisión de oficio

Por dicho motivo **la Comisión ha considerado que concurre la causa de nulidad de pleno derecho alegada en supuestos en los que se ha acreditado en el expediente que en el momento en que se constituyó la pareja de hecho mediante su inscripción en el registro uno de su miembros estaba ligado por vínculo matrimonial.** En este sentido, se consideraba incumplido un requisito esencial subjetivo para la constitución de las parejas de hecho.

Así, del examen del marco normativo que regula el acto que se pretende revisar –artículo 2 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho (en adelante LRPH)– hemos apreciado que forma parte de la definición legal de la pareja de hecho que los dos miembros no estén "unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho".

Además, **no se debe ignorar que la inscripción de la pareja en el Registro de parejas de hecho tiene carácter constitutivo**, a tenor del artículo 3.1 LRPH, de suerte que no se tendrá por legalmente constituida si no figura en dicho registro (o en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos), ni les serán de aplicación las restantes previsiones de la ley o las que se contemplen en otras leyes para cuya aplicación se tome como presupuesto de hecho la existencia de una pareja de hecho, leyes que vienen a conformar su estatuto jurídico.

Ahora bien, a diferencia de otro tipo de supuestos, entendemos que en el presente se concitan una serie de elementos que nos conducen a considerar como no procedente la revisión del acto.

Tal y como hemos destacado en diferentes ocasiones, la LRJPAC sujeta la posibilidad de revisión a determinados límites en su artículo 106. Así, dispone que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.

Es decir, que la propia ley no considera adecuado el ejercicio de la potestad revisora cuando la misma, atendiendo a las circunstancias de cada caso, entra en conflicto con la seguridad jurídica. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 13 de febrero de 2012 (RJ 2012-3955) reitera la doctrina del tribunal sobre los bienes jurídicos en juego en la institución de la revisión de los actos en la vía administrativa:

> La revisión de los actos administrativos firmes se sitúa entre dos exigencias contrapuestas: el principio de legalidad, que postula la posibilidad de revocar actos cuando se constata su ilegalidad, y el principio de seguridad jurídica, que trata de garantizar que una determinada situación jurídica que se presenta como consolidada no puede ser alterada en un futuro. El problema que se presenta en estos supuestos es satisfacer dos intereses que son difícilmente conciliables, y la solución no puede ser otra que entender que dichos fines no tienen un valor absoluto, siendo la única manera de compatibilizar estos derechos es arbitrando un sistema en el que se permita el ejercicio de ambos. De ahí que en la búsqueda del deseable equilibrio el ordenamiento jurídico sólo reconozca la revisión de los actos en concretos supuestos en que la legalidad se ve gravemente afectada y con respeto y observancia de determinadas garantías procedimentales en salvaguarda de la seguridad jurídica y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derecho a favor de terceros.

Así, para llevar a cabo la revisión la propia ley requiere, además de justificar la existencia de un motivo de revisión, motivar la aplicabilidad o inaplicabilidad al caso de los límites establecidos en el artículo 106.

Al respecto el Tribunal Supremo ha señalado, en su sentencia de 1 de julio de 2008, que: "Los límites de la revisión deben aplicarse cuando, a través del ejercicio de la acción de nulidad, se pretende reabrir el procedimiento, de forma evidentemente tardía y sin que exista justificación alguna para tan larga espera, cuando desde el momento inicial se conocía o podía conocerse la hipotética causa de nulidad. No cabe, sin invocar un perjuicio nítido –o, cuanto menos, aparentemente posible– y sin invocar razones jurídicas a favor de una decisión distinta, reabrir el cuestionamiento de un acto administrativo por quienes pudieron hacerlo con anterioridad".

Es decir, **el transcurso del tiempo opera como presupuesto de la aplicación de los límites de la revisión cuando permite que se consoliden situaciones jurídicas o derechos de los particulares cuya revisión puede ser contraria a los principios de equidad y buena fe, el derecho de los particulares y las leyes. En estos supuestos la restauración del orden jurídico ocasionaría perjuicios, en detrimento del equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica que justifica en último término las facultades de revisión.**

En este tipo de situaciones prevalecería el principio de la seguridad jurídica, que implicaría el mantenimiento de situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados que confían en la continuidad de las relaciones jurídicas surgidas de actos firmes de la Administración, que no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que había razón para considerarlos definitivos y actuar en consecuencia. Ello no quiere decir que la acción de nulidad no pueda ejercitarse contra los actos firmes de la Administración. Puede promoverse contra actos firmes, pero su ejercicio es improcedente cuando con ello se vulneren las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto de los derechos de los particulares como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración (STS 7618/2000 de 23 de octubre Nº Recurso: 3079/1995).

Siguiendo este razonamiento, la STS 730/2004, de 9 de febrero de 2004, indica que el "principio de protección de la confianza legítima del ciudadano en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela".

Relacionado con el supuesto objeto de nuestro dictamen, se nos presenta una revisión de un acto que fue dictado hace más de quince años y que ha permanecido vigente, sin que se haya advertido durante ese periodo cuestión alguna sobre su irregularidad. En este caso, es evidente que el devenir temporal ha generado en los integrantes de la pareja una confianza en la regularidad de su situación que de revertirse ocasionaría unos perjuicios graves, limitando unas expectativas legítimamente creadas.

Más aún, incluso en este supuesto **el límite temporal se presenta como un obstáculo infranqueable, ya que de haberse advertido la no adecuación a la norma de la constitución de la pareja de hecho en una época anterior**, doña MJTC **hubiera podido reaccionar solicitando el divorcio para así poder constituir nuevamente la pareja de hecho,** cuestión que actualmente ha devenido imposible derivada del fallecimiento del otro integrante de la pareja de hecho.

Además, unido a lo anterior, a diferencia de otro tipo de supuestos, debemos reseñar como elemento relevante que **los solicitantes de la inscripción en todo momento actuaron de buena fe.** Durante el proceso de inscripción de la pareja el estado civil de separada de la solicitante, según consta en los documentos aportados, fue declarado en todo momento. Al efecto aportó la sentencia que así lo constataba lo que, desde el inicio, evidenciaba la imposibilidad legal de constituir la unión entre ambos. Durante todo el proceso la Administración fue plenamente conocedora de dicho impedimento, a pesar de lo cual se procedió a la inscripción.

Finalmente, durante todo este lapso temporal los integrantes de la pareja han actuado en la confianza de que su unión era perfectamente válida y han acomodado su actuar a dicha realidad durante toda la vida de la pareja de hecho hasta su extinción por fallecimiento.

