2017

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 2018

©

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, 2018

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 6

ABREVIATURAS 7

PRIMERA PARTE: ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2017 10

Capítulo 1. Composición 11

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión 12

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva 13

I. Introducción 13

II. Datos sobre las consultas recibidas 13

III. Datos sobre los dictámenes emitidos 15

IV. Relación de dictámenes y acuerdos 21

SEGUNDA PARTE: EXTRACTO DE LA DOCTRINA 36

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA 37

I. Parámetros 37

A) Actos administrativos 37

Contratación 37

Responsabilidad patrimonial 37

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO 48

I. Legislación básica 48

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA 55

I. Normas modificativas 55

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 56

I. Caza (art. 10.10 EAPV) 56

II. Enseñanza (art. 16 EAPV) 57

Capítulo 5. ÁREAS 58

I. Administración Pública 58

A) Administración electrónica 58

II. Educación 58

III. Personal de las administraciones públicas 59

A) Negociación colectiva 59

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO 61

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 61

A) Informes 61

B) Memorias 62

Memoria explicativa 62

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos 63

A) Admisión a trámite 63

B) Iniciación 63

Caducidad 63

Representación 64

C) Instrucción 67

La prueba 67

Propuesta de resolución 68

III. Especialidades en el procedimiento administrativo 68

A) Procedimiento de revisión de oficio 68

Finalización del procedimiento 68

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial 69

Iniciación 69

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 76

I. Generalidades 76

II. Antijuridicidad 76

A) El deber de soportar la carga 76

III. Relación de causalidad 78

A) Concurrencia de causas 78

B) Conducta de la víctima 79

C) Daños sufridos por el personal al servicio de las administraciones públicas 80

IV. Responsabilidad patrimonial por sectores 83

A) Administración electoral 83

B) Dilaciones procedimentales indebidas 88

C) Espectáculos públicos 90

D) Mantenimiento de vías públicas 93

Por defectos en calzadas y carreteras 93

Por defectos en las vías públicas 93

E) Por infracción del derecho europeo 95

F) Servicio educativo 103

G) Servicio de limpieza 111

H) Servicio público de extinción de incendios 112

I) Servicio público portuario 115

J) Servicios sanitarios 116

Gestión de listas de espera....118
Por la falta de consentimiento.... 120
Por la praxis.... 131
K) Urbanismo 138

V. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas.... 151

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO.... 155

I. Ámbito de la potestad revisora 155

II. Análisis de las causas de nulidad.... 158

A) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional 158

B) Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados.... 168

C) 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.... 170

D) Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal 175

III. Límites a la revisión de oficio.... 180

Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN 190

I. Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.... 190

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.... 193

I. Criterios generales 193

II. Extinción del contrato 193

A) Causas de resolución.... 193

Demora en el cumplimiento de los plazos.... 193

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.... 196

III. Interpretación de contratos 200

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 16 de mayo de 2018 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2017. 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 2017, 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

AVPD	Agencia Vasca de Protección de Datos
BCE	Banco Central Europeo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
DACIMA	Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración
DCJA	Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
DFB	Diputación Foral de Bizkaia
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
EU	Entidad Urbanística
EUC / ECU	Entidad Urbanística Colaboradora
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LBRL / LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
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
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
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LEPV	Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa
LOCE	Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación
LODE	Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOGSE	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo
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
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades
LPA	Ley de 17 de julio de 1958, de procedimiento administrativo

LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas
LPEDG	Ley 8/2003, de 22 de diciembre, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General
LPH	Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco
NNSS	Normas subsidiarias
OCE	Oficina de control económico
OSI	Organización Sanitaria Integrada
pár.	Párrafo
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
PGOU	Plan General de Ordenación Urbanística
PTS	Plan Territorial Sectorial
RCE	Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado
RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RGU	Reglamento de Gestión Urbanística aprobado por Decreto 3288/1978, de 25 de agosto
RSCL	Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEGO	Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia
SPEIS	Servicios de prevención y extinción de incendios y salvamento
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJPV	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
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

TRLSRU	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana
TS	Tribunal Supremo
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

PRIMERA PARTE:

ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2017

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 2017 era la siguiente:

Presidente:

D. Sabino Torre Díez.

Vicepresidente:

D. Xabier Unanue Ortega.

Vocales:

D.ª M.ª Teresa Astigarraga Goenaga.

D. Luis M.ª 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 M.ª 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 2016.

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva

I. Introducción

2017 es el primer año completo de la XI legislatura lo que tiene su reflejo en el número y tipología de asuntos sometidos al dictamen de esta Comisión.

En comparación con el año anterior, el número de nuevas solicitudes de consulta ha descendido en un porcentaje cercano al 18 %, disminución que no ha sido tan acusada en el número de dictámenes emitidos, que ha descendido solo un 5 %.

Por lo que a la tipología de asuntos se refiere, en este ejercicio han tenido un especial protagonismo los dictámenes emitidos con relación a consultas sobre actos administrativos (un 90 % del total) —que se mantienen en cifras similares a las del año anterior—, frente a los relativos a consultas sobre disposiciones generales —que han descendido un 45 % con respecto al año anterior—, representando el 10 % del conjunto.

Es en el caso de las disposiciones generales donde se ha notado más el inicio de la legislatura, ya que no se ha dictaminado ningún anteproyecto de ley y el número de dictámenes sobre disposiciones reglamentarias ha sufrido un retroceso de 33 puntos porcentuales.

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, repitiéndose las cifras registradas el año anterior, representando un 80 % del total de los emitidos. Dentro de ellas, continúan siendo mayoritarias las consultas sobre reclamaciones en el ámbito sanitario (un 70 %).

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 77 % del total), en comparación con los solicitados por entes de la Administración local (un 22 %) o de la Universidad del País Vasco (1 %), manteniéndose los porcentajes en valores próximos a los del año anterior.

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 2017 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 234 solicitudes de consulta.

De ellas, 12 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 222 solicitudes admitidas a trámite en el año 2017:

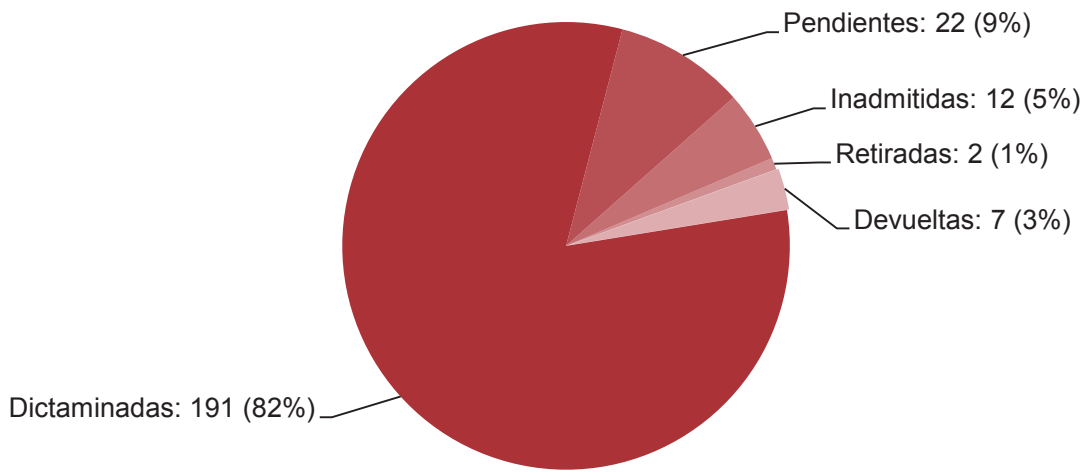
- 2 fueron retiradas por los propios órganos consultantes al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

- 2 se devolvieron por el Presidente de la Comisión por defectos en la tramitación.

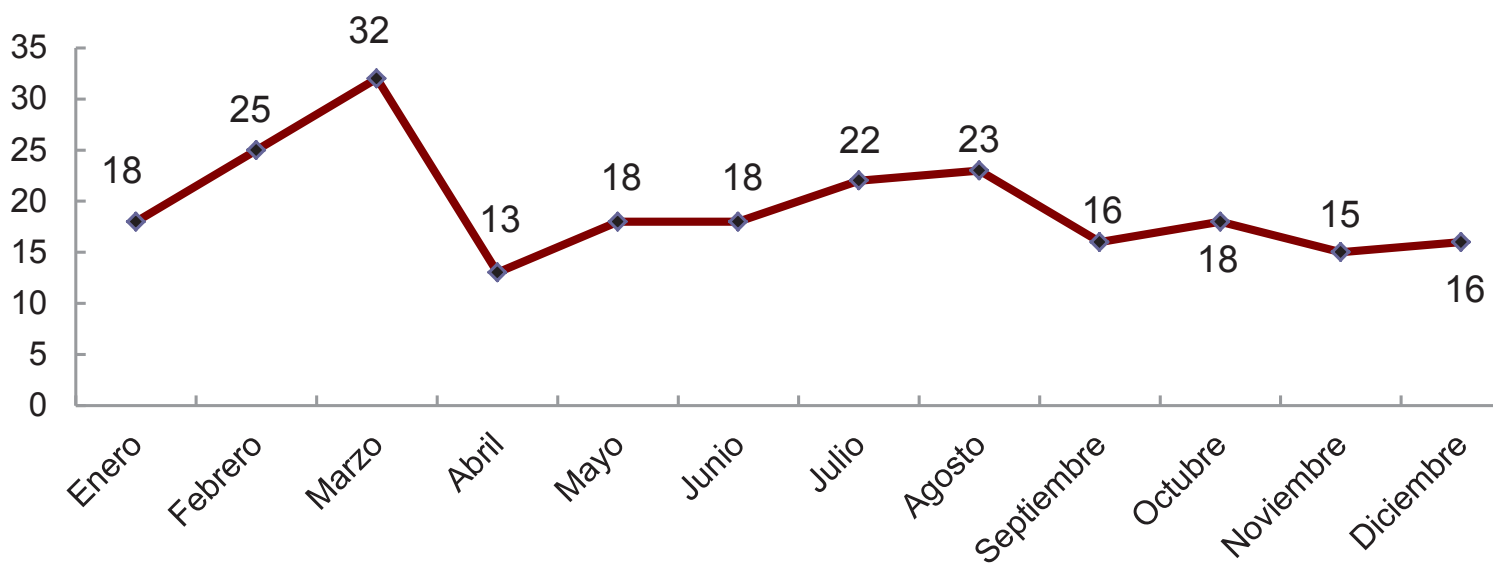
- 5 consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno bien para que se completase la instrucción del expediente (2), bien por inadmitir la consulta al advertir la falta de competencia de la Comisión o la errónea calificación del asunto por el órgano consultante (2), bien por no ser necesaria la emisión de un nuevo dictamen sobre un asunto previamente dictaminado, al no haberse incluido modificaciones sustanciales.

- 191 consultas fueron dictaminadas.

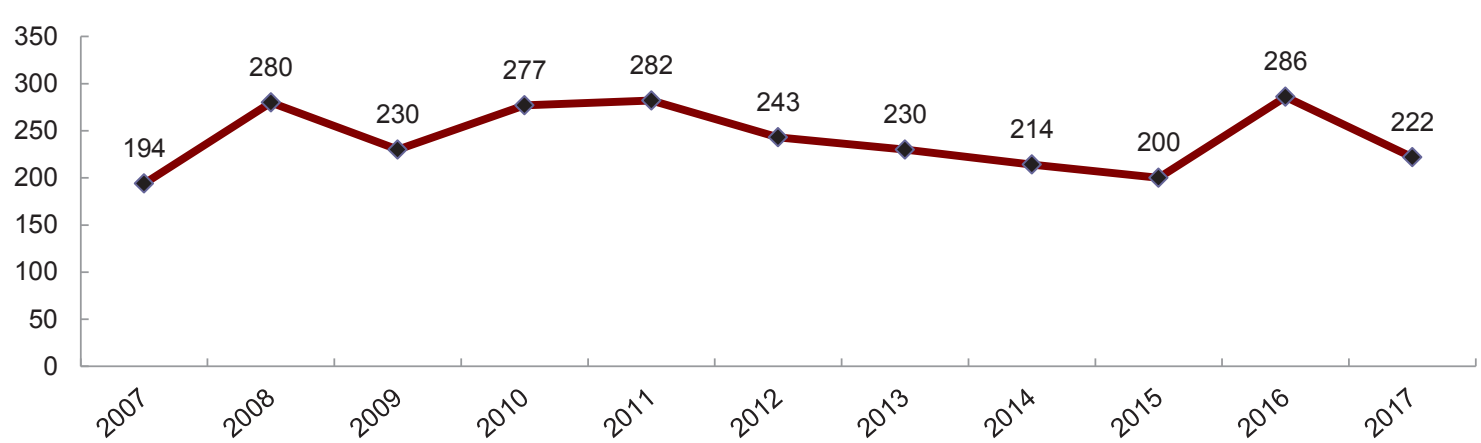
Por lo tanto, al terminar el año quedaban 22 consultas pendientes de resolver.



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



En relación con los diez 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 cinco 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 siete consultas, que fueron cumplimentadas por los órganos consultantes a las que iban dirigidas, remitiendo la documentación solicitada.

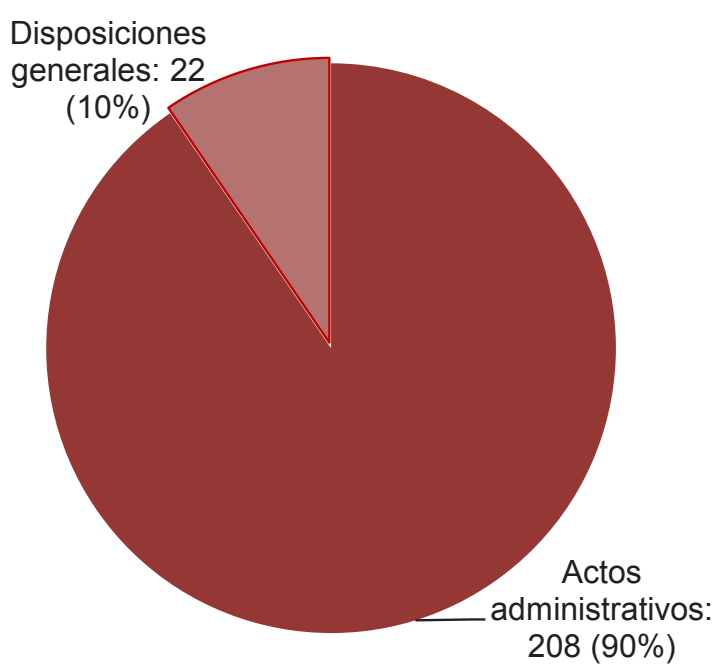
Asimismo, la Comisión ha recibido:

- 45 escritos de los órganos consultantes ampliando el expediente, a iniciativa propia, con nuevos documentos.
- 8 escritos en respuesta a solicitudes de ampliación de información realizadas por la Comisión.
- 3 escritos solicitando la retirada de solicitudes de consulta.
- 82 escritos de los órganos consultantes notificando la resolución o disposición finalmente adoptada en asuntos dictaminados por la Comisión.

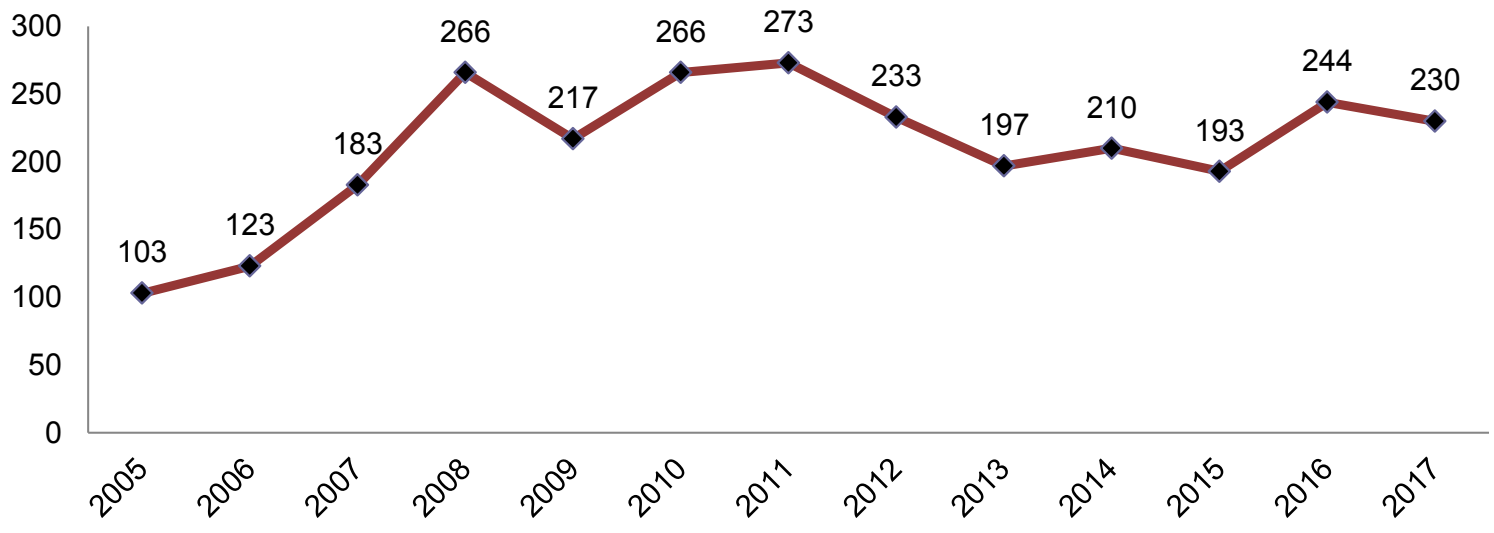
Finalmente, hay que señalar que la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 40 sesiones ordinarias y no ha realizado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