Más aun, tras el fallecimiento de uno de los integrantes, doña MJCT legítimamente solicitó la correspondiente pensión de viudedad en la confianza de que le asistía dicho derecho.

No debemos olvidar que, de acuerdo al artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social (actual 220.1 TRLGSS), "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho, en los términos a que se refiere el apartado siguiente (...)".

Por su parte, el apartado siguiente 174.3 de la LGSS (actual 221.2 TRLGSS) expresa que "A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

La posible contradicción (derivada asimismo de la posibilidad de que, de acuerdo con la legislación de determinadas comunidades autónomas, puedan constituir parejas de hecho las personas separadas) fue objeto de interpretación mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2014, de 7 abril –RTC\2014\44– que manifestó que ”el apartado 2 del mismo art. 174 LGSS reconoce el derecho a la pensión de viudedad, en los casos de separación o divorcio, a favor de quien sea o haya sido cónyuge legítimo «siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente». Es decir, que las personas a las que …, por no tener la consideración de pareja de hecho de conformidad con el apartado 3 debido a la subsistencia del vínculo matrimonial, quedarían amparadas en el supuesto del apartado 2, cumpliendo el resto de los requisitos generales, de manera que el régimen establecido por el legislador en el apartado 3 para las parejas de hecho tiene una justificación objetiva y razonable, en la medida en que tiende a evitar que pueda generarse doblemente el derecho a pensión de personas distintas debido a la no extinción del vínculo matrimonial”.

Más aun, la titularidad del derecho a pensión en estos casos, tal y como establece la STS, de 22 de septiembre de 2014 (EDJ 2014/223374), “…únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho», es decir a las inscritas”.

Finalmente, cabe advertir que, a pesar de que el artículo 2 de la LRPH exige que los dos miembros no estén “unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho”, el artículo 10.2 del Decreto 124/2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de parejas de hecho de la CAPV, parece autorizar la constitución como pareja de hecho cuando uno de los integrantes esté separado legalmente ya que entre los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos menciona: “e) Sentencia judicial de separación, divorcio o nulidad, o certificado literal de matrimonio en el que conste alguno de estos extremos”.

En suma, **la Comisión considera que la revisión del acto sobrepasaría los límites que para la misma están establecidos en el artículo 106 LRJPAC ya que el transcurso del tiempo unido a la buena fe de los integrantes afectaría a la seguridad jurídica y a la confianza legítima creada por la producción de efectos del acto en el tiempo.**

DCJA 139/2016 pár. 22 a 43

Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

I. Generalidades

El recurso extraordinario de revisión es **una vía muy especial para la impugnación de los actos y la habilitación legal para su interposición se ciñe a una serie de supuestos tasados que reclaman una interpretación estricta, sin que pueda aquél utilizarse como un recurso ordinario.**

Como reitera la jurisprudencia, el recurso extraordinario de revisión solamente procede cuando concurren las circunstancias legales y por tanto **no puede ser empleado para intentar revisiones fácticas o jurídicas que pudieron ser planteadas en la impugnación a través de los recursos ordinarios legalmente establecidos para combatir la actuación administrativa.**

Asimismo, de acuerdo con la jurisprudencia (por todas, STS de 26 de octubre de 2005), **al examinar los recursos extraordinario[s] de revisión ha de tomarse en cuenta que el error de hecho y el error de derecho son categorías distintas.**

El error de hecho en una decisión administrativa se produce cuando el órgano apoya esta en hechos inexistentes o sin ponderar otros reales y relevantes para el objeto de la resolución.

El error de derecho concurre cuando no hay controversia sobre el sustrato fáctico tomado en cuenta para dictar el acto y, sin discutirse esa realidad material, se pretende combatir la calificación formal que en el plano normativo se ha dado a los hechos o a las consecuencias jurídicas anudadas a éstos.

Las causas 1ª, 2ª y 3ª del artículo 118. 1 LRJPAC responden al propósito de subsanar por la vía del recurso extraordinario de revisión el error de hecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa impugnada.

Dicho error fáctico puede revelarse a través de las vías que abre el citado precepto: (i) por así derivarse de la documentación obrante en el expediente (causa 1ª); (ii) por la aparición de documentos de valor esencial que no estaban a disposición de los interesados cuando se dictó la resolución y evidencian el error (causa 2ª); y (iii) porque se ha producido la declaración judicial de falsedad de los documentos o testimonios decisivos para el acto (causa 3ª).

DCJA 238/2016 pár. 25 a 31

II. Art. 118.1.1º LRJPAC: Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

En cualquier caso, en el examen del supuesto planteado, a la luz de la caracterización doctrinal del recurso extraordinario de revisión, lo primero que se aprecia con claridad es que, tomemos una u otra causa, **el recurso no trae una realidad fáctica distinta.**

Entre ambas resoluciones –la de 1 de julio de 2015 y la de 16 de mayo de 2016– **no aparece un nuevo hecho, causa o suceso, no aflora "algo que se refiere a una realidad independiente de toda opinión, criterio o particular calificación, poseyendo las notas de ser evidente, indiscutible y manifiesto"** (SSTS de 6 de abril de 1988 y 4 de octubre de 1993, entre otras).

El recurso, en realidad, nos enfrenta a una cuestión jurídica o, en los términos expuestos al inicio, a un supuesto error jurídico. **El debate a resolver consiste, no en delimitar unos hechos materiales distintos, sino en discernir, mediante la interpretación de las normas que resultan de aplicación, si la titulación de la que dispone la interesada es o no adecuada para poder impartir el nivel de educación infantil en un centro docente público de la CAPV.**

Como hemos señalado, en el marco extraordinario de la revisión, bien porque así se derive del expediente tramitado para el dictado de la Resolución de 1 de julio de 2015, bien porque así se derive de la Resolución de 16 de mayo de 2016, lo relevante es que por una de estas dos vías surja la evidencia de un error en el presupuesto fáctico tomado en consideración por la Resolución de 1 de julio de 2015 o bien un presupuesto fáctico ignorado por esta que, sin

embargo, debió tener en cuenta. De tal modo que con esa nueva realidad material la Resolución de 1 de julio de 2015 debiera haber sido otra.

No obstante, ambas resoluciones parten de unos mismos hechos: la interesada cuenta con el título de Maestra en la especialidad de Educación Primaria y el Título de Especialista Universitario, expedido por la UNED [Universidad Nacional de Educación a Distancia] y homologado en el marco de la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996.

No hay nuevos hechos; lo que sucede es que a unos mismos hechos se les anudan consecuencias jurídicas distintas en virtud de la aplicación de la normativa vigente.

De la lectura de la Resolución de 1 de julio de 2015 se desprende que se dicta en aplicación de la Orden de 27 de agosto de 2012, de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación, por la que se aprueba la normativa sobre gestión de la lista de candidatos y candidatas para la cobertura de necesidades temporales de personal docente en centros públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, Orden de 27 de agosto de 2012, de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación).

La Resolución de 16 de mayo de 2016, por su parte, pone fin al procedimiento iniciado por la recurrente para conocer "si sería posible seguir ejerciendo como profesora de Educación infantil como lo he estado haciendo desde el año 2003".

A dicha cuestión responde la citada resolución tras interpretar el marco normativo que estima de aplicación al supuesto (desde la Orden Ministerial de 11 de octubre de 1994 hasta el Real Decreto 476/2013, de 21 de junio).

Al examinar el recurso en esta perspectiva se advierte, de nuevo, que **con el recurso se persigue zanjar el debate jurídico sobre la idoneidad del título del que dispone la recurrente para impartir educación infantil en los centros públicos como personal docente interino.**

Ello, entre otras cuestiones, conlleva dilucidar si la citada Orden de 27 de agosto de 2012, de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación, es o no conforme al ordenamiento jurídico en lo que se refiere al tratamiento que otorga al Título de Especialista Universitario en Educación Infantil obtenido tras cursar el curso homologado de la UNED en el marco de la Orden Ministerial de 11 de octubre de 1996.

Dicho examen desborda el ámbito propio de un recurso extraordinario de revisión que, como hemos apuntado y reitera la jurisprudencia (entre otras muchas, SSTS de 26 de abril de 2004 o 31 de mayo de 2012 y las que en ellas se citan), "…es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados –solo los numerados en dicho precepto–, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recurso ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudiera afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos".

El análisis de si la citada Orden de 27 de agosto de 2012 de la Consejera de Educación, Universidades e Investigación **infringe o no el ordenamiento jurídico no puede abordarse en el marco del recurso extraordinario de revisión planteado por la interesada.**

Si así se hiciera, se estaría contraviniendo el sentido y la finalidad del recurso extraordinario de revisión, que no es examinar la legalidad formal o material de la actuación administrativa que sea su objeto, sino comprobar si concurre alguna de las causas establecidas en la ley.

Como reitera la jurisprudencia, "Son, como puede comprenderse, cosas distintas, pues el hecho de que un acto administrativo pueda ser, por causas formales o sustantivas, contrario a derecho (lo que solo decimos en hipótesis) no significa que pueda ser impugnado en revisión por aquellas causas, sino que solo puede serlo por las admitidas expresamente por la Ley" (entre otras, STS de 20 de mayo de 2009).

De aceptarse el planteamiento que sustenta el recurso que examinamos, cualquier defecto sustantivo o formal que no se hubiera denunciado a través de los cauces ordinarios de impugnación podría luego ser aducido como causa para el recurso extraordinario de revisión.

De este modo, quedaría el recurso enteramente desnaturalizado, su admisión se generalizaría y perdería el carácter extraordinario que le ha atribuido el legislador y que es destacado en una reiterada jurisprudencia. Ese ámbito se proyecta asimismo en la revisión jurisdiccional, pues cuando son objeto de recursos contencioso-administrativos, el examen se contrae al examen de si concurre o no la causa de revisión alegada. Todas las demás cuestiones atinentes a la regularidad formal o material del acto administrativo quedan fuera del análisis jurisdiccional.

DCJA 238/2016 pár. 37 a 53

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Criterios generales

El contrato cuya resolución se pretende contiene diferentes obligaciones y prestaciones para ambas partes, si bien su punto de inicio es la enajenación de parcelas urbanísticas. **Dada su consideración de bien patrimonial, no es ocioso plantear si el contrato en el que se recoge su enajenación tiene naturaleza administrativa o privada,** ya que, en este último caso, los efectos del mismo, así como su resolución, estaría regulada por la legislación patrimonial, la cual remite a la normativa de contratación únicamente en cuanto a su adjudicación (artículo 112 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales).

La diferenciación entre los contratos administrativos y privados ha dado lugar a un debate prolongado en el tiempo que ha tenido su reflejo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a los denominados contratos administrativos especiales.

Durante un tiempo se fue afianzando en la jurisprudencia una doctrina, según la cual, la relación jurídica concreta ofrece la naturaleza administrativa cuando se determina por la actividad de una Administración necesaria para satisfacer el interés general. De acuerdo con esta doctrina, los contratos serían administrativos, con independencia de lo que hubieran manifestado las partes, siempre que se patentice la finalidad de carácter público en su más amplio sentido, junto con la facultad de la Administración de imponer unilateralmente sus decisiones con carácter provisional (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1982, 30 de octubre de 1986, 9 de octubre de 1987, 11 de julio de 1988, 23 de mayo y 7 de noviembre de 1988, 28 de junio, 17 y 24 de octubre de 1989, 30 de octubre de 1990 y 14 de abril de 1999).

Sentencias posteriores, como la de 30 de mayo de 2000 (recurso 5764/1994) o la de 6 de octubre de 2004 (recurso 7508/1999), **han calificado como administrativos contratos en los que se enajenaban parcelas de titularidad municipal con la finalidad de construir viviendas en condiciones fijadas en el propio contrato de enajenación.** Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012 (recurso 306/2009) ha realizado un análisis de la cuestión que resulta bastante clarificador a nuestros efectos.

Recuerda esta sentencia que, junto con la ya citada doctrina referida a la finalidad de carácter público del contrato, también existe otra del mismo tribunal (cita la Sentencia de 31 de octubre de 1995, que reitera la doctrina de las de 15 de junio de 1976, 28 de noviembre 1981 y 8 de marzo de 1986) que discurre de forma paralela a la anterior, conforme a la cual **la calificación del contrato como administrativo en razón al interés público perseguido depende de que el fin público perseguido se incluya también expresamente como causa del contrato.**

Como señala la sentencia de 2012 a la que nos referimos:

> Esta causalización en el contrato de la finalidad pública perseguida por la Administración está presente en la jurisprudencia, como son los supuestos analizados en las siguientes sentencias de 6 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7313), en que se reconoce que la cuestión planteada no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial para espectáculos taurinos (STS de 30 de octubre de 2001), instalaciones deportivas [STS de 4 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5027)], construcción de viviendas [12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996, 6 de octubre de 1999 y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149)] o compraventa de un bien patrimonial de la Diputación de Sevilla (5 de marzo de 1997), o en polígono promovido por una Diputación para impulsar el desarrollo de una zona (STS de 27 de junio de 2003).