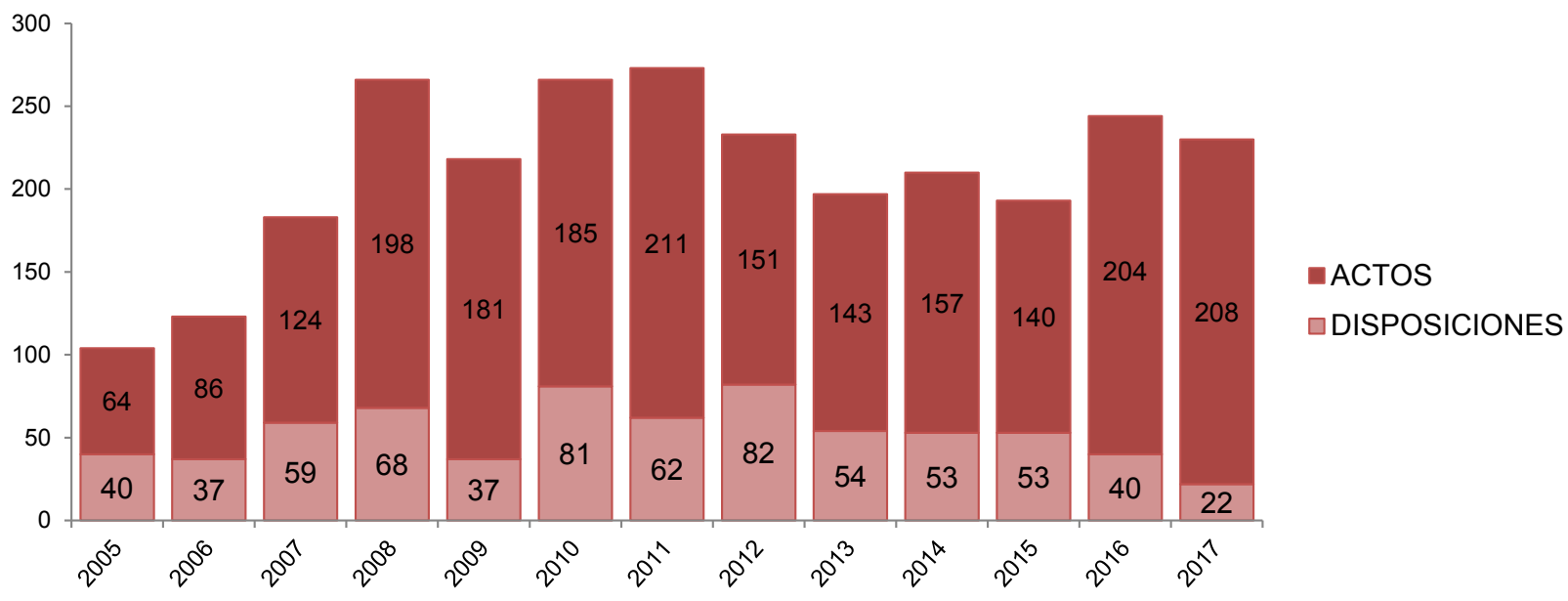
III. Datos sobre los dictámenes emitidos

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 230 dictámenes (téngase en cuenta que 39 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 desde el año 2005 (primero en que se incluye a los entes locales) por lo que se refiere al total de dictámenes emitidos y a su distribución de acuerdo con esta clasificación general:

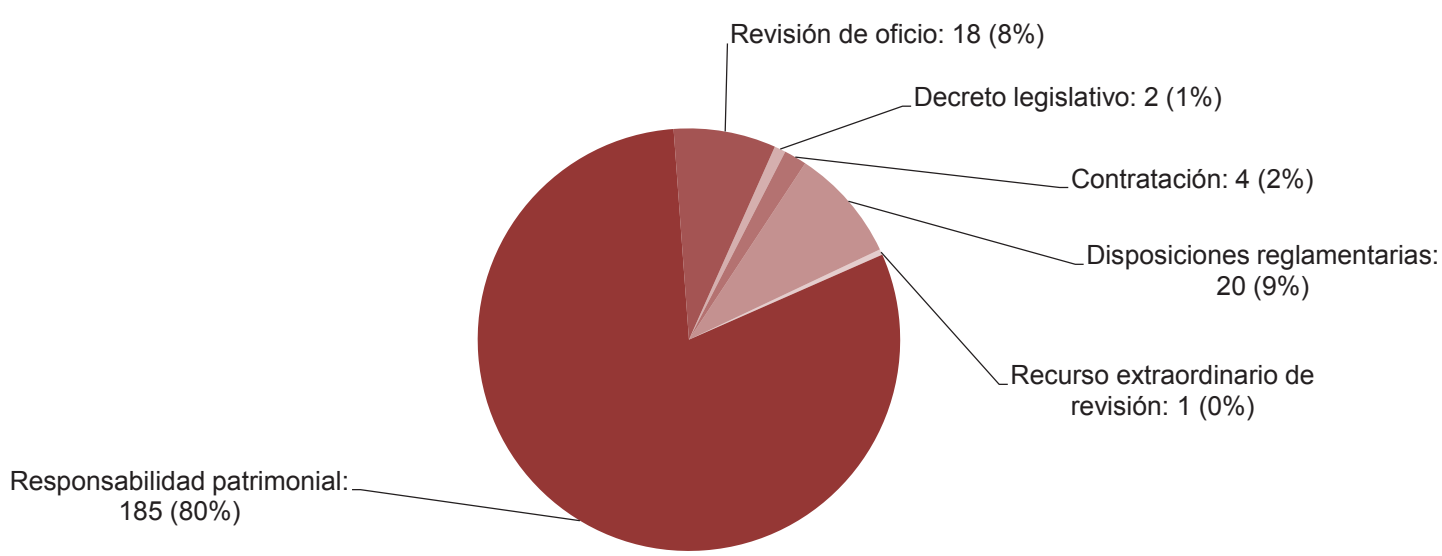




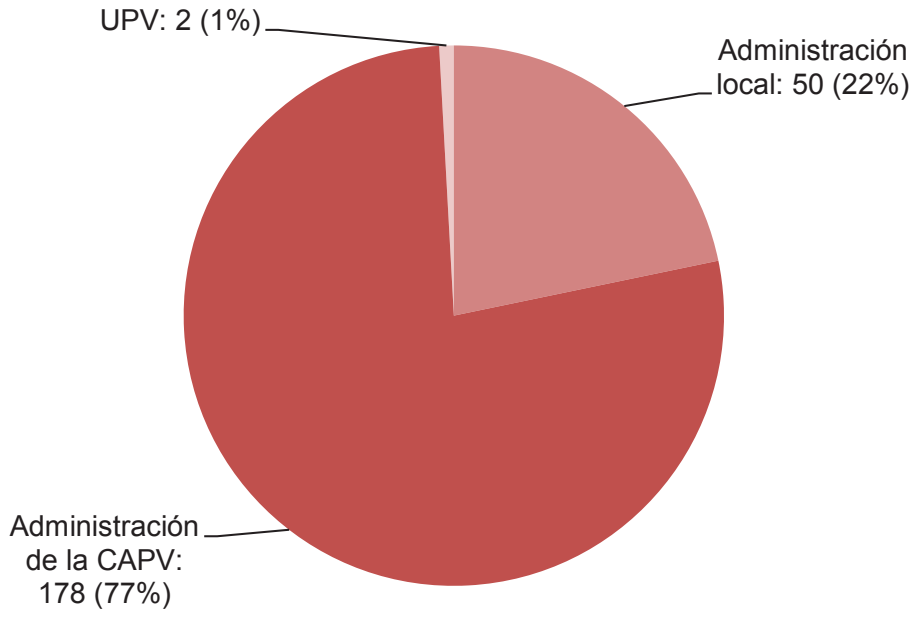
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

TIPOLOGÍA	N.º
Anteproyectos de Ley	0
Proyectos de decretos legislativos	2
Proyectos de disposiciones reglamentarias	20
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	18
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	1
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	4
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	**230**

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:



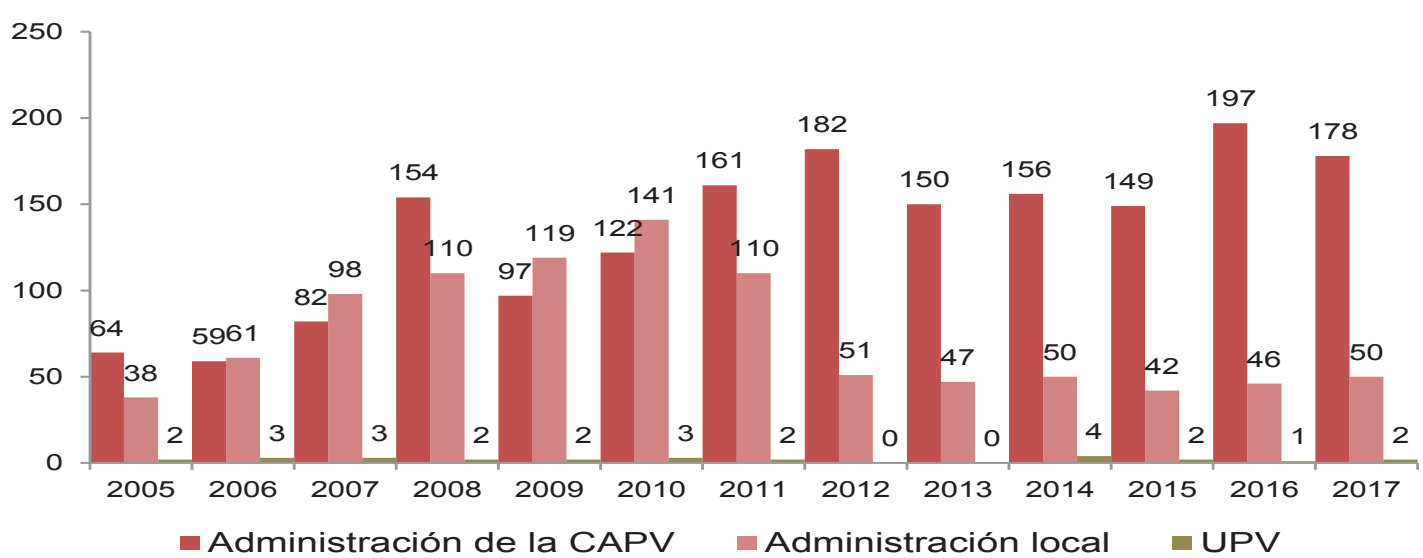
a) **Administración de la Comunidad Autónoma**, 178 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

CONSULTANTE	TOTAL
Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno	1
Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras	9
Departamento de Desarrollo Económico y Competitividad	1
Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda	2
Departamento de Hacienda y Economía	3
Departamento de Educación	13
Departamento de Salud	1
Departamento de Cultura y Política Lingüística	1
Departamento de Seguridad	4
Academia Vasca de Policía y Emergencias	9
Osakidetza-Servicio Vasco de Salud	134
Total	**178**

b) **Administración local,** 50 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

ENTIDAD LOCAL	TOTAL
Ayuntamiento de Alegia	1
Ayuntamiento de Andoain	1
Ayuntamiento de Azkoitia	1
Ayuntamiento de Berriz	3
Ayuntamiento de Bilbao	6
Ayuntamiento de Elorrio	2
Ayuntamiento de Gernika-Lumo	1
Ayuntamiento de Getxo	2
Ayuntamiento de Labastida	1
Ayuntamiento de Leioa	1
Ayuntamiento de Mungia	1
Ayuntamiento de Muxika	1
Ayuntamiento de Oiartzun	1
Ayuntamiento de Ondarroa	1
Ayuntamiento de Pasaia	2
Ayuntamiento de San Sebastián	5
Ayuntamiento de Santurtzi	2
Ayuntamiento de Sondika	1
Ayuntamiento de Sopela	5
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	11
Ayuntamiento de Zalla	1
Total	**50**

El gráfico comparativo desde el año 2005 es el siguiente:



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

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR DE
102/2017	Revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de Leioa Kirolak SAU de 31 de enero y de 11 de febrero de 2011, de adjudicación provisional y definitiva del contrato de redacción del proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo Pinosolo a la UTE Pinosolo.	Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo y Maite Astigarraga Goenaga Ion Gurutz Echave Aranzabal (adhesión)
166/2017	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.	Fátima Saiz Ruiz de Loizaga
186/2017	Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto sobre el procedimiento de selección del director o directora y el nombramiento y el cese de los otros órganos unipersonales de gobierno de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación.	Koldo Eskubi Juaristi

IV. Relación de dictámenes y acuerdos

A) Decretos legislativos (2)

Dictamen 59/2017: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de gestión de emergencias.

Dictamen 155/2017: Proyecto de Decreto legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de control económico y contabilidad de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

B) Proyectos de disposiciones reglamentarias (20)

Dictamen 9/2017: Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto de convalidación de títulos y certificados acreditativos de conocimientos de euskera, y equiparación con los niveles del Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas.

Dictamen 16/2017: Proyecto de Decreto por el que se establece la normativa marco de las ayudas previstas en el programa de desarrollo rural de Euskadi 2015-2020.

Dictamen 52/2017: Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 64/2017: Proyecto de Decreto del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

Dictamen 75/2017: Proyecto de Decreto por el que se determina la composición y el régimen de funcionamiento de las comisiones mixtas y comisiones de seguimiento en el ámbito de la formación agraria y náutico pesquera.

Dictamen 135/2017: Proyecto de Decreto de entidades de asesoramiento a explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales.

Dictamen 142/2017: Proyecto de Decreto por el que se establecen valores estimados para los ejemplares de fauna silvestre.

Dictamen 171/2017: Proyecto de Decreto de agrupaciones de personas productoras agrarias y forestales, y sus uniones o federaciones, en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 186/2017: Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto sobre el procedimiento de selección del director o directora y el nombramiento y el cese de los otros órganos unipersonales de gobierno de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación.

Dictamen 187/2017: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico en Emergencias y Protección Civil.

Dictamen 188/2017: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Coordinación de Emergencias y Protección Civil.

Dictamen 197/2017: Proyecto de Decreto por el que se crean las distinciones del Gobierno Vasco en materia de atención de emergencias y protección civil y se regula el procedimiento para su concesión.

Dictamen 198/2017: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 201/2017: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Organización y Control de Obras de Construcción.

Dictamen 205/2017: Proyecto de Decreto que modifica parcialmente el régimen de retribuciones y compensaciones percibidas en la Ertzaintza.

Dictamen 211/2017: Proyecto de Decreto de implantación y supresión de las enseñanzas universitarias oficiales conducentes a la obtención de los títulos de grado, máster y doctorado.

Dictamen 217/2017: Proyecto de Decreto de modificación del 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 222/2017: Proyecto de Decreto por el que se regula la admisión, así como la escolarización del alumnado fuera del periodo ordinario de admisión, en centros públicos dependientes del Departamento competente en materia de educación y en los centros privados concertados de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria, Bachillerato y Formación Profesional Básica, de Grado Medio y de Grado Superior de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 223/2017: Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento de gestión, en la Comunidad Autónoma de Euskadi, de las inspecciones periódicas de instalaciones y equipos sometidos a reglamentación de seguridad industrial.

Dictamen 224/2017: Proyecto de Decreto mediante el que se regula la realización del prácticum, en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Euskadi, correspondiente a las titulaciones universitarias de grado en educación infantil, grado en educación primaria y máster habilitante para el ejercicio de la docencia en educación secundaria obligatoria y bachillerato, formación profesional y enseñanza de idiomas, así como el correspondiente a la formación equivalente para quienes por razón de titulación no pueden acceder a un máster.

C) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (185)

Dictamen 1/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JSCP al ser excluido del proceso selectivo para acceso a plazas de categoría de Agente de la Escala Básica de la Policía Local del Ayuntamiento de Santurtzi.

Dictamen 2/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJAM tras el fallecimiento de su madre, doña MRMB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 3/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLML como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 4/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por BISA como consecuencia del retraso en la tramitación del Plan Parcial del sector industrial ... de Muxika (Bizkaia).

Dictamen 5/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIAH como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 6/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EUP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 7/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor EGA como consecuencia de un accidente en un centro escolar fuera del horario lectivo.

Dictamen 8/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MP y doña AAA como consecuencia de la asistencia prestada a su padre, don HAA, por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 10/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don UB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 11/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don DLE y doña MLUE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 12/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 13/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMZZ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 14/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIODR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 15/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor DPCA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 17/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IBL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 18/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MVLA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 19/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AGR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 20/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 21/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PQF y sus padres y hermano como consecuencia del fallecimiento de su hermana e hija, doña MTQF, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 22/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LOO como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 23/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la compañía aseguradora F como consecuencia de la reavivación de un incendio derivado de la actuación del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento.

Dictamen 24/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JZC como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 25/2017: Reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JRV como consecuencia de la demora en el acceso a sus estudios en el centro … de enseñanzas superiores de música.

Dictamen 28/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AMFG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 29/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña KLC y don XOT como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud en relación con el parto de su hija, SOL.

Dictamen 33/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTNM como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 35/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ABI como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 36/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMSG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 37/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CTG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 38/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JMS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 39/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don KRM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 40/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IBG como consecuencia de una caída con su motocicleta en la vía pública.

Dictamen 41/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IAL, don DAL y doña MAL tras el fallecimiento de su madre, doña PLL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 42/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil ASL como consecuencia de la adjudicación del contrato de servicios de control integral para la campaña de verano 2014 en el complejo deportivo de Mendizorrotza y Parque de Gamarra y para la inserción social de colectivos con dificultades para el acceso al mercado de trabajo.

Dictamen 43/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VPT como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 44/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BJH como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 47/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MDVZ, y doña ME, doña ML, doña L, doña ME, don JA y don CSV, tras el fallecimiento de su esposo y hermano, don XXX, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 48/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AUS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 49/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil MAG, S.A. como consecuencia de la denegación de licencia de primera utilización de una unidad de suministro para la venta al por menor de combustible para la automoción tras haber concedido previamente sendas licencias de actividad y de obras que infringen el ordenamiento urbanístico.