De acuerdo con esta doctrina, y volviendo al caso que nos ocupa, **esta Comisión se inclina sin reservas por considerar que nos encontramos ante un contrato de naturaleza administrativa especial,** por resultar, tal y como señalaba el artículo 5.2.b) del TRLCAP, vinculado 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.

A esta conclusión nos lleva, por un lado, el objeto y la causa del contrato, que no se limita a la compraventa de las parcelas de naturaleza patrimonial, sino que incluye la construcción de una promoción de viviendas a precio tasado y la ejecución de las obras de urbanización, que deben ser puestas a disposición del ayuntamiento

una vez finalizadas. La enajenación, por tanto, persigue un fin público que se integra como causa del contrato y se contempla en el mismo.

Por otro lado, **el propio pliego que rige el contrato acoge esta calificación** al establecer las normas reguladoras del mismo en su cláusula vigésimo primera y contemplar en su cláusula vigesimosegunda las prerrogativas que corresponde a la Administración únicamente cuando se trata de contratos administrativos.

DCJA 60/2016 pár. 42 a 50

II. Extinción del contrato

A) Causas de resolución

Demora en el cumplimiento de los plazos

En el presente **nos encontramos ante un contrato** formalizado en junio de 2005, **por el cual la empresa adquiriente de las parcelas municipales se obligaba a ejecutar la urbanización de un sector residencial y la posterior construcción de cierto número de viviendas unifamiliares a precio tasado**. El plazo previsto en el contrato para ejecutar la urbanización y la construcción de las viviendas se fija en el contrato en 30 meses desde la adjudicación del concurso.

Al margen de incumplimiento del plazo fijado en el contrato para la construcción de las viviendas, los problemas geotécnicos advertidos por el contratista en la parte del sector destinada a las viviendas de precio tasado, y confirmados por el ayuntamiento, permiten considerar que el contrato no va a ser cumplido, **no ya en el plazo previsto en el contrato, sino en ningún momento; situación que justifica ya, por sí misma, la resolución del contrato.**

La situación actual, con una urbanización inacabada y en degradación, así como las nulas expectativas de poder llevar adelante los planes constructivos inicialmente previstos, han llevado a una situación de colapso que el ayuntamiento debe atajar adoptando las medidas oportunas, entre las que se encuentra la resolución de un contrato que no tiene futuro alguno. El interés público perseguido se ha visto frustrado y, en este momento, el contrato sólo supone fuente de problemas por lo que ha de resolverse, para lo cual el ayuntamiento dispone de la facultad que le atribuye la ley.

Los intentos de ambas partes del contrato de acordar una opción que permitiera una solución viable, al margen de los problemas que podrían plantearse desde la perspectiva contractual, no han llegado a fructificar y, por tanto, es evidente que no hay opción alguna de que el contrato se ejecute en sus propios términos. No hay duda, por tanto, de que existen razones más que suficientes y unidas al interés público para justificar la decisión del ayuntamiento de resolver el contrato.

Más compleja se presenta la situación a la hora de atribuir a cada parte la responsabilidad de la situación creada por el incumplimiento y, por tanto, de valorar la responsabilidad jurídica y económica derivada de la resolución.

El ayuntamiento atribuye toda la responsabilidad a la empresa constructora pues considera que no ha cumplido con los plazos previstos en el contrato. Entiende que los problemas geológicos advertidos deben ser asumidos por la empresa puesto que el contrato establecía expresamente en su cláusula segunda que esta asume íntegramente el importe de los estudios geotécnicos, topográficos y similares que considere oportuno realizar con carácter previo o simultáneo a la realización de las obras de urbanización o urbanización en el citado sector.

Considera que al aceptar dicha cláusula, los problemas detectados antes de comenzar la construcción de las viviendas, y que suponían la inviabilidad económica de la promoción, deben ser asumidos por la empresa, bajo la cláusula de "riesgo y ventura".

Ahora bien, antes de atribuir la responsabilidad exclusivamente al contratista, teniendo en cuenta la fecha de formalización del contrato (2 de junio de 2005) y el plazo de ejecución previsto en el mismo (30 meses), **se ha de analizar también la actuación municipal y su posible contribución en la generación de la actual situación.**

En primer lugar, se ha de valorar la actuación del ayuntamiento **una vez que la empresa detectó los problemas geotécnicos que afectaban a la viabilidad económica de la construcción de viviendas,** tal y como estaban planificadas. El ayuntamiento alude a un escrito de diciembre de 2006. En el expediente figura un escrito con ese contenido fechado en enero de 2007 y con una propuesta alternativa. En febrero del mismo año, la empresa presenta también un escrito en el que se señala que el contrato debía quedar resuelto, aunque con la misma fecha presenta también otro escrito con posibles soluciones, que partían de una modificación puntual del planeamiento y una importante modificación del contrato.

En ese momento, **la Administración no optó por la resolución del contrato, sino que adoptó una serie de actos dirigidos a su modificación**. Sólo así puede[n] ser interpretados la incorporación de un informe jurídico que justifica la modificación sobre la base del "riesgo imprevisible" que suponía para el contratista los resultados de los estudios geotécnicos, el encargo al arquitecto asesor municipal de la valoración de los terrenos tomando como referencia la modificación puntual del planeamiento planteada por la empresa y, sobre todo, la aprobación por el pleno del documento contractual modificado en el que se incluía la nueva propuesta de la empresa. Asimismo, consta la tramitación y aprobación definitiva del expediente de modificación puntual de la unidad de ejecución (SUR 7) de las Normas Subsidiarias de Bernedo, mediante Orden Foral 39/2007, de 25 de septiembre, que se justifica en la "mala capacidad portante de parte del suelo del ámbito, lo que hace inviable económicamente el proyecto". Aunque finalmente todos esos pasos no fructificaron en un nuevo contrato modificado, sí puede decirse que la actitud del ayuntamiento también ha influido en el retraso producido y en la complicada situación generada.

Resulta también importante la actuación municipal al imponer en el contrato el proyecto de las obras de urbanización, pues cualquier problema derivado del mismo será imputable al ayuntamiento, al menos en su relación interna con el adjudicatario. Aunque el contrato atribuya la responsabilidad de efectuar los estudios geotécnicos a este último, el ayuntamiento no puede pretender atribuir toda la responsabilidad por la ejecución de un proyecto impuesto por contrato si este no resulta viable o está mal concebido. El último estudio encargado por el ayuntamiento a la consultora STSL, señala una de las zonas del sector (zona B) como no viable para la edificación y habla de una actuación inmediata sobre la urbanización que, según señala la empresa adjudicataria y no desmiente el ayuntamiento, no está recogida en el proyecto de urbanización.