Dictamen 50/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ELR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 51/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ERM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 53/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RVS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 54/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VAL como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 55/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JIAM y doña MGA como consecuencia de la anulación parcial judicial de la Resolución del Concejal-Delegado de Urbanismo y Vivienda de 9 de junio de 2011, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra las Resoluciones de 26 de junio de 2009 por las que se ordenó la demolición y reposición a su estado originario de las obras ejecutadas sin licencia en el edificio de la calle …, nº … de San Sebastián.

Dictamen 56/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil ASL como consecuencia de la extinción del convenio de colaboración suscrito entre la mercantil y Euskal Trenbide Sarea, tras el Acuerdo de la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de Andoain, de 31 de octubre de 2011, por el que se deniega la licencia de actividad clasificada.

Dictamen 57/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMV como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio de salud.

Dictamen 58/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 60/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BMRAE y doña LSRA tras el fallecimiento de su esposo y padre, don GSRG, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio de salud.

Dictamen 61/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LHG como consecuencia de una caída en el Hospital Universitario ....

Dictamen 62/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don OBT como consecuencia de un accidente sufrido en un instituto público de educación secundaria.

Dictamen 63/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMDB, don FJDB, don GDB y doña MCDB tras el fallecimiento de su hermano, don JLDB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza/Servicio vasco de salud.

Dictamen 65/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MERE y su hijo, PGR, por la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 66/2017: 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 Zizurkil-Andoain.

Dictamen 67/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IPV como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 68/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MNF como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 69/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGSG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 70/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 71/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJRE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 72/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi como consecuencia de la inactividad del Departamento de Educación del Gobierno Vasco en la construcción de un centro de educación de secundaria en Alegría-Dulantzi.

Dictamen 73/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FMP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 74/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JANS como consecuencia del proceso de elección de miembros de mesas electorales.

Dictamen 76/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por E S. Coop. como consecuencia de la anulación del estudio de detalle en el Área C-2 Zabalandi sobre el Centro Comercial Bilbondo de Basauri.

Dictamen 77/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCPM tras el fallecimiento de su madre, doña MCMP, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 78/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LAZG como consecuencia de la errónea inclusión en las listas de contratación temporal 2014 en la categoría de Facultativo Especialista Técnico Psicólogo Clínico.

Dictamen 79/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAM, doña MCM y doña MJM tras el fallecimiento de su padre, don AMM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 80/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ERM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 81/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JIB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 82/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 83/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AGR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 84/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LMLA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 85/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JLB como consecuencia de una caída en el Centro de salud ... perteneciente a Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 86/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ITQ y su hijo, XLT, por la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 87/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MALF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 88/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AGS como consecuencia de la extinción de su vinculación laboral con Osakidetza-Servicio vasco de salud el día 22 de enero de 2014 sin que le fuera notificada dicha circunstancia hasta el 15 de septiembre de 2016 mientras permanecía en situación de excedencia por cuidado de familiares.

Dictamen 89/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RGS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 90/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CHM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 91/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña YYY como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 92/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJTA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 93/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don DLA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 94/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GFR como consecuencia de la demora en la convalidación de estudios de un módulo profesional tras ser reconocida mediante sentencia.

Dictamen 95/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RQF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 97/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 98/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don SRP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 99/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPUB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 100/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don YYY como consecuencia de la asistencia sanitaria presada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 101/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RPD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 103/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMVI como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 104/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 105/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor AGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 106/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VLB y por don M y don XLL tras el fallecimiento de su esposo y padre, don PJLA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 107/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMSL como consecuencia de un accidente sufrido con su bicicleta en la vía pública.

Dictamen 108/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FLM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 109/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PRM y don PO, doña MB, doña S y don URC tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña MJCA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 110/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MEAC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 111/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLPE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 113/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAFE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 114/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JSR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 115/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BHM como consecuencia de una caída en un polideportivo municipal.

Dictamen 116/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IJSG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 117/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JLS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 118/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CLG tras el fallecimiento de su padre, don RLI, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 119/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don APG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 121/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RRO como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 122/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JBL como consecuencia de una caída durante una clase de educación física.

Dictamen 123/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PTBM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 124/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ACR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 125/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RVH como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 126/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MEAM y su hija, NOA, por la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 127/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FW como consecuencia de la imposibilidad de funcionamiento de su restaurante tras haber obtenido las licencias correspondientes y haber cumplido las medidas correctoras impuestas para la obtención de dichas licencias.

Dictamen 128/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIA como consecuencia de una caída durante la celebración de una actividad deportiva en la vía pública.

Dictamen 129/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMMS y por su hija menor, LMB, tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña SBT, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 130/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AGP- como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 131/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JTV y por su hijo menor de edad, ATC, tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña BCR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 132/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NBB y su hija, ZNB, tras la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 133/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAAB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 136/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RFM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 137/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ACG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 138/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGDG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 140/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ACR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 141/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por MBBC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 143/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJF como consecuencia del deficiente funcionamiento de Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 144/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JCAC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 145/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 149/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ABR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 150/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BOG y por sus hijos, don ESO y doña MBSO, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don ESP, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 151/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RMP y doña R y doña TDM tras el fallecimiento de su esposo y padre, don ADS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 152/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios del CIMB como consecuencia de la inactividad del ayuntamiento relativa a la no asunción de la prestación de servicios públicos municipales obligatorios desde el día 1 de enero de 2015 hasta el día 31 de diciembre de 2016.

Dictamen 153/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AJG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 154/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ELM como consecuencia de una caída en unos baños públicos.

Dictamen 156/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JSRA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 157/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NRG tras el fallecimiento de su esposo, don JJGM, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 158/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PAE tras el fallecimiento de su madre, doña CEN, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 159/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MALC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 160/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don KLM como consecuencia de una caída en la vía pública al tropezar contra un separador de caucho de un carril bici.

Dictamen 161/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ARH como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 162/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RMVA y don FJCV y don ICV, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don FJCT, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 163/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 164/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la menor CRD como consecuencia de una extracción dental en la Clínica Odontológica de la Universidad del País Vasco.

Dictamen 166/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña DG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 167/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AJIJ y doña OAM y por la hija de ambos, la menor MIA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 168/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BGI como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 169/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AOR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 170/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por don IAG por los daños sufridos por su madre, doña MEGU, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 172/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LHS, tras el fallecimiento de su padre, don FHG, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 173/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAA y doña AIAR tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña MPRS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 175/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MEOG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 176/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PMDC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 177/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBGG por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su marido en un accidente en el puerto de Armintza.

Dictamen 178/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCA como consecuencia de una caída en el puerto de Armintza.

Dictamen 179/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 180/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLGA, don JMVO y su hijo AVG, tras el fallecimiento del hijo y hermano gemelo durante el parto como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 181/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don TRD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 182/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MYFV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 183/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJGS tras el fallecimiento de su esposo, don JVR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 184/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 185/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JKAV como consecuencia de una embestida de una vaquilla durante la celebración de una sokamuturra.

Dictamen 189/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña doña YLM y por don VLU como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a la primera por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 190/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJHO y doña MHI y don GHI tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña MJIO, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 192/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ESU como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 193/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 194/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPDD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 195/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la empresa SISL como consecuencia de la demora en la resolución de sendos recursos especiales en materia de contratación administrativa por parte del Órgano Administrativo de recursos contractuales.

Dictamen 196/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 199/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña FJMP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 200/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Junta de Compensación del Sector ... como consecuencia de las obras para dotar de accesibilidad a las parcelas comprendida en el eje 2 y 13 del Sector Urbanizable Residencial.

Dictamen 202/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCV, y por don JC, doña B, don JM y doña MCPC tras el fallecimiento de su esposo y padre, don VPS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 203/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RCM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 204/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SRR y sus hijos tras el fallecimiento de don VMMG, esposo y padre respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 206/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FGD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 207/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don DAL como consecuencia de la divulgación de datos personales tras el sorteo para la formación de mesas electorales en Vitoria-Gasteiz con ocasión de las elecciones generales de junio de 2016.

Dictamen 208/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AAS tras el fallecimiento de su padre, don FAP, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 209/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PGV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 210/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAAZ tras el fallecimiento de su esposo, don FMI, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 212/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EAN como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 215/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLA y doña NRL, tras el fallecimiento de don FRB, esposo y padre respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 216/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 218/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMTG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 219/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IJD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 220/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios de la calle ..., nº ... de San Sebastián como consecuencia de un mal funcionamiento de la red de saneamiento municipal o una mala ejecución de las obras de reforma y mejora de las redes municipales de abastecimiento y saneamiento.

Dictamen 221/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ALV como consecuencia de un accidente sufrido con una bicicleta municipal en la vía pública.

Dictamen 225/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CFL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 227/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don UBS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 228/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ISMA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 229/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MYCG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 230/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GPH como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio-vasco de salud.

D) Revisión de oficio (18)

Dictamen 26/2017: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía nº 2015-312052, de 23 de diciembre, por el que se adjudica a la empresa ..., S.A. (...) el contrato menor que tiene por objeto la prestación del servicio de asistencia y consultoria jurídica al Ayuntamiento de Berriz.

Dictamen 27/2017: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía nº 2016-301018, de 12 de enero, por el que se adjudica a la empresa ..., S.A. el contrato menor que tiene por objeto la prestación del servicio de asesoría laboral al Ayuntamiento de Berriz.

Dictamen 30/2017: Revisión de oficio de la Resolución de 4 de abril de 2011, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de la Resolución de 28 de marzo de 2011, de nombramiento de funcionarios de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana, en ejecución de sentencia judicial, a instancia de don RDB.

Dictamen 31/2017: Revisión de oficio de la Resolución de 4 de abril de 2011, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de la Resolución de 28 de marzo de 2011, de nombramiento de funcionarios de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana, en ejecución de sentencia judicial, a instancia de don MMSC.

Dictamen 32/2017: Revisión de oficio de la Resolución de 4 de abril de 2011, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de la Resolución de 28 de marzo de 2011, de nombramiento de funcionarios de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana, en ejecución de sentencia judicial, a instancia de don MGG.

Dictamen 34/2017: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 25 de febrero de 1988 por el que se adjudica a don SBO el contrato de arrendamiento de servicios de arquitecto asesor del Ayuntamiento de Berriz.

Dictamen 96/2017: Revisión de oficio instada por don MRPV contra la Resolución de 24 de octubre de 2007, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se hace pública la identidad de las personas seleccionadas a través del procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de agente de la escala básica de la Ertzaintza, y se procede a nombrar funcionarios y funcionarias en prácticas con indicación de la fecha de inicio del curso, convocado por Resolución de 19 de marzo de 2007.

Dictamen 102/2017: Revisión de oficio de los acuerdos del Consejo de Administración de Leioa Kirolak SAU de 31 de enero y de 11 de febrero de 2011, de adjudicación provisional y definitiva del contrato de redacción del proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo Pinosolo a la UTE Pinosolo.

Dictamen 112/2017: Revisión de oficio, a instancia de don GLOA, de la Resolución de 12 de enero de 2010, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de Policía del País Vasco de la Resolución de 11 de enero de 2010, por la que se nombra funcionarios de carrera de la Ertzaintza (en el procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de agente de la escala básica).

Dictamen 120/2017: Revisión de oficio de la Resolución de 6 de junio de 2016, de la Delegada Territorial de Vivienda de Gipuzkoa por la que se concede a doña NHP una subvención para la rehabilitación de fachada de vivienda habitual.

Dictamen 134/2017: Revisión de oficio de la Resolución de 4 de abril de 2011, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de la Resolución de 28 de marzo de 2011, de nombramiento de funcionarios de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana, en ejecución de sentencia judicial, a instancia de don JBF.

Dictamen 147/2017: Revisión de oficio, a instancia de don OCF, de la Resolución de 7 de julio de 2010, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se hace pública la lista definitiva de personas excluidas y admitidas en el proceso selectivo para ascenso a la categoría de Suboficial de Investigación Criminal de la Escala de Inspección de la Ertzaintza.

Dictamen 148/2017: Revisión de oficio, a instancia de don AUI, de la Resolución de 7 de julio de 2010, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se hace pública la lista definitiva de personas excluidas y admitidas en el proceso selectivo para ascenso a la categoría de Suboficial de Investigación Criminal de la Escala de Inspección de la Ertzaintza.

Dictamen 165/2017: Revisión de oficio, a instancia de don MGG, de la Resolución de 12 de enero de 2010, del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, por la que se anuncia la fecha de colocación en el tablón de anuncios de la Academia de Policía del País Vasco de la Resolución de 11 de enero de 2010, por la que se nombra funcionarios de carrera de la Ertzaintza (en el procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de agente de la escala básica).

Dictamen 191/2017: Revisión de oficio del Acuerdo nº 665 de la Junta de Gobierno Local, de 14 de octubre de 2008, por el que se acuerda conceder la licencia para la primera utilización de las obras de rehabilitación del edificio situado en la calle ... nº ... a don MRC.

Dictamen 213/2017: Revisión de oficio de la Resolución de Alcaldía de 9 de junio de 2011 por la que se abona a la empresa ESL en relación con el contrato de servicio de gestión del polideportivo municipal 108.479,96 euros (IVA incluido), en concepto de las pérdidas del ejercicio 2010, más un 5% de los gastos como beneficio empresarial, más un 11,25% de los gastos como gastos generales.

Dictamen 214/2017: Revisión de oficio de la Resolución de Alcaldía de 2 de mayo de 2012 por la que se abona a la empresa ESL en relación con el contrato de servicio de gestión del polideportivo municipal 107.917,56 euros (IVA incluido) con motivo de las pérdidas del ejercicio 2011, más un 5% de los gastos como beneficio empresarial, más un 11,25% de los gastos, como gastos generales.

Dictamen 226/2017: Revisión de oficio de la Real Orden de 27 de diciembre de 1912 del Ministerio de Fomento por la que se otorga a la mercantil Monte Igueldo SA la concesión del ferrocarril funicular de Ondarreta al Monte Igueldo por un plazo de 99 años.

E) Recurso extraordinario de revisión (1)

Dictamen 146/2017: Recurso extraordinario de revisión interpuesto por RCM contra la resolución del proceso selectivo de plazas de profesorado asociado nº 90, 91, 104, 122 y 123, convocadas por Resolución de 2 de mayo de 2016.

F) Contratos administrativos (4)

Dictamen 45/2017: Resolución del contrato menor administrativo de suministro que tiene por objeto la instalación, puesta en marcha y formación de una centralita grabadora de voz para teléfonos de la Policía Local del Ayuntamiento de Sopela, adjudicado a la empresa TSLL.

Dictamen 46/2017: Resolución del contrato administrativo que tiene por objeto el suministro de vehículos patrulla para el Departamento de Seguridad.

Dictamen 139/2017: Declaración de caducidad del contrato de gestión de servicio público mediante concesión para la gestión del centro deportivo Riberas de Loiola adjudicado a la mercantil FENV.

Dictamen 174/2017: Interpretación del contrato administrativo de servicios que tiene por objeto la finalización de la redacción del Plan General de Ordenación Urbana del municipio de Sondika, formalizado el 27 de enero de 2014 con LKS Ingeniería, S.Coop.

G) Acuerdos de devolución (5)

Por no ser competencia de la Comisión:

Acuerdo 1/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil ESL como consecuencia de la demora en los pagos correspondientes al arrendamiento sin opción de compra de módulos prefabricados con destino a centro educativos de carácter público dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, en base a un acuerdo marco de suministro.

Acuerdo 2/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil EVSSA como consecuencia de la ruptura anticipada del contrato administrativo para la continuación de la ejecución de la redacción del proyecto técnico, construcción y explotación de un estacionamiento subterráneo para vehículos automóviles en la Herriko Plaza de Barakaldo.

Por no proceder nuevo dictamen:

Acuerdo 4/2017: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento regulador del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Para que continúe la instrucción:

Acuerdo 5/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Acuerdo 6/2017: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil UNIBAIL-RODAMCO RETAIL SPAIN, SLU como consecuencia de las limitaciones de superficie de techo para los equipamientos comerciales contenidas en el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y equipamientos comerciales.

SEGUNDA PARTE:

EXTRACTO DE LA DOCTRINA

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA

I. Parámetros

A) Actos administrativos

Contratación

Si bien la contratista no muestra su disconformidad con la iniciativa de la Administración de resolución contractual, sí se opone a la aplicabilidad de las causas esgrimidas por la Administración en la orden de inicio, contempladas en las letras d), f) y h) del artículo 223 TRLCSP ("la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista…", "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.." y "Las establecidas expresamente en el contrato"), porque sostiene que concurre la causa prevista en la letra g) del artículo 223 TRLCSP, **esto es, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados**, ya que la suspensión cautelar de la autorización fin de serie, que impide la venta y entrega de los vehículos, constituye un supuesto de imposibilidad legal.

Entiende la Comisión que **esa divergencia en la causa no es irrelevante, pues condiciona los derechos de ambas partes cuando se produzca la resolución**, ya que no es lo mismo que sea o no imputable a la contratista y se califique de culpable, por lo que su intervención resulta procedente.

DCJA 46/2017 pár. 25 a 26

Responsabilidad patrimonial

El asunto ha sido sometido a informe de esta Comisión por cuanto que **ha sido calificado por la empresa interesada como una reclamación de responsabilidad patrimonial,** lo que de acuerdo con el artículo 3.1.k) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, hace que su intervención resulte preceptiva, al superar los dieciocho mil euros, conforme a lo que dispone el Decreto 73/2011, de 12 de abril, que actualiza la cuantía mínima.

Sin embargo, a la vista de los hechos narrados, **la primera cuestión que debemos dilucidar es si efectivamente es esa la naturaleza del asunto planteado**.