El informe jurídico emitido tras las alegaciones del contratista señala que las obras de urbanización ejecutadas no se corresponden con las previsiones iniciales del proyecto, ni con las modificaciones posteriormente planteadas por el adjudicatario, aunque esta afirmación no cuenta con un detalle ni soporte técnico suficiente. Sin embargo, se ha de recordar que el 15 de mayo de 2007 la arquitecta técnica emitió un informe sobre el estado de las obras de urbanización, en el que se reflejaban una serie de medidas a acometer de orden puntual, que nada tenían que ver con el talud estructural que, con posterioridad, se ha considerado necesario.

En tercer lugar, **la empresa alega también el incumplimiento del contrato por parte del ayuntamiento en cuanto a la formalización de la escritura de compraventa que, de acuerdo con el contrato, perfeccionaría la transmisión de las parcelas enajenadas**. El contrato establece, en efecto, que la escritura pública de compraventa será otorgada, a requerimiento del ayuntamiento, en el plazo máximo de un mes a contar desde la publicación en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava de la aprobación definitiva de la modificación puntual del Plan Parcial que posibilite la ejecución en la parcela resultante del proyecto para realizar apartamentos turísticos o tutelados o, en su caso, desde la publicación en el mismo Boletín de la denegación de la citada modificación puntual.

En estas circunstancias, como decimos, la cuestión de si el incumplimiento del plazo del contrato por parte de la empresa fue o no culpable, deviene de importancia capital porque, al margen de la enajenación de las parcelas y la construcción de las viviendas, cuestiones que pueden retornar al momento anterior al de la celebración del contrato, **se han desarrollado en su mayor parte las obras de urbanización previstas en el contrato** y que el contratista valoró en enero de 2007 en 1.533.782,89 euros. Todo **ello obliga a considerar también en la liquidación las consecuencias de un posible enriquecimiento injusto de la Administración.**

En el ámbito de la contratación administrativa –a diferencia del régimen contractual del Código Civil, donde la existencia o no de culpa no constituye un dato definitivo a la hora de acordar la resolución–, en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, sólo se permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación o, dicho sea de otro modo, cuando el retraso le sea imputable.

Esa imputabilidad en este caso se justifica porque, al formalizar el contrato, asumió las condiciones y plazos allí contemplados a su riesgo y ventura. Pero, incluso en los casos en que el retraso puede imputarse al contratista, a la hora de fijar las consecuencias del mismo es preciso también tener en cuenta los principios de equidad y buena fe, cuando la actuación de la Administración resulta igualmente determinante en ese retraso. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta cuestión. Su sentencia de 14 de junio de 2002 (recurso 3898/1997) señala que, "como dice la sentencia de 19 de mayo de 1998, las consecuencias del incumplimiento deben ser fijadas conforme a los principios de equidad y de buena fe, que rigen específicamente en materia de contratos (artículo 1258 del Código Civil), buscando un equilibrio de los intereses en presencia en la solución del debate (sentencias de 10 de junio y 11 de noviembre de 1987 ó de 10 de julio de 1990), por lo que si el incumplimiento es imputable al contratista, deviene causa de resolución del contrato (artículos 53-1 de la LCE y 159 del Reglamento), pero no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante".

Es claro que la entidad adjudicataria de la enajenación y construcción de las viviendas y urbanización resulta responsable de la oferta presentada, a la que debe estar en todos sus extremos, pero las imprevisiones geotécnicas apreciadas una vez ejecutadas las obras de urbanización y la posterior actuación de la Administración, dirigidas a admitir la modificación del contrato para lograr su viabilidad, permiten apreciar también culpa en la Administración contratante y aconsejan modular las consecuencias del incumplimiento contractual.

El Consejo de Estado también ha señalado en reiteradas ocasiones (entre otros, dictámenes 52.254, de 19 de octubre de 1989; 1.363/91, de 7 de noviembre, 402/2008, de 29 de mayo, y 476/2015, de 9 de julio) que es posible moderar los efectos que desde un punto de vista formal derivarían de una aplicación rígida de la regulación vigente sobre las consecuencias de la resolución contractual.

Como ha señalado el citado órgano consultivo, esta moderación, de carácter excepcional, coadyuva, teniendo en cuenta tales circunstancias particulares, a la justicia del caso concreto, evitando así los efectos perniciosos que de otra manera derivarían de la aplicación literal de dicha legislación sobre contratos. En particular, la incautación de la garantía para los incumplimientos culpables del contratista puede ser moderada por la Administración en atención a la existencia de una irregular actuación administrativa concurrente en culpa con la contratista.

A la vista de todo lo anterior, **la Comisión considera que las consecuencias legales que el ayuntamiento pretende ligar a la resolución del contrato –incautación de la garantía y pérdida de cualquier derecho sobre las obras urbanización y las parcelas– deben atenuarse en atendiendo a las circunstancias mencionadas.**

No estamos en condiciones de fijar, ni siquiera como aproximación, el resultado que pueda deparar la liquidación del contrato, ya que, además de no ser función de esta Comisión, el ayuntamiento tampoco ha desarrollado labor instructora alguna con este objetivo. La fijación de esa liquidación es un proceso sin duda laborioso que, en atención a las reglas que marcan el reparto de la carga de la prueba, debe ser realizado inicialmente por la Administración, que es la que plantea la resolución del contrato.

A tales efectos, dados los interrogantes que en este punto plantea el expediente y la necesidad de una valoración de carácter técnico, habrá de procederse a la apertura de un expediente contradictorio con objeto de determinar con exactitud los daños sufridos por el ayuntamiento y el valor de las obras de urbanización que quedarán a beneficio del municipio.

DCJA 60/2016 pár. 55 a 76

Desistimiento por parte de la Administración

El Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial pretende resolver el contrato señalado por desistimiento; causa prevista en el artículo 284.b) de la LCSP, junto con la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

En relación con **la resolución de un contrato administrativo por desistimiento de la Administración**, en nuestro Dictamen 38/2008 ya constatábamos que **no se encuentra condicionado en la ley al cumplimiento de ningún otro requisito específico o condición previa, de manera que nos encontramos ante una decisión de carácter unilateral que supone una excepción a las regla general de la inmutabilidad de los contratos, así como a la**

de la imposibilidad de que su cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes (artículos 1.091 y 1.356 del Código Civil).