Porque, como ha reiterado la Comisión, conforme a su diseño legal no está autorizada más que para intervenir en aquellos supuestos tasados que contempla su ley ya que esta no acoge (a diferencia de otros modelos de órganos consultivos) la consulta potestativa.

Para hacer ese examen seguiremos un esquema en el que analizaremos, antes que nada, si es posible encauzar una pretensión de responsabilidad contractual por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, atendido el fundamento de la reclamación; a continuación estudiaremos la situación jurídica, llegando a la conclusión de que es producto de una irregularidad contractual, veremos las vías que existen para el resarcimiento de la empresa que ha realizado la prestación en tales casos y concluiremos en la improcedencia de la acción ejercida por la empresa ya que el abono de los interés de demora y los costes de cobro deben ser reclamados en el marco de la acción de enriquecimiento injusto.

Con la advertencia, eso sí, de que, si bien no procede nuestra intervención preceptiva, ello no supone que no deba resolverse la reclamación en los términos del artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC).

El error en la calificación del interesado, estando claramente determinado el contenido de la solicitud, no puede tener la trascendencia que le atribuye la propuesta de resolución.

Una vez establecida su verdadera naturaleza, que no depende de la que le confieran las partes sino de su contenido sustantivo, y producida la recalificación, la resolución que ponga fin al procedimiento ha de decidir todas las cuestiones planteadas por el interesado y aquellas otras derivadas del mismo.

I La responsabilidad contractual

Como se deriva del escrito presentado, la empresa ha planteado una reclamación de responsabilidad patrimonial al amparo de los artículos 139 a 144 LRJPAC.

Examinados los fundamentos de derecho del escrito, sin embargo, se extrae la conclusión de que **las cantidades reclamadas derivan de la existencia de una relación contractual con la Administración General** de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que invoca la aplicabilidad del artículo 216.4 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, conforme al cual, si la Administración se demorase al abonar el precio, deberá abonar al contratista "a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para que haya lugar al inicio del cómputo de plazo para el devengo de intereses, el contratista deberá de haber cumplido la obligación de presentar la factura ante el registro administrativo correspondiente, en tiempo y forma, en el plazo de treinta días desde la fecha de entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio".

La propuesta de resolución, siguiendo la doctrina de esta Comisión y la del Consejo de Estado, niega que el instituto de la responsabilidad patrimonial sea cauce adecuado para dilucidar si procede dicho pago en el marco de obligaciones derivadas de una relación contractual.

Son en ese sentido procedentes las citas que recoge tanto de nuestros acuerdos 9/2013 y 3/2013 como del dictamen del Consejo de Estado nº 1796/2007.

(…)

Hay que recordar que el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en el TRLCSP y en el contrato, con arreglo al precio convenido, ex artículo 216.1 TRLCSP, y que, en cuanto al plazo, el contrato no puede desconocer la garantía del artículo 216.4 TRLCSP.

Por su parte, el artículo 217 TRLCSP establece un procedimiento para hacer efectivas las deudas de las administraciones públicas, que incluyen el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, los intereses de demora, que es el que debe seguirse para hacer efectivo el cobro.

Si realmente estuviéramos ante un asunto que requiere la mera aplicabilidad del artículo 216.4 TRLCSP, la vía específica de resarcimiento es la del artículo 217 TRLCSP.

II La contratación irregular

Tal vez consciente la empresa de que no es una cuestión tan nítida, ya que no se produjo ni una prórroga ni una modificación contractual que pudiera llegar a amparar la continuación de la prestación inicialmente concertada, acude a la institución de la responsabilidad patrimonial para que le sean satisfechas tales cantidades.

La responsabilidad patrimonial de la Administración se fundaría en el daño ocasionado por la falta de una actuación diligente del órgano de contratación que hubiera procurado "la regularización de la situación".

Sin embargo, la propuesta de resolución expresa las razones por las que ni la prórroga ni la modificación eran jurídicamente posibles, precisamente por aplicación de las normas que rigen la contratación pública, que constituye el marco que regula las relaciones de la Administración con los administrados en este ámbito.

Antes que nada hay que decir que, como ha dicho la Comisión en numerosas ocasiones, **a través de la responsabilidad patrimonial no cabe combatir actuaciones de la Administración que debieron ser impugnadas en tiempo y forma a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que resultaban aplicables.**

Al margen de que solicitara o no en legal forma tal "regularización", en el supuesto de que lo hubiera hecho, de no ser estimada por el órgano de contratación, podría haber acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, combatiendo la inactividad administrativa, de lo que no se tiene constancia.

En cualquier caso, por lo que se refiere a la prórroga, las carátulas de los pliegos de los cuatro contratos derivados no la contemplaron, por lo que no estaba permitida.

Como se argumenta en la propuesta de resolución, ha de tenerse en cuenta que las carátulas de los pliegos son parte del contrato y cuando se firmaron estaba en vigor el artículo 99.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP), según el cual "los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos" (el art 115.3 del vigente TRLCSP se expresa en los mismos términos).

Por otra parte, los acuerdos marco no pueden superar los cuatro años, salvo motivos excepcionales, de conformidad con el artículo 180 de la LCSP (artículo 196 del vigente TRLCSP). Si por un motivo excepcional se ampliase el acuerdo marco, se tendría que sacar a licitación pública los cuatro contratos derivados que finalizaron en su momento, lo que no asegura que ESL fuese de nuevo adjudicatario de los cuatro contratos.

Por lo que se refiere a la modificación la propuesta recuerda lo que establecen las cláusulas 26.1 y 26.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del acuerdo marco AM/01/10:

> La modificación del contrato se regirá por lo dispuesto en los artículos 194, 195, 202 y 272 de la LCSP y artículos 102 y 103 del RGLCAP, y únicamente podrá realizarse por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando su necesidad en el expediente. En ningún caso podrá afectar a las condiciones esenciales del contrato.
>
> Es causa de resolución las modificaciones en el contrato, aunque fueren sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos al 20 por 100 del precio inicial del contrato, con exclusión del impuesto sobre el valor añadido, o representen una alteración sustancial del mismo.

Y concluye que:

> En el caso que nos ocupa, ESL en tres de los cuatro expedientes objeto de la reclamación, supera ampliamente el 20 por 100 del precio inicial del contrato. En alguno de ellos ha superado el 100 por 100 del precio inicial del contrato. De todo lo anterior, se llega a la conclusión de que no es posible prorrogar un contrato que habría que resolver.

En definitiva, tal y como se afirma acertadamente, **debe prevalecer el principio general de que los contratos del sector público han de atenerse a la duración en ellos convenida y que al término de esta se ha de proceder a una nueva convocatoria pública que respete los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos.**

En este contexto **tenemos una situación anómala porque la Administración mantuvo el arrendamiento de los módulos, sin contrato válido, pero como una ampliación, sin base legal alguna, de la prestación previamente concertada**. No cabe duda de que la ampliación fue ejecutada por orden de la Administración y a su satisfacción, ya que la recibió sin formular protesta alguna.

III Las vías para la restitución de las prestaciones

En los supuestos de realización de prestaciones sin un previo contrato no puede hablarse ni de obligaciones derivadas de un contrato ni de responsabilidad patrimonial, aunque, como luego veremos, los efectos deben extraerse de la normativa contractual.

La responsabilidad patrimonial no constituye con carácter general una vía idónea por cuanto en estas situaciones no se da el requisito de la antijuridicidad del daño.

Los dictámenes del Consejo de Estado nº 88/2004, de 4 de marzo, nº 1008/2008, de 11 de septiembre, o el que se cita en la propuesta, nº 1204/2006, así lo sostienen y este último añade que:

> En consecuencia, no concurriendo responsabilidad contractual ni extracontractual, la obligación a cargo de la Administración tiene su origen en la **doctrina del enriquecimiento injusto**, que ha sido admitida y aplicada reiteradamente como fuente de obligaciones administrativas por el Consejo de Estado (Dictamen número 1025/94, entre otros), y por la jurisprudencia. Dado que en el asunto remitido en consulta la Administración se benefició de la realización de los trabajos de vigilancia y seguridad desde el 14 de julio de 2003 hasta el 31 de mayo de 2004 sin pago del precio, y por tanto, sin contrapartida alguna, debe reconocerse el derecho de (A) al abono de 126.966,23 euros, suma en la que se cuantifica el enriquecimiento sin causa de la Administración.

El Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya 273/2013, de 30 de julio, afirma la inadecuación del pago de facturas que no cuenten con cobertura obligacional a través de la responsabilidad patrimonial, porque ello:

> desnaturaliza la institución de la responsabilidad patrimonial y el procedimiento correspondiente, instrumento jurídico no concebido con el objetivo de resolver sistemáticamente el pago de las facturas relacionadas con un vínculo contractual subyacente preexistente entre la Administración y la peticionaria. En este caso, la Administración local habría de explorar qué otros procedimientos posibilita el ordenamiento jurídico para reconocer las deudas derivadas de la prestación de servicios por los particulares, con la intervención, si procede, de los órganos municipales correspondientes.

La STS 25 de octubre de 2005 (RJ 2005\8290) declara que **el instituto de la responsabilidad patrimonial no es aplicable a la reclamación de cantidad derivada de la existencia de una contratación verbal**:

> … la actora ejercita una acción de responsabilidad patrimonial (que denomina extracontractual) sin que concurran los presupuestos necesarios para ello, y que, en cualquier caso, dicha acción estaría prescrita, porque cuando se formuló la reclamación en vía administrativa ya había transcurrido más de un año desde la fecha en la que, según se indica en la demanda (mayo de 1996), se concluyeron las obras. Lo que la actora interesa es el pago de unos aumentos de obra realizados en la ejecución de un contrato siguiendo, según dice, las indicaciones de un representante de la Administración y de acuerdo con el proyecto elaborado por uno de sus técnicos. Su reclamación se encuadra dentro de las realizadas contractuales y se funda en la existencia del correspondiente encargo, su realización a satisfacción de la demandada, con la consiguiente recepción tácita del aumento de obra, y en los principios de buena fe y de prohibición del enriquecimiento injusto, que evidentemente se produciría si la Administración hiciese suyo algo útil y de valor que encargó y no pagó. Lo que la Administración a su vez alega es que no hubo ningún expediente administrativo previo en relación con el aumento de obra cuyo pago se reclama, ni ningún documento, como certificaciones o acta de recepción, que justifique con posterioridad la realización de ese aumento. Todo esto nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos. Lo que se plantea es si existió una contratación irregular desde el punto de vista formal y, de haber existido, los efectos que ha de producir.

Esto es, haciéndonos eco de la propuesta, cuando lo que se plantea es una contratación irregular desde el punto de vista formal y los efectos que ha de producir "nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial" —dice el Tribunal Supremo—, **y cuando el encargo o contrato ha sido verbal o incurre en cualquier otra causa de nulidad de pleno derecho, la nulidad del contrato o encargo impide hablar de obligaciones contractuales porque el contrato nulo es inexistente, de modo que la indemnización tendente a compensar a la empresa el gasto en el que ha incurrido para la ejecución** del encargo no puede conceptuarse como incidencia derivada de una obligación contractual de un contrato inexistente por nulo, sino que **ha de derivarse hacia el principio general del derecho que impide el enriquecimiento injusto.**

La STS de 12 de diciembre de 2012 (JUR 2013/770), de un lado, **rechaza que el enriquecimiento injusto deba incardinarse en la acción de responsabilidad patrimonial**:

> La razón que justifica el pronunciamiento desestimatorio se encuentra en la propia fundamentación de la sentencia recurrida, donde expresamente se reconoce la autonomía de la acción dimanante del enriquecimiento injusto con respecto a la que deriva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, consecuencia que igualmente se predica atendiendo a los propios pronunciamientos jurisprudenciales dictados al efecto.
>
> Sobre la autonomía y singularidad de la acción ejercitada, es de resaltar lo manifestado en sentencia de esta Sala de fecha 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3949), recurso 3554/1999, en la cual se pone de manifiesto que:
>
> "La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, al menos, desde los años sesenta viene también admitiendo la aplicación de la figura del enriquecimiento injusto a determinados supuestos en el ámbito específico del Derecho administrativo, especialmente proyectados, por su naturaleza revisora de la actuación administrativa, a las Administraciones públicas. En cualquier caso, ya en dos conocidas sentencias de 22 de enero y 10 de noviembre de 1975, se produce su reconocimiento sobre la base de la concurrencia de ciertos supuestos o requisitos.
>
> El análisis de la referida jurisprudencia de esta Sala (Cfr. SSTS, Sala 3ª, de 30 de abril (RJ 2001, 4466) y de 12

de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8768), 15 de abril de 2003 (RJ 2003, 5477) y 6 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7078), ad exemplum, admitiendo la figura en Derecho administrativo y acogiendo los requisitos elaborados por la Sala 1ª de este Alto Tribunal) denota una consideración 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. Pero, en cualquier caso, son los requisitos establecidos por la jurisprudencia civil, acogidos expresamente por esta Sala, los que rigen y se aplican a los supuestos en que la Administración o un particular, eventual o supuestamente empobrecido, exige la restitución del enriquecimiento injusto o sin causa de un administrado o de una Administración, en este caso, de una entidad local.

Por consiguiente, ha de reconocerse que el enriquecimiento injusto, como principio general y como específica acción, forma parte, por obra de la jurisprudencia, del ordenamiento jurídico y, en concreto, del ordenamiento jurídico administrativo."

Se infiere de la sentencia citada que el enriquecimiento injusto o sin causa no es solo un principio general del derecho, que rige también en el derecho administrativo, sino que además debe de considerarse como una acción propia y singular del derecho administrativo, diferente de la que se ejercita en el ámbito civil, precisamente por las particularidades del ámbito administrativo.

De otro lado, destaca su operatividad precisamente en asuntos relacionados con la contratación administrativa que guardan relación con el caso que examinamos:

... son muchas las sentencias dictadas por este Tribunal sobre el posible enriquecimiento injusto de la Administración, la mayor parte producidas en el ámbito de la contratación administrativa (STS de 21 de marzo de 1991, 18 de julio de 2003 (RJ 2003, 7778), 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7354), 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 8635) y 2 de octubre de 2006 (RJ 2006, 7563)), 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 el 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.

No obstante, la acción de enriquecimiento injusto o *condictio sine causa*, ha venido siendo utilizada junto a la vía de la revisión de oficio de los actos preparatorios o el de adjudicación, incluso la doctrina y la jurisprudencia parecen decantarse por ésta última.

Recientemente (entre otros dictámenes 95/2016 y 115/2016) la Comisión aceptaba que en algún supuesto excepcional, atendidas las circunstancias concurrentes, pudiera la responsabilidad patrimonial dar respuesta a tales situaciones, si bien insistía en la singularidad del asunto examinado —tanto en la forma como en el fondo— y recordaba que, dado que en el ámbito de la contratación administrativa el enriquecimiento injusto "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".

Con arreglo a esta vía, habría que partir de la premisa de la existencia de una especie de contrato verbal pero nulo de pleno derecho, ya que fue adjudicado tras haberse prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido.

Al respecto, el artículo 19.2 TRLCSP dispone que los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Por su parte, el artículo 31 TRLCSP establece que los contratos "serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes". Entre las causas de nulidad de derecho administrativo enumeradas en el artículo 32.a) TRLCSP se encuentran las indicadas en el artículo 62.1 LRJPAC.

El artículo 62.1 e) LRJPAC determina que los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho cuando se dicten prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

En consecuencia, **el contrato verbal sería nulo de pleno derecho por resultar inválido el acto administrativo de adjudicación, que fue adoptado al margen de los procedimientos de contratación que hubieran debido tramitarse de manera preceptiva.** Dado que es nulo, **no puede producir efecto de ninguna clase**, es **insubsanable** y **no admite convalidación alguna**.

Sin embargo, eso no quiere decir que tal nulidad no tenga consecuencias, tal y como lo regula el artículo 35.1 TRLCSP:

> 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, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

Así, pues, **el principal efecto de la declaración de invalidez por causa de nulidad** que se recoge en el TRLCSP consiste en que **el contrato "entrará en fase de liquidación".** Además, y como otro segundo efecto derivado directamente del anterior, **las partes deben restituirse de manera recíproca las cosas que hubieren recibido en el proceso de ejecución de dichos contratos como forma de tratar de restablecer la situación que existía en el momento anterior a su celebración**. Pero, dado que la gran mayoría de las ocasiones resulta evidente **la imposibilidad de que las partes se restituyan de manera recíproca las cosas que hubieran recibido** en virtud del contrato inválido (restitución *in natura*), **procede que la Administración liquide el valor de las prestaciones ejecutadas una vez que declare la nulidad de los contratos formalizados de manera verbal.**

Este mecanismo de la liquidación deriva expresamente, como se ha señalado, de lo que se establece en la legislación en materia de contratos del sector público y **responde al mismo fundamento que la institución del enriquecimiento injusto, evitar que este se produzca en favor de la Administración pública que ha recibido la prestación.**

Cabe añadir que **sea cual sea la vía escogida**, por la sustancial identidad con la que ha de operarse, **la respuesta jurídica debe ser la misma si se aplica el enriquecimiento injusto como vía específica y autónoma o la vía de la revisión de oficio.**

IV La vía seguida por la Administración

La Administración ha acudido a la institución del enriquecimiento injusto y ha abonado a la empresa el importe de las facturas emitidas aplicando los precios convenidos en el contrato inicial.

La cuestión a resolver, como resulta de lo que ha quedado expuesto, **es si debe integrarse dentro de la compensación por el enriquecimiento injusto el interés de demora y los costes de cobro** y, más precisamente, los previstos de forma automática y objetiva para el retraso en el pago de un contrato administrativo.