Recordábamos igualmente la doctrina del Consejo de Estado, según la cual, para ejercer esta prerrogativa, la Administración debe demostrar la existencia de una motivación objetiva suficiente y justificada, que viene impuesta por el principio mismo de adherencia al fin público en su actuación, ya que la autonomía de la voluntad que caracteriza los contratos privados en general se ve ciertamente moderada o limitada desde el lado de la Administración contratante, especialmente en el caso de los contratos administrativos (dictámenes 1.664/91 y 3775/1997). El desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, debería evitarse que se produzca y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen (Dictamen del Consejo de Estado nº 1208/2008).

Por ello, en el citado Dictamen 38/2008 y en posteriores dictámenes de esta Comisión afirmamos que, partiendo de la ausencia de requisito o condición previa, e incluso asumiendo que la facultad de desistimiento unilateral contiene un importante elemento de discrecionalidad, la actuación de los poderes públicos siempre encuentra sus límites en el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) y de igual forma, en contraposición a esa posición de privilegio que la Administración ostenta en los contratos administrativos, que su actuación en este campo también se encuentra limitada por la necesaria conexión entre sus actos y el interés público implícito en esos contratos.

Pues bien, partiendo de esta configuración del desistimiento, no hay duda de que **la Administración tiene en este caso suficientes motivos para acudir a esta causa de resolución contractual.**

La primera y más importante es precisamente el largo periodo de tiempo que, por diferentes causas, ha permanecido suspendida la ejecución de contrato. De acuerdo con la información incorporada al expediente, la ejecución se encuentra actualmente suspendida desde noviembre de 2012, lo que constituye una situación que ya por sí misma constituiría tanto motivo de desistimiento por parte de la Administración como una causa de resolución del contrato a instancia del contratista.

Esta suspensión se ha producido además por factores producidos y conocidos una vez adjudicado el contrato y son consecuencia, en su mayor parte, del carácter novedoso de su objeto, calificado en diferentes momentos como "experiencia piloto".

Por un lado, se destaca la dificultad técnica de los trabajos, al ser unos documentos innovadores, así como la necesidad de coordinar y establecer un modelo tipo de determinaciones de paisaje para todas las áreas funcionales, adjudicadas a diferentes contratistas. Por otro, se alude también como causa de esa demora a la necesidad de concertar la actuación en ese campo con las diputaciones forales y ayuntamientos.

Además de estos motivos que, como decimos, ya constituirían causa suficiente para proceder al desistimiento, se alude también, teniendo en cuenta el contexto de limitación presupuestaria en el que se encuentra la Administración, a la conveniencia de asumir los trabajos restantes mediante medios propios.

En este contexto, **esta Comisión entiende que la enorme dilación provocada por la suspensión mantenida** desde noviembre de 2012**, unida a los problemas técnicos y a los de concertación con las diputaciones forales y ayuntamientos, así como la conveniencia de asumir los trabajos restantes con medios propios, constituyen una base más que razonable para proceder a la resolución del contrato, aunque sea de forma unilateral.**

DCJA 27/2016 pár. 22 a 31

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

La resolución del contrato en cuestión está plenamente justificada desde el momento en el que la propia empresa comunica con fecha 12 de agosto **los problemas para suministrar el medicamento.**

La propia empresa comunica la decisión de bloquear todos los lotes del producto en cuestión hasta que finalizase la investigación el 18 de septiembre de 2015 y se presentara la documentación necesaria para su evaluación el 1 de octubre de 2015, debiendo ser posteriormente aprobada por las autoridades.

Esta situación constituye un incumplimiento del contrato en su elemento esencial pues, tratándose de un contrato de un suministro, dejar de proveer unilateralmente el bien acordado, en las condiciones pactadas, supone un incumplimiento sustancial que, en este caso, dada su conexión con la sanidad pública, resulta inexcusable.

El TRLCSP contempla las diferentes causas de resolución de los contratos administrativos en su artículo 223. El apartado f) de este artículo contempla la facultad de resolver el contrato por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales y, en este caso, el desabastecimiento durante más de dos meses y sin una fecha clara para su reinicio, en un contrato de duración anual, debe considerarse un incumplimiento de la obligación principal del contrato. No obstante, **el expediente también hace referencia al apartado d) del mismo artículo, referido a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.**

Asimismo, el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato prevé, en su cláusula trigésimo primera, que la empresa contratista está obligada al cumplimiento del plazo de ejecución del contrato y a los plazos parciales, en su caso, fijados. Si llegado el término del plazo total o de los plazos de cumplimiento parcial la empresa contratista hubiera incurrido en mora por causas imputables a ella, la Administración podrá optar por la resolución del contrato o por la imposición de penalidades económicas, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar los daños y perjuicios que hubiera causado.

Teniendo en cuenta el objeto del contrato y el interés público subyacente al mismo, la reacción de la Administración sanitaria resulta, como decimos, apropiada y acorde tanto con la legalidad como con lo dispuesto en el propio contrato.

DCJA 38/2016 pár. 18 a 23

Los argumentos de la empresa para solicitar una modificación del proyecto no justifican el incumplimiento de unas órdenes expresas, claras, técnica y físicamente viables, así como necesarias para la ejecución del contrato, que cuentan con la presunción de validez y la ejecutividad que corresponde a los actos de la Administración. Más en un campo en el que la Administración cuenta con excepcionales prerrogativas, entre las que se incluye, siempre sin perjuicio de su posible revisión jurisdiccional, la de interpretar el contrato de forma unilateral.

Como se concluye en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2012 (JUR 2012\312585), confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 enero 2014 (RJ 2014\653), "la no aceptación de un modificado no confiere al contratista derecho a abandonar las obras, justificando de este modo la resolución del contrato".

Tesis que también viene siendo defendida por el Consejo de Estado en sus dictámenes, y que se resume señalando que "el contratista no puede condicionar la realización de las obras contratadas a la aprobación de ulteriores reformados" (Dictamen 653/2002, de 11 de abril, o 1956/2009, de 22 de diciembre).

La UTE plantea en sus alegaciones dos opciones que deben ser igualmente rechazadas. La primera es considerar que existen motivos para resolver el contrato pero imputables al ayuntamiento, al no acceder a la modificación contractual solicitada. Esta petición no puede ser atendida dado que, al margen de que sólo podría ser resuelta si el contratista obtuviera un pronunciamiento favorable en cuanto a la necesidad de modificar el contrato, se ha constatado previamente una causa de resolución imputable al contratista que nos exime de entrar a analizar su petición.