Constituye un primer obstáculo para entender aplicable ese abono, lógicamente, la falta de contrato, al tratarse de un arrendamiento realizado fuera de contrato. Para el pago hubo de cumplimentarse previamente la tramitación correspondiente, entre la que se incluye, según refiere la Administración, la convalidación del gasto por parte del Consejo de Gobierno. En realidad, se tuvo que constatar la realización efectiva de la prestación, cuantificar su importe y autorizar el gasto y su convalidación, porque no se trataba del simple cumplimiento de un contrato que no existió o existió solo verbalmente.

En todo caso, tanto en la compensación como en la liquidación del contrato nulo los intereses de demora deben ser exigidos y reclamados al solicitar el abono de la prestación o al combatir el pago realizado por la Administración en concepto de enriquecimiento injusto.

La posible disputa entre la empresa y la Administración obliga a dilucidar cuál ha de ser la cantidad correcta que la Administración debe abonar a la mercantil para que no se produzca el enriquecimiento injusto, lo que nada tiene que ver con la responsabilidad patrimonial.

Esto es, la controversia deriva de una prestación recibida por la Administración, por lo que ha de ser examinada en el marco de las obligaciones que surgen para la Administración y la empresa de una contratación irregular. Por ello, **habrá que tener en cuenta el marco jurídico previsto por la legislación de contratos de las administraciones públicas para tales casos, resultando improcedente el cauce seguido por la empresa**.

En definitiva, no procede su examen desde los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual de la Administración, lo que no obsta que el órgano competente deba pronunciarse sobre su procedencia.

A los meros efectos dialécticos y con un ánimo colaborativo, diremos que la jurisprudencia más actual considera su abono improcedente, habiéndose invocado oportunamente por la Administración la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 474/2013, de 13 de septiembre (JUR 2014/1444544), que sigue la doctrina de la STS de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1095).

En esa misma línea, la **STS de 24 de octubre de 2005** (RJ 2005/8135), ante un caso también de convalidación de gasto, en el que el pago tiene el carácter de indemnización en virtud de la obligación natural para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración, entiende que ello **no admite el pago de intereses y menos aún el interés de los intereses, toda vez que lo decisivo es que se trata de un contrato nulo de pleno derecho y es aplicable la regulación legal relativa a los efectos de la declaración de nulidad** (en la actualidad artículo 35.1 TRLCSP).

Ante la posible exigencia del abono de los intereses en base a la culpabilidad de la Administración, ya que el *in fine* del artículo 35.1 TRLCSP prevé que la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido, lo cierto es que, como reconoce la propia empresa, esta era perfectamente conocedora de la existencia de una situación irregular y que, si la mantuvo, cabe argüir, fue para beneficiarse de ella.

En la medida en que debe buscarse el debido equilibrio, al no ser aplicables las normas previstas para los supuestos de normalidad y legalidad, como dice la STS de 2 de julio de 2004 (RJ 2004/5094) **no puede llegarse a la conclusión de que por la falta de reconocimiento de los intereses legales** (y menos aún en los términos que los contempla el artículo 216.4 TRLCSP) **se produzca un daño a la empresa**:

> … si bien es cierto que las obras las había recibido con anterioridad, no cabe olvidar, que el contratista también sabía, que esas obras realizadas fuera del contrato exigían los trámites oportunos, incluida su convalidación, y por tanto se puede incluso presumir, que el contratista al realizar las obras, fuera del contrato, aceptaba que la obligación de la Administración de abonarlas no surgía hasta que se cumplimentaran los trámites oportunos.
>
> Y no obsta en nada a lo anterior el que se pudiera producir un desequilibrio entre la obligaciones de los contratantes, pues, por un lado, era una situación conocida para ambos, por otro, el contratista también se beneficia al percibir el importe de unas obras fuera del contrato, y por tanto sin la competencia de otras empresas, y sin presentar el oportuno previo proyecto y las fianzas procedentes, y en fin, porque se trata de una situación de hecho, que han posibilitado tanto la Administración como el contratista, en cuanto los dos tienen prohibido realizar obras fuera de las previstas en el contrato.

En el mejor de los casos, según esta sentencia **el cobro tendría que producirse por la demora en el pago una vez producida la convalidación, pero no es esto lo que aquí se reclama.**

No debe olvidarse, por otro lado, que el interés de demora del artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, es la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo en su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate, más ocho puntos porcentuales. Ese doble componente tiene por objeto resarcir por el valor del dinero —interés del BCE— y disuadir o en su caso sancionar al deudor —el incremento del tipo en ocho puntos porcentuales—.

En ese sentido, entendemos que no resulta en modo alguno sancionable la actividad de la Administración que, a la vista de la irregular contratación, debe tramitar el correspondiente expediente para hacer efectivo el pago, cumpliendo los requisitos formales y materiales a los que está legalmente obligada.

No resultaría tampoco procedente el abono de los gastos de abogado en sede administrativa, no solo por la voluntariedad con la que se concibe su intervención, sino, además, en las circunstancias concurrentes, porque la Administración ha abonado las cantidades reclamadas como deuda principal, sin que se haya acreditado que se haya opuesto o negado a hacerlas efectivas, si bien una vez cumplimentados los trámites necesarios para ello, y asimismo

porque las cantidades pedidas por tal concepto (16.715,56 €) resultan a todas luces desproporcionadas, vistos los intereses de demora cuya reclamación justifica el gasto (22.000,44 €).

Por último, en relación al anatocismo —es decir, la percepción de intereses legales sobre la cantidad adeudada por intereses de demora vencidos—, la jurisprudencia ha venido reconociendo la aplicabilidad en el ámbito administrativo del artículo 1109 del Código Civil, pero obviamente desde que se produce la interpelación judicial, ya que se imponen para evitar un proceso que no se habría abierto si se hubieren pagado a tiempo, lo que en el orden contencioso-administrativo se produce con el escrito de interposición del recurso, quedando condicionada a que no haya discordia sobre la cuantificación de los intereses de demora vencidos, porque solo se considera exigible su pago cuando se trate de una cantidad liquida y determinada, lo que no sucede cuando debe ser objeto de enjuiciamiento por el órgano jurisdiccional (por todas STS de 22 de mayo de 2001, RJ 2001/4432).

En definitiva, entiende la Comisión, de consuno con la propuesta de resolución, que la respuesta jurídica obligada ante un caso de contratación irregular debe sustanciarse con arreglo a la institución del enriquecimiento injusto o la revisión de oficio, que ambas tienen autonomía propia pero llevan a idénticas consecuencias y que no deben confundirse ni asimilarse con un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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.

ACJA 1/2017 pár. 13 a 78

Por tanto, de los hechos reseñados se concluye que la adjudicación y el subsiguiente contrato suscrito entre el Ayuntamiento de Barakaldo y la empresa EVSSA el 3 de abril de 1998, quedaron anulados desde el momento en que adquirió firmeza la Sentencia de 12 de julio de 2013 del TSJPV, sin perjuicio de que la cesación efectiva y material de la prestación del servicio por EVSSA se pospusiera hasta el momento indicado.

Por ello, a juicio de la Comisión, resulta correcta la decisión del ayuntamiento de iniciar el procedimiento para liquidar el contrato porque ese es precisamente el efecto legalmente establecido para los contratos anulados.

Declarada la anulación del contrato, no puede operar la resolución por alguna de las causas legalmente establecidas puesto que aquella ha producido ya la cancelación del negocio.

En efecto, de acuerdo con el artículo 66. 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas —norma legal de aplicación, en tanto era la vigente cuando se suscribieron tanto el contrato con OECSA como, una vez resuelto este, con EVSSA—, "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 que entrará en **fase de liquidación**, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido".

La misma regla se ha mantenido en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (artículo 65.1); la Ley 30/2007, de 30 de octubre (artículo 35.1) y sus modificaciones posteriores; y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (artículo 35.1).

De acuerdo con la doctrina, el objeto de la liquidación es el contrato en su totalidad y comporta la obligación de restitución recíproca, de tal forma que las partes contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del contrato y, si esto no fuera posible, deben devolverse su valor. Asimismo, la parte que resulte culpable debe indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

En una interpretación estricta del precepto cabría distinguir la liquidación de la indemnización de daños y perjuicios, pero nada empece a que ambas cuestiones se ventilen en el procedimiento de liquidación que permite afrontar la doble vertiente de la restitución recíproca y el análisis de si existe derecho a ser indemnizado por la parte culpable, así como los conceptos que pueden integrar la indemnización.

Esto es lo que, a juicio de la Comisión, ocurre en el caso planteado, solución que viene además apoyada por las circunstancias del mismo, en tanto se trata de analizar los efectos producidos por la anulación de un contrato que ha estado vigente 15 años durante los cuales se ha producido la explotación del aparcamiento subterráneo por dicha empresa. La razonabilidad llama a examinar conjuntamente ambos aspectos en un único procedimiento.

En realidad, a lo que aquí interesa, lo que la normativa de contratos viene a establecer en los citados preceptos es una vía específica para encauzar los efectos producidos tras la declaración de invalidez de un contrato. No solo ha de examinarse el aspecto de la restitución (en el caso examinado lo que la empresa denomina daño emergente) sino que, en orden a la determinación de los daños y perjuicios, el precepto legal contiene una expresa llamada a la exigencia de culpabilidad que singulariza dicha vía respecto de la responsabilidad patrimonial de la Administración —de carácter objetivo—.

Al existir un precepto legal que contempla las consecuencias de una declaración de invalidez (por nulidad o anulabilidad) de un contrato administrativo, por mucho que la práctica, la doctrina y en ocasiones esta misma Comisión hayan podido aceptar, en aras de la economía procesal, que dichas consecuencias se diriman por la vía de la responsabilidad patrimonial, lo cierto es que es más adecuado acudir a la vía legal instituida para ese fin, aunque (en función de las características de los supuestos) puedan llegar a alcanzarse resultados parecidos.

Por todo ello, **la Comisión no comparte la conversión que realiza el ayuntamiento de oficio del inicial procedimiento de liquidación en un procedimiento de responsabilidad patrimonial**.

En el aspecto formal, el expediente acredita que el ayuntamiento acuerda abrir un proceso de liquidación en el seno del cual formula sus alegaciones la empresa EVSSA, que, por otra parte, manifiesta su oposición a la consideración de su escrito como una reclamación de responsabilidad patrimonial.

También el propio ayuntamiento ha considerado oportuno llamar al procedimiento a OECSA por entender coherentemente que el método para fijar las compensaciones e indemnizaciones a favor de dicha empresa, los conceptos y las cantidades establecidas en sede judicial guardaban una conexión directa con la liquidación del contrato de EVSSA.

De hecho, cuando el ayuntamiento es requerido por la mercantil EVSSA (en su primer escrito de 15.12.2015) para que incoe el expediente de liquidación previsto en su Acuerdo del Pleno de 5 de junio de 2015, adujo —con razón— que convendría esperar a la resolución de los procesos pendientes en los que se estaban dilucidando las consecuencias de la reposición de la empresa OECSA en su posición de adjudicataria —procesos que finalizaron mediante las sentencias del TSJPV nº 293, 294 y 295 de 29 de junio de 2016—.

Al hilo de esta consideración, no está de más destacar que la fijación de los conceptos y cantidades indemnizatorias correspondientes a OECSA en virtud de lo decidido en la Sentencia de 12 de julio de 2013, han requerido un primer Auto (19.01.2015) del juzgado competente, un segundo Auto (27.04.2015) del mismo juzgado corrigiendo errores aritméticos detectados en algunos de los conceptos y cantidades indemnizatorias inicialmente establecidas, las tres sentencias citadas del TSJPV (nº 293, 294 y 295, de 29.06.16), que resuelven los recursos de apelación presentados por el ayuntamiento, OECSA y EVSSA contra dichos autos y precisan definitivamente los conceptos y cantidades indemnizatorias, así como nuevos autos del juzgado para solventar las diferencias surgidas en torno a los intereses debidos por las cantidades indemnizatorias establecidas.

Parece, en suma, que no es necesario argumentar la conexión existente entre las decisiones adoptadas en dichos pronunciamientos y lo que se dirime en el proceso de liquidación abierto por el ayuntamiento, puesto que las indemnizaciones finalmente fijadas a favor de OECSA se han establecido, partiendo de los datos de la explotación del aparcamiento llevada a cabo por EVSSA durante el tiempo en que prestó el servicio.

Esta perspectiva avala de nuevo la razonabilidad de la decisión municipal de examinar conjuntamente todos aspectos referidos a los efectos de anulación del contrato con EVSSA en el seno del procedimiento de liquidación.

De otro lado, en el aspecto material, se observa que **el ayuntamiento basa la reconversión del procedimiento de liquidación en un procedimiento de reclamación patrimonial sobre la base de calificar el escrito prestado por EVSSA** el 23.02.2016 **en el seno del procedimiento de liquidación en una reclamación de responsabilidad patrimonial** por considerar que lo que pide es reconducible a dicho instituto.

Para ello, viene a acoger la tesis de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de enero de 2013, pero la Comisión no aprecia la identidad suficiente entre la situación allí analizada y la que se plantea.

Versa el fallo sobre una empresa adjudicataria de un contrato que no inicia la prestación por causa imputable a la Administración que, tras pretender la resolución, opta luego por la revisión y declara su nulidad; decisión que es el objeto del proceso judicial, en el que la empresa reclama como pretensión principal el derecho al contrato y, como pretensión subsidiaria, una indemnización por haberse visto privada de él.

El caso aquí analizado dista de ese supuesto ya que, si bien concurre un supuesto de anulación —consecuencia de otra anulación—, se trata de un contrato que ha desplegado sus efectos durante quince años, respecto del que el ayuntamiento ha abierto un procedimiento de liquidación precisamente por esa circunstancia, a la que se suma que dicho procedimiento se encuentra vinculado parcialmente al seguido para reponer en su lugar a la primera empresa adjudicataria.

Cuestión distinta —que en nada afecta a la vía para ventilar los efectos de la anulación del contrato— es la legítima discrepancia que pueda surgir sobre el monto de las cantidades pedidas por EVSSA o sobre los conceptos que puedan ser incluidos.

Al hilo de esta cuestión, **en un plano teórico, conviene insistir** (sobre todo, al ver la tesis de la empresa) **en la diferencia de efectos de la resolución contractual —que no es el caso— y la anulación —que sí lo es—, declarada para reponer en el contrato a alguien con mejor derecho. Las consecuencias de una y otra figura no son las mismas**, en particular en cuanto al lucro cesante, que en un contrato anulado encuentra un difícil apoyo.

En todo caso, para delimitar la obligación de restitución recíproca de las cosas recibidas en virtud del contrato (y si no fuera posible, devolver su valor) como para fijar, en su caso, la indemnización que pudiera resultar procedente por los daños y perjuicios producidos por la anulación ha de acudirse al marco del artículo 66. 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas, y teniendo como referencia las reglas que contiene la normativa sobre contratos administrativos.

En conclusión, **una cosa es que no pueda aceptarse la tesis de la empresa que cataloga el supuesto como un caso de resolución contractual, pues se trata de un contrato anulado, y otra que su petición, formulada en el seno del procedimiento de liquidación abierto por el ayuntamiento**, en la que plantea los dos aspectos posibles (el valor de lo que, en su opinión, debe restituirle el ayuntamiento) y el perjuicio sufrido por los efecto de la anulación, contemplados en el citado artículo 66.1, **deba ser calificada como reclamación de responsabilidad patrimonial.**

Por todo lo cual, **la Comisión considera que lo que se somete a su consideración es un proceso de liquidación correctamente abierto sobre el que carece de competencia para intervenir**.

Como viene reiterando la Comisión al hilo de su intervención preceptiva en los procedimientos de resolución contractual, el procedimiento de liquidación no integra el objeto de su dictamen, sin perjuicio de que en ocasiones, y siempre destacando la diferencia de ambos procedimientos, haya podido emitir su opinión al respecto (entre otros, Dictámenes 38/2016 —par. 24 a 26—; 195/2011 —pár. 68 a 69— o 60/2016 —pár. 74 a 76—).

Tal y como hemos señalado al inicio, conforme al artículo 3 de su ley de creación (LCJA), a la Comisión solo le corresponde dictaminar las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, quedando fuera aquellas otras reclamaciones resarcitorias ejercitadas contra la Administración que cuenten en el ordenamiento jurídico con un régimen específico.

ACJA 2/2017 pár. 75 a 102

El reclamante basa su **reclamación**, en primer lugar, en **la deficiente adopción de medidas de seguridad en materia de prevención de riesgos laborales.**

En concreto, denuncia que "en ningún momento se dotó al personal sanitario de equipos de protección personal para realizar tareas de contención de pacientes agresivos (entre otros, guantes apropiados y resistentes a las mordeduras o roces, coderas, medios para proteger la cara…)". Tampoco consta que la Administración hubiera valorado el riesgo derivado de la contención de pacientes violentos o portadores de enfermedades infecciosas ("no se había impartido formación ni información al respecto"). Ni que se hubiera implantado el protocolo para accidentes biológicos.

Esta vertiente de la reclamación, tal y como apunta el propio informe de la Inspección médica, constituye una **reclamación por "responsabilidad empresarial", en tanto su fundamento es el posible incumplimiento por Osakidetza** (aquí como Administración empleadora) **de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales respecto de uno de sus trabajadores.**

Deviene, así, necesario recordar el **cambio introducido por el artículo 2.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social** (en adelante LRJS), según el cual **una reclamación de responsabilidad formulada por personal estatutario de los servicios de salud** ─como es el caso─ **por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento por la Administración de la normativa de prevención de riesgos laborales forma parte de la relación estatutaria y, a lo que a estos efectos interesa, tiene un cauce de resolución específico, contemplado en la normativa de prevención de riesgos laborales, y culmina con la impugnación de las decisiones que se adopten en el orden jurisdiccional social** (STS de 10 de abril de 2013, RJ/2013/42).