En segundo lugar, **tampoco cabe considerar una resolución parcial del contrato**, a lo que también se da adecuada respuesta en el informe de la Asesoría jurídica del ayuntamiento. **El objeto del contrato comprende tanto la realización del puente como la apertura del Canal, y con independencia de que el puente se haya ejecutado y recibido por la Administración, la resolución afecta al contrato como todo único e indivisible.**

El TRLCSP no contempla en ningún caso la resolución parcial del contrato, ni en general, ni en lo que se refiere al contrato de obras, y, desde luego, menos sentido tiene cuando la resolución se produce por incumplimiento culpable del contratista como es el presente caso.

El esquema establecido por el legislador, en lo relativo a la resolución del contrato de obras, prevé que las obras ya ejecutadas con arreglo al proyecto se liquiden al contratista, con independencia de su mayor o menor estado final de realización.

DCJA 176/2016 pár. 61 a 67

Otras establecidas expresamente en el contrato

En ese contexto, hay que entender que el punto 6 establece la posible rescisión del contrato en el caso de que se acumulen cinco incumplimientos documentados y probados, emitidos por quien recepciona la mercancía, aplicando un principio de precaución.

Cabe pensar que lo pretendido por el citado pliego es dar contenido a otra causa de rescisión del contrato, la prevista en el artículo 223.h) TRLCSP, "las establecidas expresamente en el contrato".

Pero no es esa la causa de rescisión esgrimida por la Administración municipal, y la Comisión aconseja revisar el pliego de cláusulas administrativas particulares para licitaciones futuras, a fin de hacerla efectiva y articular adecuadamente la potestad de resolución del contrato que posee la Administración, teniendo presente que, con arreglo al artículo 67.2.p) del Reglamento General, son los pliegos de cláusulas administrativas particulares los que han de establecer "las causas especiales de resolución del contrato", sin que los pliegos de prescripciones técnicas particulares deban contener, ex artículo 68.3 del Reglamento General, declaraciones o cláusulas que deban figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Esto es, debería especificarse en el pliego de prescripciones técnicas particulares que cinco "no conformidades" en el momento de la entrega permitirán la resolución del contrato, sin perjuicio que para su aplicación se deba acudir a las condiciones de recepción establecidas por el pliego de prescripciones técnicas.

DCJA 10/2016 pár. 50 a 53

Aunque el ayuntamiento alude genéricamente al artículo 223 del TRLCAP, se ha de entender que el supuesto legal al que pretende anudar el incumplimiento es el previsto en el apartado f) de este artículo: "Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

En torno a esta causa de resolución, esta Comisión, en sus dictámenes 195/2014 y 20/2015, analizó las consecuencias derivadas de la introducción en su momento, a través del artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, de considerar como incumplimientos esenciales, a los efectos de la resolución del contrato, sólo aquéllos calificados como tales en los pliegos o en el contrato. Actualmente, esta causa de resolución se encuentra recogida, como decimos, en el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP.

Recordábamos en estos dictámenes cómo la doctrina se muestra de acuerdo al considerar que esta redacción del TRLCSP trata de poner coto, en garantía de la seguridad jurídica y el rigor en la redacción de los documentos contractuales, a los abusos interpretativos sobre la consideración de lo esencial en la práctica administrativa, consecuencia en muchas ocasiones de pliegos contractuales redactados sin la necesaria concreción y proporcionalidad.

También señalamos que, en principio, y a tenor de lo dispuesto en el apartado f) del artículo 223 TRLCSP, la resolución como consecuencia de la contravención de una obligación esencial va a reclamar su consideración formal como tal en las reglas del contrato y aludíamos al informe 63/11, de 17 julio de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que señala que para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial son necesarios dos requisitos: el primero, que así se haya establecido de forma expresa, y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato. Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares o el propio contrato no califiquen una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución.

No cabe duda, en fin, de que, cumpliendo esas dos condiciones, la Administración puede reaccionar ante un incumplimiento esencial de forma inmediata resolviendo el contrato, sin que resulte exigible acreditar ninguna otra circunstancia.

Pues bien, en el presente caso se ha de partir de lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato y en el propio documento contractual.

Este último incluye expresamente en su cláusula primera la obligación del contratista de acomodar la ejecución del contrato a su oferta y, en concreto, a la puesta en marcha en los plazos y condiciones indicados en su oferta de las mejoras contenidas en su proposición, de las que se deja constancia detallada en el propio documento contractual.

Por tanto, **aun cuando el contrato no anuda expresamente el incumplimiento de esta previsión a una posible resolución contractual, la Comisión considera** fuera de toda duda **que las mejoras propuestas por el adjudicatario, tras ser recogidas expresamente en el documento contractual, han de ser consideradas como elemento esencial del contrato ya que, además de formar parte fundamental de la prestación a la que se obliga el contratista al suscribir el acuerdo con la Administración, se trata en este caso de un aspecto que ha sido tenido en cuenta y valorado, en concurrencia con las ofertas presentadas por el resto de licitadores**, en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato. En este contexto**, ignorar durante la ejecución de un contrato público el incumplimiento de cuestiones que han sido tenidas en cuenta y valoradas a la hora de adjudicar el contrato, podría considerarse como una actuación en fraude de ley, que podría poner en cuestión,** como decimos, **la propia adjudicación del contrato; de ahí que la Comisión estime plenamente justificada la resolución** planteada desde el ayuntamiento.

DCJA 111/2016 pár. 24 a 31

B) Cumplimiento y recepción

Pues bien**, la Comisión considera, en principio, que los cambios provocados por un proceso electoral, en este caso foral, no justifican por sí mismos un incumplimiento o la resolución de los contratos debidamente adjudicados y formalizados por la Administración. Cada Administración actúa con personalidad jurídica en el tráfico jurídico y económico, y sus actos la vinculan, independientemente de las personas que ocupan en cada momento sus cargos o puestos de decisión.**

No resulta por tanto, concluyente, el argumento de la Administración cuando alude a esta cuestión.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que, como señala la memoria del Director de Medio Natural y Planificación Ambiental, corresponde a la propia Administración adoptar las decisiones que considere conveniente en relación al nivel de participación e implicación social que crea adecuado, máxime cuando la normativa de aplicación incide en que se tengan en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales.

Por tanto, en un proceso complejo como el que nos ocupa, no cabe descartar la necesidad de replantearse, como es el caso, el nivel de concertación alcanzado entre las diferentes Administraciones o sujetos afectados, pudiendo la Administración promotora volver sobre sus pasos cuando ese movimiento resulte favorable para obtener el consenso de todas las partes afectadas, pues no es difícil, en una materia como la protección de los espacios naturales, identificar ese consenso dentro del interés público.