Por tanto, **las reclamaciones con el fundamento indicado** ─como es la que nos ocupa─ **que formulen los trabajadores de las administraciones públicas** ─cualquiera que sea el tipo de relación en virtud de la que presten sus servicios─ aun siendo en sentido lato reclamaciones indemnizatorias contra la Administración, **no son ya reconducibles al régimen de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial** contempladas en la LRJSP a las que se refiere el artículo 3.1.k) LCJAE y el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

DCJA 143/2017 pár. 67 a 71

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO

I. Legislación básica

Comenzamos en primer lugar con las observaciones relativas al **mantenimiento del requisito del artículo 4.1.c) del decreto** [estar prestando servicios en un centro público de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en alguna de las enseñanzas de las del centro al que opta, con una antigüedad en el mismo de al menos un curso completo al publicarse la convocatoria] **cuya modificación se pretende (suprimido de la LOE en virtud de la LOMCE)**, que resulta llamativo si consideramos que precisamente la regulación proyectada tiene como fundamento, según postula de forma expresa su parte expositiva, ajustar lo establecido en el Decreto 22/2009 a la normativa básica vigente.

La génesis del procedimiento de la elaboración del proyecto hasta llegar a la versión sometida ahora a dictamen permite constatar que dicho requisito no se encontraba en la primera versión del proyecto y se introdujo en la segunda, al aceptar la valoración emitida en el informe de la Asesoría jurídica del departamento autor de la iniciativa, en el sentido de que su supresión infringe el artículo 33.4.c) de la LEPV, que exige su concurrencia para el acceso a la dirección de un centro.

En efecto, el artículo 33.4.c) de la LEPV comprende ese requisito, conforme a la redacción que le fue otorgada por la Ley 3/2008, de 13 de junio, de segunda modificación de la LEPV, que fue aprobada "por la necesidad de modificar la normativa actualmente vigente, en desarrollo de lo establecido en la Ley Orgánica de Educación", según explicita su exposición de motivos (en su artículo 4 modifica el artículo 33 de la LEPV y establece los requisitos para poder participar en el concurso de méritos previstos en el artículo 134 de la LOE).

Nos hallamos así ante **una previsión contenida en una ley autonómica ajustada a la legislación básica vigente al tiempo de su aprobación, que posteriormente ha sido reformada, sin ulterior movimiento legislativo autonómico en el mismo sentido** (nos encontraríamos en otra situación si la ley autonómica se hubiera revisado tras las modificaciones de la LOMCE).

Esa cuestión —como ya hemos anticipado en el apartado del dictamen relativo a los aspectos competenciales— ha sido examinada en otras ocasiones por **la Comisión**, que **ha mantenido una tesis compatible con la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional para resolver los supuestos de colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales, y con el sistema de ordenación de fuentes del derecho.**

Así, en el DCJA 26/2005, con ocasión del "proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se regula el procedimiento de elección de los órganos unipersonales de gobierno, en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco", realizamos un análisis, del que destacamos los siguientes párrafos (53 a 63):

> Ahora bien, también debemos constatar que la calificación de una norma como básica es siempre una cuestión sometida a controversia (si lo básico es lo esencial, lo nuclear o lo imprescindible y la lógica de la articulación bases-desarrollo obliga a dejar un margen para la formulación de políticas propias al legislador autonómico, el grado de desarrollo de la LOCE puede resultar excesivo) y que, con independencia de que el Estado así la declare, la posible discrepancia sobrevenida que pueda darse entre ella y las leyes autonómicas preexistentes que por tal motivo podrían devenir inconstitucionales sólo puede apreciarse con efectos jurídicos vinculantes después de que el Tribunal Constitucional así lo declare expresamente mediante sentencia y una vez que haya analizado, en primer lugar, la constitucionalidad de la nueva norma estatal. Únicamente entonces, apreciado su carácter básico procederá ver si la norma legal autonómica es disconforme o no con ella. Así lo determina la jurisprudencia del alto Tribunal (por todas STC 163/1995).
>
> Lo que decimos es especialmente relevante en este caso, en tanto que la conformidad originaria de las previsiones de la LEPV con las autocalificadas bases estatales vigentes en aquel momento, esto es, las previsiones que regulaban el régimen aplicable al director de los centros públicos, cuando la misma se aprobó, establecidas por la LODE, podría haber dejado de existir con la LOCE.
>
> En este punto, la transformación operada por la LOCE, de la que hemos dado cuenta anteriormente, podría repercutir también en las previsiones autonómicas contenidas en el artículo 33 de la LEPV, ya que la ley autonómica contempla que el director será elegido por el órgano máximo de representación del centro, por mayoría absoluta, entre el personal docente del mismo que cuente al menos con un año de permanencia en el centro

y tres de docencia.

En tanto que conforme a la STC 235/2000 “nada impide que el legislador de lo básico pueda modificar el contenido de lo formalmente calificado como tal”, podría llegar a concluirse que se ha producido, con la promulgación de la LOCE, una “disconformidad sobrevenida” de las previsiones del artículo 33 LEPV con las nuevas bases en materia de régimen estatutario de los funcionarios públicos adoptadas por el legislador estatal, en relación a la figura de Director de los centros docentes.

Pero, **la evidencia de la contradicción entre la ley autonómica de desarrollo y la básica estatal requiere que se enjuicien,** como ya hemos dicho, **ambas normas**, **porque es posible que la falta de correspondencia entre las dos leyes obedezca a la extralimitación de la estatal**; en estas controversias, como dice la STC 151/1992 (FJ 1º) **se debe “determinar si la contradicción es efectiva y si, siéndolo, la norma estatal que sirve como punto de referencia es norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado”.**

A ello se añade que **corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional hacer ese juicio, al ser el órgano que ostenta el monopolio del rechazo de las Leyes contrarias a la Constitución**. La reciente STC 58/2004 ha declarado con claridad, siguiendo su doctrina anterior recogida en la STC 173/2002 que “los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de Ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, F. 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, F. 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular –como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución– y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (por todas, SSTC 73/2000, de 14 de marzo, F. 4; 104/2000, de 13 de abril, F. 8; y 120/2000, de 10 de mayo, F. 3)”.

En tanto el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad y nulidad de la ley, siendo dicho Tribunal el único competente para hacerlo en el marco de un proceso constitucional, es plenamente válida y mantiene incólume su presunción de legitimidad.

En ese sentido, **el Tribunal Constitucional ha rechazado que las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales se resuelvan en virtud de la cláusula de prevalencia, prevista en el artículo 149.3 CE**. Así lo ha declarado de forma precisa en las SSTC 163/1995 y 1/2003, habiendo descartado, en la primera, una interpretación de la Sala de instancia que la defendía, y en la segunda, la interpretación que la patrocinaba en el seno del propio Tribunal, y que refleja el voto particular suscrito por los magistrados disidentes.

Todo ello conduce, sin dejar de verificar que existe tal contradicción, y desde luego sin extraer de la misma ninguna consecuencia jurídica, menos aún para llegar a pronunciarnos sobre la inconstitucionalidad o no de la LEPV, a incidir en lo que es incontestable: **el normador reglamentario debe sujetarse a la ley cuyo complemento y desarrollo pretende.**

Sobre esa base, nada cabe objetar al propósito del titular de la potestad reglamentaria, al que no se puede negar, ni impedir, la posibilidad de dictar una disposición llamada a completar las previsiones de la ley, siempre que lo sea en el sentido querido por el legislador. El reglamento ejecutivo tiene por objeto establecer normas de explicitación, aclaración o precisión conceptual para obtener y lograr la correcta aplicación y plena efectividad de la ley que desarrolla.

Como ya dijimos en el DCJA 95/2004, desde la perspectiva del sistema de ordenación de fuentes del derecho la producción de normas jurídicas autonómicas en el marco del ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma ha de respetar, simultáneamente, los principios de legalidad y de jerarquía normativa (ley/reglamento). **Eso significa que el Gobierno al regular el régimen jurídico del Director de los centros docentes públicos ha de cumplir los mandatos de la LEPV, al quedar constreñido en su capacidad reguladora por lo dispuesto en la ley a la que el reglamento queda supraordenado.**

No puede, sin embargo, obviarse que el decreto aprobado una vez finalizado el procedimiento en el que se emitió ese dictamen, el **Decreto 91/2005**, de 19 de abril, **fue declarado nulo de pleno por la sentencia del Tribunal Su-**

perior de Justicia del País Vasco (STSJPV) nº 255/2006, de 4 de abril de 2006 (RJCA\2006\375), que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración del Estado (recurso número 1402/05).

En los fundamentos de derecho segundo a cuarto de la STSJPV se resumen las posiciones de las partes, y se atribuye especial relevancia a la contestación al requerimiento efectuado por la Administración del Estado a la Consejera de Educación, Universidades e Investigación. En esa contestación se precisó que el Decreto 91/2005 "suponía el ejercicio de la competencia que el art. 16 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco atribuía en materia de enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio…"; al tiempo que se invocaban las sentencias del Tribunal Constitucional citadas en nuestro dictamen, con la aplicación al caso efectuada en el mismo.

En el fundamento de derecho quinto la STSJPV centra la cuestión a resolver: "aquí ha de darse respuesta a qué incidencia tiene el hecho de que cuando se aprueba el Decreto recurrido de ejecución, según hemos visto para la Comunidad Autónoma del País Vasco, respecto a la previsiones de la Ley Autonómica 1/93, el que la legislación básica estatal regule de forma distinta la misma materia a como se recogía en la previa Ley de la Comunidad Autónoma". La respuesta a esa cuestión se concreta en estos términos:

> En este ámbito, la Sala ha examinado la sentencia del Tribunal Constitucional 163/1995, así como la posterior sentencia 1/2003 de 16 de enero, siendo singular esta segunda, en la que en supuesto de sucesión normativa de una Ley autonómica inicialmente no disconforme con la normativa estatal de función pública y una posterior legislación básica estatal en contradicción con la previa Ley autonómica, **se concluye en la inconstitucionalidad sobrevenida de la Ley autonómica; pero aquí no debemos desconocer que lo es en el ámbito en el que decide el Tribunal Constitucional, como órgano único competente para declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, también de las Comunidades Autónomas, y ello al retomar su doctrina de que el parámetro de control debe hacerse en relación con la normativa en vigor al dictar sentencia; en nuestro caso, la Sala no puede hacer un pronunciamiento de inconstitucionalidad, por lo que su ámbito de valoración no puede ser el mismo que en sede del Tribunal Constitucional; no estamos ante un proceso constitucional, dado que es en esos procesos en los que el Tribunal Constitucional considera que la normativa estatal a tener en cuenta ha de ser la vigente en el momento de adoptar la decisión por parte de dicho Tribunal**, en cuanto a la regularidad constitucional de los preceptos recurridos, y ello con remisión a previos pronunciamientos, así sentencias 28/97 y 170/89, que es lo que le llevó en aquel caso incluso a declarar la inconstitucionalidad y nulidad, pero con la precisión de que había de desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal, esto es, el pronunciamiento incorpora en el fondo la validez constitucional de la Ley autonómica hasta la entrada en vigor de la Ley básica estatal en contradicción con la previa Ley autonómica.
>
> Sin duda **es relevante a los efectos de la respuesta que ha de dar la Sala en este momento, que la legislación autonómica es previa a la legislación básica estatal; ello sin perjuicio de tener en cuenta que no consta que en la Comunidad Autónoma se haya alzado ante el Tribunal Constitucional en relación con la nueva legislación básica del Estado aquí en cuestión**, **por lo que desde la perspectiva del normal desarrollo institucional ha de considerarse, en principio, que se asume la declaración como básica por la normativa estatal,** lo que se produjo en relación con esta materia ya incluso desde la reforma operada en 1995, esto es, por la Ley Orgánica 9/95 **a la que por otra parte adaptó su regulación reglamentaria la Comunidad Autónoma del País Vasco, y ello en un momento en el que seguía vigente la Ley 1/93 de la Escuela Pública Vasca.**
>
> Todo ello lo decimos porque **otra hubiera sido la decisión de la Sala de encontrarnos ante una norma con rango de Ley de la Comunidad Autónoma posterior a la legislación básica estatal,** por cuanto que en este supuesto, esto es el Parlamento de la Comunidad autónoma del País Vasco habría ejercitado su decisión tras la normativa básica estatal, y en tal hipótesis los órganos judiciales ordinarios, **esta Sala, no podría eludir la aplicación directa de la Ley autonómica sin plantear previamente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, como único órgano competente para prescindir de las normas con rango de Ley, para declarar su nulidad, y ello por cuanto que el control de constitucionalidad de las Leyes está atribuida en exclusiva al Tribunal Constitucional,** como se plasma en el art. 153 a) de la Constitución, y así mismo se recoge en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, y sobre ello se razona en el Fundamento Jurídico 4º de la sentencia del Tribunal Constitucional 163/95, también aludida por la Administración ya en la contestación al requerimiento dirigida por la Administración del Estado, respecto a lo que se traslada como privilegio jurisdiccional de la Ley, todo ello y en lo que interesa, en relación con el art. 163 y 153 a) de la Constitución y el

art. 38.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, según el cual las Leyes del Parlamento Vasco solamente se someterán al control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional; no podemos perder de vista que la sentencia del Tribunal Constitucional 163/95 analiza un supuesto en respuesta a cuestión de inconstitucionalidad en el que la legislación autonómica, allí la Ley del Parlamento Andaluz 2/89, de 18 de julio era posterior a la Ley básica 4/89 de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales.

Por todo ello, considera la Sala relevante en nuestro caso que la legislación estatal básica es posterior a la Ley autonómica, y así mismo que no estamos ante un proceso constitucional, esto es, no estamos en sede del Tribunal Constitucional, por cuanto que no se puede efectuar, ni se pide, pronunciamiento de inconstitucionalidad de una Ley, lo que por otra parte está vedado a los tribunales ordinarios, sino lo que se hace es resolver el debate estando a la normativa legal vigente en el momento en el que recayó el Decreto ahora recurrido, normativa que lo es no sólo la legislación autonómica, sino en lo que interesa aquí fundamental la legislación básica estatal, por cuanto que la Sala parte de esa consideración como básica de la legislación en cuestión, con la que entra en contradicción el Decreto recurrido, contradicción que por lo que llevamos dicho no está en cuestión.

En un supuesto, en el que la norma autonómica en principio se define como de desarrollo y ejecución de una Ley autonómica, y esté en contradicción con la normativa estatal vigente cuando la norma reglamentaria se aprueba, no puede sino considerarse disconforme a derecho, mientras se parta de la naturaleza básica de la normativa estatal en cuestión, por cuanto que la Sala no estima procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad de la normativa básica, esto es, la recogida en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la educación, referida en el requerimiento dirigido por la Administración del Estado a la de la Comunidad Autónoma, así como en la demanda.

La STSJPV fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 7 de abril de 2009 (RJ\2009\4501), **en la que aplicó el principio o efecto conocido como "desplazamiento de la ley autonómica previa por la posterior ley estatal básica"** (fundamento de derecho tercero):

Lejos de incurrir en las infracciones que se denuncian, **lo que la Sala de instancia hace es aplicar correctamente uno de los principios o efectos que rigen las relaciones existentes entre la normativa estatal básica y la autonómica de desarrollo: el denominado de desplazamiento de la ley autonómica previa por la posterior ley estatal básica.**

En nuestra sentencia de 13 de octubre de 2003, dictada en el recurso de casación número 2602/2000, sintetizamos el sistema de relaciones existente entre el ordenamiento estatal, de un lado, y los distintos ordenamientos autonómicos, de otro, señalando en lo que ahora importa lo siguiente: Que los principios de unidad y de jerarquía informan internamente cada uno de ellos, siendo el de competencia, y no esos otros dos, el que rige la articulación entre ambos ordenamientos. Que el reconocimiento por virtud de este principio de un ámbito propio para el ordenamiento autonómico, se produce sin perjuicio de la articulación de éste y del estatal en el "supraordenamiento" constitucional, de suerte que la separación entre ordenamientos no es absoluta, sino que encuentra una articulación superior en la Constitución como norma fundamental o norma "normarum". Y que **cuando el reparto competencial actúa sobre una misma materia mediante el concurso, para su regulación global, de normas estatales básicas y autonómicas de desarrollo, surgen entonces entre ambas los efectos denominados de preclusión y de desplazamiento**. Por el primero, queda cerrada para la norma autonómica, sin posibilidad de que ésta la replantee, la regulación que como propia del Estado global, del Estado en su integridad, haya hecho la previa norma estatal básica. Y por el segundo, queda desplazada la autonómica previa por la estatal básica posterior: ésta, en lo que dispone con tal carácter, desplaza a aquélla, que queda inaplicable e ineficaz hasta tanto no varíe o se modifique, haciéndolas compatibles, la estatal básica.

A ese principio o efecto denominado de desplazamiento se ha referido este Tribunal Supremo en diversas ocasiones (así, entre otras, en sus sentencias de 19 de septiembre de 2006, 11 de mayo y 7 de septiembre de 2007 y 30 de julio de 2008). Y lo ha aplicado de modo coincidente a como lo aplica la Sala de instancia en la sentencia recurrida, en un supuesto cuyo planteamiento inicial era similar al de autos: norma autonómica (…) anterior a la básica estatal (…); y norma reglamentaria (…) aprobada en virtud de lo previsto en la ley autonómica, pero después de la entrada en vigor de la estatal básica y contradiciendo a ésta.

En tal supuesto (sentencia de 20 de febrero de 2007, dictada en el recurso de casación número 4381/2003), y ante motivos de casación que también denunciaban, en esencia, la infracción consistente en inaplicar una ley autonómica sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad, respondió este Tribunal negando que

tales motivos pudieran ser acogidos: "lisa y llanamente —decíamos— porque **la Sala de instancia no declara inconstitucional ni nula ninguna norma con rango de Ley, sino que se limita, como le compete, a seleccionar la norma aplicable; labor en la que le es perfectamente lícito «desplazar» una Ley autonómica cuando otra posterior, estatal, ha declarado el carácter de legislación básica de una determinada regulación a la que no se ajusta la establecida en aquélla".**

Igual suerte corrió la Orden de 29 de marzo de 2007, del Consejero de Educación, Universidades e Investigación, por la que se declara abierto el proceso electoral para proceder a la elección de órganos unipersonales del gobierno de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco. La STSJPV de 5 de febrero de 2009 (RJCA 2009\769) declaró nulos sus artículos 4 a 11 con la misma motivación que la sentencia de ese tribunal de 4 de abril de 2006. La STSJPV fue confirmada por la STS de 26 de octubre de 2010 (RJ 2010\7690).

El Tribunal Supremo ha elaborado en esta materia una doctrina consolidada concerniente al mencionado principio o efecto denominado de desplazamiento que juega entre el ordenamiento jurídico estatal primario y el ordenamiento jurídico autonómico secundario, de forma que las normas básicas de aquel desplazan pero no derogan las normas incompatibles de este último.

No obstante, el **Tribunal Constitucional** ha mantenido sobre esta cuestión una doctrina reiterada relativa a que en tales supuestos, aunque la norma autonómica resultara respetuosa en su origen con el orden constitucional de competencias, **la contrariedad sobrevenida al bloque de la constitucionalidad provocada por una modificación de la legislación estatal básica y su consiguiente inaplicación es un supuesto de inconstitucionalidad mediata que solo puede ser apreciada por el Tribunal Constitucional de acuerdo con lo establecido en el art. 163 de la CE** (esa doctrina se refleja, entre otras, en las STC 195/2015, 187/2012, 73/2000, 104/2000, 120/2000, 173/2002 y 66/2011).

Como declara la STC 195/2015, de 21 de septiembre (FJ 7), "**la facultad de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto**, inherente a la potestad de juzgar y privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial (art. 117.3 CE), a la que aluden las resoluciones impugnadas como fundamento de su decisión, **no alcanza a desplazar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad de la Constitución, sin que a ello se oponga que la contradicción con la Constitución no sea directa, sino mediata, esto es, por una eventual contradicción de la norma legal autonómica con la legislación estatal básica. En este sentido 'comprobar si la calificación de lo básico realizada por el legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal'** (STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 4), **a quien le corresponde determinar si la norma estatal se desenvuelve dentro del marco de las competencias del Estado y en consecuencia si la legislación autonómica infringe el bloque de distribución de competencias. De lo que se sigue que los órganos judiciales al inaplicar la norma legal autonómica por considerarla contraria a las bases estatales, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, han desbordado los contornos propios de su potestad jurisdiccional** (art. 117.1 CE), **y con ello han vulnerado los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24.1 y 24.2 CE**".

Esa STC 195/2015 cuenta con un **voto particular** en el que se manifiesta la discrepancia con su fundamentación jurídica y fallo y recuerda que, desde sus inicios, la doctrina constitucional ha sido objeto de opiniones minoritarias, expresadas en votos particulares (así, SSTC 1/2003, de 16 de enero, 66/2011, de 16 de mayo o 177/2013, de 21 de octubre) que ponen de manifiesto que "en estos casos las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas pueden y deben ser resueltas bien mediante una interpretación de los preceptos en controversia que permita conjugar su aplicación, haciendo prevalecer la interpretación de las leyes que es conforme con la Constitución y el orden constitucional de competencias; bien, cuando dicha interpretación conjunta no fuera posible, dando aplicación, conforme a lo establecido en el art. 149.3, inciso 3, CE, a la normativa básica estatal. La legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas —en sentido estricto— de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de «desarrollo legislativo» de las bases del Estado, como era aquí el caso. Esta prevalencia, sin embargo, como he defendido ya desde antiguo, no es un supuesto de declaración de nulidad de la norma autonómica cuyo monopolio competa al Tribunal Constitucional ex art. 163 CE. Es un supuesto de inaplicación en que la normativa autonómica resulta desplazada por criterios de prevalencia que, como labor de interpretación y aplicación de normas en conflicto, puede ser desarrollada con naturalidad por los órganos judiciales, sin perjuicio de un eventual control posterior por parte de este Tribunal Constitucional".

Finalmente, **la tesis expresada en esos votos particulares fue acogida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 102/2016, de 25 de mayo de 2016** (RTC 2016\102), **que enunció y aplicó por primera vez la doctrina de la prevalencia del derecho estatal** (después reiterada en otras posteriores, como la 116/2016, de 20 de junio; la 127/2016, de 7 de julio; o la 204/2016, de 1 de diciembre), **y se adentró en la problemática del** "**operador jurídico**

primario", que no tiene a su alcance la cuestión de inconstitucionalidad, avalando que utilizara la ley básica estatal ulterior y no la autonómica, en base a una renacida cláusula de prevalencia estatal (artículo 149.3 CE) **y a un reconocimiento de cambio en su doctrina previa**.

Desde un punto de vista sustantivo, **la doctrina perfilada en la STC 102/2016 se aplica a un supuesto muy especial caracterizado por la concurrencia de tres circunstancias: el carácter de *lex repetita* de la norma autonómica, la ausencia de competencia autonómica al respecto en el momento en que se dicta la norma autonómica *repetita* y el carácter básico de la norma estatal**. Según el fundamento jurídico 6 de la STC 102/2016:

> La reproducción por la legislación autonómica de desarrollo de preceptos de la legislación básica puede utilizarse y de hecho se utiliza normalmente como medio para facilitar al operador jurídico el conocimiento de la normativa aplicable (…), pero su virtualidad no alcanza, como es obvio, a alterar la naturaleza de la legislación reproducida ni para que el legislador autonómico pueda atribuirse potestad alguna de influir en la legislación básica, por mucho que haya sido reproducida en la legislación de desarrollo. En particular, no solo no puede implicar bloqueo alguno en la potestad del legislador estatal, cuya capacidad de alterar las bases inicialmente fijadas ha sido reconocida repetidamente por la doctrina de esta Tribunal (por todas, STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9), sino que, **si esa modificación se produce es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica** [SSTC 158/2011, de 19 de octubre, FJ 8; 99/2012, de 8 de mayo, FJ 2 b); 146/2013, de 11 de julio, FJ 4; o 182/2013, de 23 de octubre, FJ 8].
>
> Pero si esa acomodación no tiene lugar el operador jurídico primario se encuentra ante una alternativa en la que inevitablemente ha de dar preferencia a una de las dos leyes en conflicto, en detrimento de la otra. O bien, como en el supuesto resuelto por la STC 195/2015, de 21 de septiembre, la Administración aplica la normativa autonómica y no la legislación básica estatal vigente, o bien, como en el supuesto que da lugar al presente proceso constitucional, o el resuelto por la STC 66/2011, de 16 de mayo, la Administración tiene en cuenta la nueva legislación básica e inaplica la anterior legislación autonómica que reproducía la legislación básica ya derogada.
>
> **El operador jurídico primario**, al que preferentemente van destinadas las normas**, tiene necesariamente que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar cuestión de inconstitucionalidad, pues su planteamiento se reserva a los jueces y tribunales** (…), **de tal modo que otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica**. Es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquélla pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo. Es la técnica que utiliza con toda naturalidad la jurisdicción ordinaria para inaplicar, sin que esto signifique su nulidad, preceptos de reglamentos ejecutivos que transcriben la ley que desarrollan, cuando ésta se modifica. Es la técnica que también se utiliza por la legislación ordinaria, y que este Tribunal ha considerado conforme con la Constitución (SSTC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5, y 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6), cuando inaplica normas con rango legal que contradicen normativa comunitaria europea. **En fin, es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE que atribuye a las normas del Estado prevalencia sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.**
>
> El art. 149.3 CE es un precepto destinado no a fijar las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, sino a solucionar los conflictos que puedan producirse en aplicación de las normas respectivas y que no hayan de resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad de una de ellas (…). De sus distintas reglas, una de las cuales es la de la prevalencia de las normas del derecho estatal en los términos que la misma describe («prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas»), resultan destinatarios los aplicadores del Derecho sin distinción, y su finalidad no es otra que la de asegurar la plenitud del ordenamiento, tal y como ha afirmado de manera reiterada este Tribunal [entre otras, SSTC 118/1996, de 27 de junio, FFJJ 4 y 9; 61/1997, de 20 de marzo, FJ 12.c); 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 13, o 139/2011, de 14 de septiembre, FJ 4]; reservando la Constitución a su vez a este último, el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

Pese a ese cambio en la doctrina constitucional, la cuestión resulta aún controvertida y algunos magistrados han formulado votos particulares a las sentencias representativas de la nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en los que se exponen los motivos de discrepancia, de los que reseñamos: I) no compartir el enten-

dimiento de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE que sustenta dichas sentencias, "por la que se atribuye a los operadores jurídicos llamados a aplicar la ley en primer lugar, la facultad de valorar por su cuenta la hipotética inconstitucionalidad sobrevenida de una norma autonómica, para proceder a su inaplicación. Una atribución que instaura un modelo de control difuso de la constitucionalidad de determinadas normas, con la consiguiente quiebra del principio de control concentrado en este Tribunal, que hasta ahora se había mantenido sin excepciones, una vez superado el periodo de pervivencia de la legislación preconstitucional" (extracto del voto particular de la STC 102/2016; II) la nueva doctrina supone "la apertura de una grieta en el monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes postconstitucionales", con las consecuencias y desajustes que se exponen (extracto de un voto particular de la STC 204/2016).

A modo recapitulativo, ante la inclusión en el proyecto de un requisito [el del apartado c) del artículo 4.1 del Decreto 22/2009] para aspirar a un cargo directivo, que se halla previsto en la LEPV pero no en la LOE, por haberlo suprimido la LOMCE, sin que se haya modificado la mencionada ley autonómica, **corresponde a la Comisión advertir de que: I) la tesis que hemos venido manteniendo en dictámenes anteriores —y que avalaría la opción adoptada en el proyecto— no ha sido validada judicialmente, según se ha expuesto, y no es la seguida en este momento por los tribunales ordinarios ni por la doctrina constitucional mayoritaria recientemente modificada; y II) la supresión de tal requisito y su adecuación a la LOMCE se alinearía con la doctrina jurisprudencial expuesta para los casos de *lex repetita* si el departamento autor de la iniciativa considerase de forma motivada que el precepto responde a la exigencia de la citada ley orgánica** (tal y como sugiere el hecho de que la redacción del artículo 33.4 de la LEPV se modificara en 2008, reproduciendo lo previsto en el artículo 134 de la LOE).

La Comisión entiende que podríamos situarnos en el segundo de los supuestos enunciados. Como se ha apuntado al inicio del análisis de los requisitos del artículo 4, en la primera versión del proyecto se suprimió el que ahora nos ocupa, y se explicaba tal supresión en la memoria justificativa aportada de la siguiente manera: "se elimina el requisito c), ya que no es un requisito impuesto por la normativa básica reguladora de esta materia y no se considera procedente mantenerlo por impedir la presentación de personas candidatas que podrían ser muy válidas para desempeñar el cargo pero que en el momento de presentar su candidatura no se encuentren prestando servicios en un centro público de la Comunidad Autónoma del País Vasco o no tengan una antigüedad en el mismo de al menos un curso completo".

En su caso, resolvería definitivamente la cuestión la modificación de la LEPV, que convendría plantear, pero, entretanto, según lo expuesto, y si se quiere evitar una eventual judicialización de la norma, dadas las circunstancias que se concitan, cobra fuerza la opción por la supresión del requisito enunciado en el apartado c) del artículo 4.1 del decreto cuya modificación se pretende.

DCJA 186/2017 pár. 52 a 72

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA

I. Normas modificativas

En primer lugar, ha de repararse en que el proyecto informado es una norma de modificación del Decreto 22/2009, que, según venimos recordando, ha sufrido otras dos modificaciones, la primera mediante el Decreto 61/2012, de 8 de mayo ─cuyo objeto exclusivo era llevar a cabo dicha modificación─, y la segunda, con ocasión del Decreto 46/2014, de 1 de abril, de regulación de los centros integrados de formación profesional en la Comunidad Autónoma del País Vasco (en su disposición final primera modifica el párrafo 1 del artículo 20 del Decreto 22/2009).

En definitiva, **nos hallamos ante una tercera modificación** (y no segunda) **de la norma referida, lo que aconsejaría la redacción de una nueva norma íntegra que incorporara todas las variaciones introducidas en la regulación a que se refiere. Hay que tener en cuenta que la norma establece requisitos y procedimientos para acceder a puestos directivos docentes y recoge baremos cuyos aspectos sufren modificaciones, lo que refuerza la conveniencia de aprobar una nueva disposición con el fin de que los destinatarios de la norma tomen un conocimiento certero de la normativa a la que sujetarse en esos procedimientos, para conseguir la seguridad jurídica requerida.**

En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que la disposición final primera del proyecto modifica el Decreto 204/2012, de 16 de octubre, de consolidación de una parte del complemento retributivo específico de director o directora de centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en concreto, su disposición adicional primera, para añadir, junto a los supuestos de fusión e integración de centros, los de división o transformación.

Tal forma de proceder no se ajusta a las directrices mencionadas, conforme a las cuales las disposiciones finales incluyen en primer lugar las cláusulas de modificación del derecho vigente, pero puntualiza "**cuando la modificación de una norma no sea el objetivo principal de la disposición". En este caso nos hallamos ante una norma modificativa, por lo que procedería adaptar su objeto ahora identificado en el título, que habrá de contemplar también la modificación del Decreto 204/2012. Asimismo, la parte expositiva debería hacer referencia a ese contenido.** Y, además, en coherencia con lo anterior, **la estructura de la norma habría de ajustarse a la prevista en la directriz séptima** (a cuyo contenido nos remitimos) **para las normas de modificación múltiple**.

DCJA 186/2017 pár. 94 a 97

Al proyecto informado, en cuanto norma de modificación, le es aplicable ─como ya se ha anticipado─ la directriz séptima, que establece una serie de reglas, entre las que se encuentra que: "Toda disposición que contenga una novedad requiere su formulación en un artículo independiente, y no en un apartado de otro ya existente". En su caso, se puede ponderar, según la extensión del precepto, si la modificación tiene la entidad suficiente para tratarla de manera única en un mismo artículo del proyecto, dando redacción nueva a todo el precepto, como se hace en algunos apartados del proyecto (por ejemplo, en el cuarto, relativo al artículo 10 del decreto que se modifica) y sin embargo no se sigue el mismo criterio respecto a la modificación de los artículos 4 y 5.

No es correcta, por tanto, la introducción de varias modificaciones que afectan a más de un párrafo o apartado de un artículo del Decreto 22/2009 en un mismo artículo modificativo, ya que cada una de ellas ha de ser objeto de tratamiento en artículos diferenciados, uno por cada párrafo modificado, o, en otro caso, reproducir el texto del artículo íntegro resultante de la modificación, expresando en el texto marco que se modifica el artículo correspondiente.

DCJA 186/2017 pár. 101 a 102

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

I. Caza (art. 10.10 EAPV)

Por otra parte, en relación con la competencia del Gobierno Vasco para regular la valoración de especies animales que pretende el proyecto, el informe de la Asesoría jurídica del departamento proponente señala lo siguiente:

> El artículo 66.2 de la ley 2/2011, de 17 de Marzo, de Caza, establece que se publicará un baremo de valoración de especies animales, por tanto, hay que entender que tal cometido corresponde al Gobierno Vasco, a fin de garantizar que se trate de un único baremo. Consecuentemente, aunque la Ley no le habilita para ello expresamente, la institución común es la que deberá dictar el decreto.

Las diputaciones forales han sido consultadas durante la tramitación del proyecto, habiendo intervenido únicamente la Diputación Foral de Álava mediante escrito en el que no se cuestionaba la competencia del Gobierno Vasco para llevar a cabo la regulación que nos ocupa.

Sin embargo, esta Comisión Jurídica entiende que **el Gobierno Vasco carece de competencia** para ello porque así se desprende de la regulación contenida en la Ley de caza del País Vasco, la cual realiza un acabado reparto de funciones en la materia de caza entre las diputaciones forales y el Gobierno Vasco.

Así el artículo 29 de la citada ley dispone que son instrumentos de ordenación cinegética:

> 1. Las normas, decretos y órdenes forales de caza. 2. La orden foral de vedas. 3. Los planes técnicos de ordenación cinegética. 4. Los planes de seguimiento cinegético.

Debe apuntarse que **los planes técnicos de ordenación cinegética y los planes de seguimiento cinegético, como los dos primeros instrumentos, corresponden al ámbito competencial a las diputaciones forales**, según disponen los artículos 30, 31, 32 y 33 de la ley.

El artículo 30 añade que "las instituciones forales podrán establecer, en desarrollo de esta ley, las normas, decretos y órdenes forales de caza necesarias".

La disposición final primera de la ley establece que:

> El desarrollo reglamentario de la presente ley corresponderá a las instituciones forales de los territorios históricos en todo aquello que no haya atribuido expresamente a las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La disposición final segunda recoge que:

> El Gobierno Vasco, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, aprobará las normas reglamentarias necesarias para su desarrollo, únicamente en aquellos aspectos en los que la propia ley le haya atribuido una habilitación específica para ello.

Consecuentemente, **el Gobierno Vasco precisa de habilitación legal específica para regular en materia de caza.**

Tales habilitaciones las contempla la ley para regular los siguientes aspectos: las pruebas de aptitud para obtener la licencia de caza (artículo 5.2); el censo de caza (artículo 8 párrafo segundo); el registro de infracciones (artículo 9); las especies cinegéticas (artículo 11); la prohibición para el ejercicio de la caza con determinadas razas de perros (artículo 40.4); la creación de una comisión de homologación de trofeos de caza (artículo 47).