Ahora bien, en todo ese proceso, **la Administración debe velar también por el cumplimiento de los compromisos contractuales adoptados; compromisos que obligan a las partes y que deben estar presididos por el principio de buena fe contractual, que impone al actuante un comportamiento leal con los demás contratantes, incluso por delante de la libertad para la actuación de sus derechos contractuales** (entre otras, STS núm. 19/2005, de 19 enero).

En el presente caso, **la Administración pretende optar por la resolución del contrato sin que haya quedado debidamente acreditado que sea la única posibilidad para encauzar el problema detectado.** En principio, todo parece indicar que nos encontramos ante un problema de indefinición de plazos, pero no ante una renuncia total y definitiva a las prestaciones derivadas del contrato. Es decir, una vez resueltos los problemas de concertación, las

labores contratadas a las que ahora se pretende renunciar deberán ser ejecutadas bien mediante medios propios, bien acudiendo nuevamente a su contratación con alguna empresa especializada.

Por otro lado, el contrato modificado incluyó una cláusula que afecta de modo expreso al plazo de ejecución del contrato, de manera que el plazo de 41 meses inicialmente previsto puede quedar interrumpido durante los periodos correspondientes a las decisiones administrativas necesarias en cada una de las fases de que constan los trabajos.

Teniendo en cuenta lo anterior, **esta Comisión considera que el planteamiento de la Administración resulta prematuro, pues tampoco consta que se haya planteado acordar previamente la suspensión del contrato, en tanto en cuanto se puedan ir concretando los plazos necesarios para continuar con su ejecución.**

La resolución unilateral del contrato, en la medida en la que supone la ruptura del mismo, debe contemplarse como una opción última, para aquellos casos en los que la prestación resulte inviable o innecesaria. De ahí que entre las prerrogativas de la Administración no figure sólo la posibilidad de resolución unilateral del contrato, sino también las facultades de modificarlo e interpretarlo. Como señala el Consejo de Estado, en sus dictámenes 1.208/2008, de 16 de octubre y 334/2014 de 26 de junio, "el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto".

Se ha de recordar también que, junto con el desistimiento, el artículo 308.b) del TRLCSP recoge también como causa de resolución la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor. Esta causa aparece unida al desistimiento no sólo en cuanto a su ubicación en el texto legal, sino que también en cuanto a sus consecuencias, previstas para ambos supuestos en el apartado 3 del artículo 309.

En ese caso, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 220 del TRLCSP, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél, mientras que la Administración abonará al contratista únicamente los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste.

La Comisión considera, por tanto, **que, antes de acudir a resolver el contrato de forma unilateral y por motivos que en nada afectan al contratista o a la correcta ejecución del contrato, la Administración debe agotar las fórmulas que la Ley y el contrato prevén para su correcto cumplimiento.**

DCJA 83/2016 pár. 40 a 51

C) Efectos de la resolución

En el presente caso, **la Administración contempla como cuantía indemnizatoria el importe del presupuesto del contrato que resta por ejecutar, criterio que esta Comisión no comparte al no estar conectado con el daño real y efectivo provocado por el incumplimiento.**

El artículo 225 del TRLCSP contempla los efectos de la resolución. **Cuando el contrato se resuelve por incumplimiento culpable del contratista, este debe indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. No contemplándose ninguna garantía, la responsabilidad del contratista persiste pero sólo, insistimos, por los daños y perjuicios realmente ocasionados. De ahí que no se alcancen a comprender los motivos que llevan al órgano de contratación a establecer como cuantía indemnizatoria el importe del presupuesto del contrato que restaba por ejecutar, pues no se encuentra una relación directa y proporcional entre dicho importe y el daño efectivamente sufrido por la Administración sanitaria.**

En el informe de la secretaria de la Mesa de contratación en el que se analizan las alegaciones, se afirma únicamente que el valor de las entradas que refleja el sistema económico-financiero de Osakidetza del medicamento Meropenen realizadas a otro proveedor alternativo hasta esa fecha, asciende a la cantidad de 122.692,75 euros, lo que considera acreditación suficiente para reclamar el importe de 195.222 euros. Sin embargo, no se analizan las condiciones económicas en las que se suministra el medicamento por parte de ese suministrador alternativo, ni se comparan con el precio ofrecido por Hospìra, por lo que no se puede determinar, siquiera orientativamente, cuál ha sido el perjuicio económico real.

Tampoco encuentran sentido las diferentes referencias realizadas al IVA, a la hora de fijar esa indemnización. En la medida en que ese impuesto no resulte deducible para la Administración, podrá ser considerado como un gasto indemnizable, pero no cabe desglosar el importe de la indemnización en función de si se tiene en cuenta ese impuesto o no, tal y como se plantea en los informes, o en la propia resolución por la que se da inicio al procedimiento de resolución.

La Comisión no está en condiciones de fijar, ni siquiera como aproximación, el importe de la indemnización por daños y perjuicios, ya que, además de no ser su función, la labor instructora desarrollada con este objetivo se muestra insuficiente, pero lo que sí parece evidente es que no puede considerarse como un perjuicio indemnizable el gasto producido en la adquisición de ese mismo medicamento, en aquella parte del precio que no exceda el contratado con la empresa HPFHSL.

En cualquier caso, la fijación de esa indemnización es un proceso más o menos laborioso que, en atención a las reglas que marcan el reparto de la carga de la prueba, debe ser realizado inexcusablemente por la Administración, en este caso, sanitaria.

DCJA 38/2016 pár. 27 a 32

D) Ejecución del contrato

Por último, la Junta de Gobierno Local acordó el día el 13 de noviembre de 2015, junto con el inicio del expediente de resolución del contrato, "suspender cautelarmente la ejecución del contrato como consecuencia del riesgo que entraña para los destinatarios de los productos las condiciones en las que la empresa viene realizando el suministro".

Sobre esta cuestión, la Comisión considera que, aunque nada dispone el artículo 109 del Reglamento General sobre la posibilidad de que el acto de incoación realice un eventual pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución del contrato, **la posibilidad de acordar junto con la incoación del expediente de resolución del contrato la suspensión de la ejecución del mismo como medida provisional previa a la resolución del mismo se encuentra amparada legalmente –siempre que, como en este caso, se expongan las razones y estas resulten razonables– en el artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC)**, el cual establece que, "iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello".

Por tanto, estima la Comisión al respecto que la medida cautelar de suspensión de la vigencia del contrato se ha adoptado de manera correcta al encontrarse contemplada en la ley, haberse impuesto en resolución suficientemente motivada y basada en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida.

DCJA 10/2016 pár. 11 a 13