Pero **en relación con la materia que es objeto del proyecto que se informa la ley no prevé ninguna habilitación normativa para el Gobierno Vasco.**

Así, el artículo 66 dispone que:

> En el caso de que no sea posible la reparación del daño, la Administración exigirá a la persona o entidad sancionada una indemnización por el daño causado.

A este fin, se publicará un baremo de valoraciones de especies animales, que se irá actualizando regularmente.

DCJA 142/2017 pár. 6 a 17

II. Enseñanza (art. 16 EAPV)

El proyecto supone el ejercicio de la competencia que el artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAPV) atribuye al País Vasco en materia de enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollan, de las facultades que el artículo 149.1.30ª de la Constitución (CE) atribuye al Estado y de la alta inspección para su cumplimiento y garantía.

Cabe recordar que **la doctrina constitucional** (Sentencia del Tribunal Constitucional —STC— 184/2012) **ha venido a confirmar la competencia dual que encierra el citado artículo 149.1.30ª CE**: **competencia exclusiva estatal en cuanto a las condiciones que tienen que ver con la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales**; **y competencia de naturaleza compartida con las comunidades autónomas en lo que respecta al dictado de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE, que para el Estado se concreta en la definición de los principios generales y uniformes de ordenación de las materias que se enuncian en dicho artículo 27 CE** (STC 77/1985 y 111/2012).

De las STC 111/2012 y 25/2013 **se puede extraer la idea de que es precisa una interpretación estricta de la primera de las competencias**: "incluye el establecimiento de los títulos correspondientes a cada nivel y ciclo educativo, en sus distintas modalidades, títulos que han de tener el mismo valor en toda España (STC 42/1981, de 22 de diciembre, FF. 3 y 4), por lo cual, corresponde al Estado asegurar una formación mínima común, estableciendo su contenido y la forma de acreditar los conocimientos inherentes a la misma. Ahora bien, ello no ha de traducirse necesariamente en la regulación completa de los requisitos y procedimientos de evaluación, …sino sólo de aquellos contenidos y criterios básicos que forman parte de las enseñanzas mínimas, por lo que queda un margen a las Comunidades Autónomas para desarrollarlas".

Si bien en materia de enseñanza universitaria el reparto en general entre el Estado y las comunidades autónomas sigue el esquema de bases estatales, y desarrollo legislativo y ejecución autonómico, hay que tener en cuenta también, como un elemento específico y relevante, la autonomía de las universidades, reconocida por el artículo 27.10 CE, que hace que tenga una estructura peculiar respecto de otros sectores.

En su virtud, a las competencias del Estado y de las comunidades autónomas hay que añadir las derivadas de la **autonomía de las universidades que limitan necesariamente las de aquel y las de esas** (SSTC 26/1987 y 1461/1989).

DCJA 224/2017 pár. 25 a 29

Capítulo 5. ÁREAS

I. Administración Pública

A) Administración electrónica

Finalmente, **en relación con el procedimiento de concesión recogido en el proyecto se debe advertir que, desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), existe la obligación de que las personas jurídicas se relacionen con la Administración únicamente por medios electrónicos**. Ahora bien, esta obligación de alguna manera **se encuentra condicionada a que se encuentren operativos los medios técnicos correspondientes** que, de acuerdo con la disposición final séptima de la propia LPAC, no alcanza su verdadera operatividad hasta el 2 de octubre de 2018.

Ahora bien, también es cierto que, según el artículo 16.1 *in fine* de la LPAC, existe la obligación de mantener una relación actualizada de trámites en sede electrónica y, en la medida en que vayan estando disponibles, entendemos que las personas jurídicas vendrán obligadas a utilizar esta única vía.

La misma previsión respecto a la plena vigencia está establecida para las **personas físicas, quienes a partir de dicha fecha tendrán, si así lo eligen, el derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas**.

Así las cosas, **sería conveniente que, teniendo en cuenta estas consideraciones, se adaptara el diseño del procedimiento de reconocimiento para que, de manera inmediata o diferida, se posibilite el ejercicio del derecho y obligación de relación electrónica con la administración.**

DCJA 197/2017 pár. 78 a 81

II. Educación

Finalmente hay un aspecto en el que se hace preciso revisar el texto remitido, en concreto, el relativo a la **composición de la comisión de evaluación del plan de estudios**.

El artículo 14.4 del proyecto indica que "en todo caso, la evaluación del plan de estudios se realizará por una comisión formada por personas expertas del ámbito académico y, en su caso, profesional. Dichas personas serán evaluadoras independientes y de reconocido prestigio designadas por Unibasq".

Esa acotación de "y en su caso" no figura en el artículo 25.4 del Real Decreto 1393/2007, donde se determina que la comisión estará "formada por expertos del ámbito académico y profesional".

Esta cuestión ha sido abordada en diversas **sentencias del Tribunal Supremo** (STS) —de 19 de enero de 2015 (RJ 2015/212), de 27 de noviembre de 2015 (dos), (RJ 2015/5930) y (RJ 2015/5231), y 25 de enero de 2016 (RJ 2016/390)— de la forma que se reproduce:

> Ciertamente, el artículo 25 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, tras otorgar carácter "preceptivo y determinante" al informe de evaluación que ha de efectuarse en el seno del procedimiento que nos ocupa, determina en su apartado cuarto la composición de la Comisión que ha de evaluar los planes de estudios, **estableciendo que estará formada "por expertos del ámbito académico y profesional", que serán "evaluadores independientes y de reconocido prestigio** designados en cada caso por la ANECA o por los respectivos órganos de evaluación".
>
> El uso por el precepto referido de la conjunción copulativa "y" implica necesariamente para la actora que la Comisión en cuestión ha de ser "paritaria" (de académicos y profesionales), de suerte que la emisión del informe por expertos que solo pertenecen al ámbito académico (como habría sucedido en el supuesto de autos a tenor del expediente administrativo) hace nulo o anulable el acto que asume tal valoración, pues tal infracción es equivalente a la completa ausencia del informe.

Vaya por delante que la redacción del artículo que se analiza no permite afirmar en absoluto que la Comisión de evaluación deba estar integrada por idéntico número de expertos académicos y profesionales. De haber querido el precepto reglamentario imponer esa paridad nada le hubiera impedido decirlo expresamente; sin embargo, **su tenor literal solo hace referencia a la procedencia de sus miembros** (al ámbito en el que desempeñan su actividad) **y a la necesidad de que la repetida Comisión se integre por expertos del mundo académico y profesional, sin especificar ni cuántos han de pertenecer a cada uno de esos ámbitos ni en qué porcentaje.**

Ello no obstante, el artículo en cuestión ─en la redacción aplicable al caso─ no permite a la ANECA configurar las Comisiones de Evaluación prescindiendo de expertos del ámbito profesional, como ha sucedido en el supuesto analizado en el que, a tenor del expediente administrativo, la Comisión de (…) cuenta con once vocales académicos y un "experto" (sin mayores especificaciones), cuya pertenencia a uno u otro ámbito se ignora por completo, pues solo se afirma en el documento aportado a los autos que su Universidad de procedencia es la de (…).

En la primera versión del precepto se señalaba literalmente que la Comisión encargada de la evaluación del plan de estudios estaría formada por "expertos del ámbito académico y, en su caso, profesional".

Tras la reforma operada por el Real Decreto 861/2010, de 2 de julio (vigente desde el 4 de julio) el artículo 25.4 pasó a tener la siguiente redacción: "La evaluación del plan de estudios se realizará por una Comisión formada por expertos del ámbito académico y profesional".

Esta modificación normativa permite extraer una primera e importante consecuencia: el Reglamento aplicable ha querido expresamente que la repetida Comisión cuente, necesariamente, con expertos del ámbito profesional, no solo con vocales procedentes del académico.

En definitiva, **se trata de una cuestión con un indudable calado jurídico porque de la debida configuración de la comisión de evaluación depende la validez del acuerdo del Consejo de Ministros que establezca el carácter oficial del título.**

DCJA 211/2017 pár. 135 a 139

III. Personal de las administraciones públicas

A) Negociación colectiva

De manera singular, respecto a las organizaciones sindicales representativas en el sector docente, hay que reparar en que el artículo 7.2 de la LPEDG dispone que se negociarán o consultarán con los representantes de personal, según los ámbitos materiales que establece la legislación correspondiente, los proyectos normativos sobre condiciones de trabajo y los que determine la legislación de función pública.

En relación con lo anterior, de acuerdo con lo informado por la Dirección de Función Pública, **la regulación contenida en el texto afecta a los criterios de valoración de méritos para la carrera profesional de los docentes** (artículo 14 del proyecto, relativo a los "Reconocimientos" por parte del departamento del Gobierno Vasco competente en materia educativa de la labor evaluada positivamente de las personas que hayan ejercido como tutores o coordinadores de las prácticas ─como mérito profesional en concursos y convocatorias de méritos y en su promoción profesional, en la forma que dispone─).

Como venimos insistiendo (entre otros, en los dictámenes 50/2012 o en el 30/2008), **la aplicación del artículo 7.2 de la LPEDG demanda que se lleve a cabo una negociación entre la Administración y la representación sindical, en los términos que prevé el 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).

El artículo 37.2 del EBEP dispone que "Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestadas de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto".

Corresponde, por tanto, al órgano proponente acreditar que la intervención de las organizaciones sindicales en el procedimiento da cumplimiento a la exigencia de negociación derivada del EBEP, en una materia que afecta a condiciones de trabajo de los docentes y a los criterios de valoración de méritos para su carrera profesional.

DCJA 224/2017 pár. 66 a 70

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

A) Informes

La segunda memoria procedimental, además de recapitular la tramitación seguida y de estimar o motivar las respuestas a las propuestas alternativas o enmiendas que formulaba la OCE al articulado del proyecto, sale al paso de las **omisiones** apuntadas por esta sobre los **informes de Landaberri y DACIMA**.

Respecto al primero indica la memoria que, a pesar de que el proyecto figura previsto en el orden del día de la próxima reunión de Landaberri, el órgano no se reúne desde hace tiempo, señalando que en cuanto se celebre, se incorporará al expediente el informe que emita. Respecto al informe de la DACIMA considera la memoria que, a su parecer, resulta innecesario acudir al mismo, una vez corroborado por la propia OCE que el proyecto no afecta a las estructuras administrativas.

Considera la Comisión que no resulta justificación convincente la falta de celebración de sesiones del órgano Landaberri, máxime cuando su presidencia y la correspondiente facultad de convocatoria residen en la propia titular del departamento promotor del proyecto.

DCJA 135/2017 pár. 46 a 48

Se incorpora, asimismo, un informe justificativo de la ausencia de **relevancia desde el punto de vista de género**. Este informe considera que el objeto del proyecto es modificar parcialmente el régimen retributivo y que regula, por tanto, aspectos económicos, careciendo de relevancia desde el punto de vista del género.

Emakunde, por su parte, mostró su criterio al respecto siendo este opuesto al del departamento promotor. En su informe **consideraba que las modificaciones incluidas en ese proyecto inicial resultaban sustanciales en lo que respecta a la situación de mujeres y hombres**, debiendo, por tanto, ser evaluadas sobre su impacto en función del género.

El departamento promotor ha considerado finalmente que las modificaciones propuestas tienen carácter esencialmente organizativo, por lo que le resulta de aplicación la excepción prevista en el apartado 2.1.b).ii de la primera de las Directrices sobre la evaluación previa del impacto en función del género y la incorporación de medidas para eliminar desigualdades y promover la igualdad de mujeres y hombres, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de agosto de 2012, añadiendo que esta Comisión Jurídica, en su Dictamen 271/2011 estimó que el Decreto sobre indemnizaciones de servicio del personal de la Ertzaintza era fundamentalmente organizativo.

Antes de pronunciarnos sobre este debate, es preciso recordar que las actuales Directrices se aprobaron en el año 2012, esto es, en fecha posterior a la valoración realizada en nuestro Dictamen 272/2011, y que uno de los objetivos declarados por estas directrices es el de "determinar con mayor precisión las normas y actos administrativos que quedan exentas de la realización del Informe de Impacto en Función del Género".

En las actuales directrices se definen con precisión las disposiciones que tienen un carácter esencialmente organizativo a efectos de la exención de valoración del impacto en función del género, incluyendo exclusivamente: i) los decretos de estructura orgánica y funcional; ii) los proyectos que regulan la creación, organización y funcionamiento de órganos consultivos, de asesoramiento, investigación y coordinación compuestos exclusivamente por personal de las administraciones públicas y; iii) los proyectos de creación u ordenación de registros administrativos. No se incluye, por tanto, una materia como la que regula el proyecto, ligada a aspectos retributivos de los empleados públicos.

Las vigentes directrices sí incluyen, sin embargo, en el punto 2.1.d) de la primera directriz **una nueva exención para las normas que**, como la que nos ocupa, **tienen como objeto modificar otras normas ya vigentes**. **A su vez, esta exención no resulta de aplicación cuando la modificación resulta sustancial por lo que respecta a la situación de mujeres y hombres.**

En el presente caso, como hemos adelantado, **Emakunde —órgano especializado en la materia— ha considerado que las modificaciones introducidas en la versión inicial del proyecto sí resultaban sustanciales desde el punto de vista del género**, **por lo que la evaluación previa del impacto de la norma** en función del género prevista en Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, **resultaría, a juicio de esta Comisión, ineludible.**

Ahora bien, antes de tomar su decisión definitiva al respecto, **el órgano promotor debe valorar la aplicación de esta exención teniendo en cuenta el texto que, finalmente**, tras la autorización que ofrece la disposición adicional quinta de la Ley 2/2017, de 11 de abril, **se presenta para su aprobación** mediante decreto. **Igualmente, la valoración de Emakunde debería referirse al texto finalmente propuesto, ya que la modificación que finalmente se propone es significadamente menor que la inicial y ostenta,** en la cuestión de más enjundia, **una autorización expresa del Parlamento Vasco**.

La Comisión considera, por tanto, que **debe valorarse nuevamente el alcance de las modificaciones propuestas en el marco de la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres,** y de las directrices sobre la evaluación previa del impacto en función del género, teniendo en cuenta la posible aplicación de la exención prevista en el punto 2.1.d) de la primera de las directrices. No obstante la Comisión no considera necesario que el proyecto debe ser nuevamente sometido a su dictamen salvo que, como consecuencia de esa nueva valoración, se introdujeran modificaciones sustanciales en el proyecto.

DCJA 205/2017 pár. 33 a 41

B) Memorias

Memoria explicativa

Consta también el informe jurídico elaborado por la Dirección de Régimen Jurídico y Servicios del Departamento de Educación, en el que, tras realizar algunas observaciones a la tramitación, obvia reiterar el marco normativo de aplicación que ya consta en el anterior informe del decreto que ahora se pretende modificar y concluye que no se observa traba alguna a la modificación propuesta desde la lectura de la normativa básica de aplicación, del ejercicio de las competencias y del desarrollo de la normativa de aplicación.

Sin embargo, en el mismo se plantean una serie de observaciones: (I) la deficiente motivación de la propuesta modificativa; (II) la duda de si ha sido "vista la propuesta de los centros" a la hora de establecer el plan de estudios, tal y como prevé el artículo 7 del Real Decreto 632/2010, de 14 de mayo, por el que se regula el contenido básico de las enseñanzas artísticas superiores de grado en danza establecidas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo; (III) la inexistencia de un régimen transitorio para el alumnado que haya comenzado los estudios que se imparten desde el curso 2015-2016 y no cumpla con el nuevo requisito; y (IV) por último, la necesidad de realizar el trámite de audiencia al centro docente Dantzerti.

En respuesta a las observaciones del informe jurídico, el departamento instructor ha elaborado una memoria justificativa de los cambios introducidos en la primera versión del proyecto (esta Comisión desconoce la primera versión del proyecto porque no ha sido remitida), estimando que "las razones contenidas en las memorias… son los suficientemente claras y sólidas como para no necesitar mayor argumentación. Efectivamente tales cuestiones han sido analizadas con la atención que se merecen, han sido objeto de consulta con el Centro Superior, e informado el alumnado y siendo de su estricto ámbito de competencia, la Dirección proponente las estima suficientes como para justificar tal modificación. En lo referente al trámite de audiencia e información pública, tanto el centro Superior como el alumnado del mismo es conocedor de la modificación tramitada".

Esta Comisión considera al respecto que **la sucinta explicación incorporada en las citadas órdenes, en las memorias del procedimiento y en la parte expositiva del texto para motivar el proyecto** (la experiencia educativa acumulada, así como la interrelación con el mundo de la danza y las reflexiones recibidas desde el ámbito de la danza de raíz tradicional) **no resulta suficiente, en tanto que se desconoce en qué se fundamenta esa experiencia y cuáles son las reflexiones recibidas, de quién provienen** (no podemos identificar quién es "el ámbito de la danza de raíz tradicional") **y en qué medida han participado.**

El expediente no permite conocer la reflexión de carácter pedagógico o de naturaleza técnica que, sin duda, se habrá debido producir ya que así lo expresa la memoria justificativa de los cambios introducidos en la primera versión del proyecto, pero es necesario que ello quede adecuadamente plasmado en el expediente, de manera que se exterioricen los motivos por los cuales, de entre las opciones existentes o posibles, se ha optado por aumentar la obligatoriedad de una optativa a dos optativas, que sean de carácter práctico y correspondientes al itinerario de danza de raíz tradicional.

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

Aunque en este caso se trate de una modificación normativa puntual, ello no excluye la necesidad de acreditar su racionalidad y factibilidad, es decir, su utilidad para alcanzar los objetivos propuestos. Esta Comisión se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la conveniencia de completar el expediente con documentos que recojan expresamente y con mayor precisión las razones que aconsejan la adopción de la concreta decisión normativa.

La Comisión estima necesario, por tanto, **completar el expediente**, antes de su envío al Consejo de Gobierno, incorporando los elementos y las razones o reflexiones que aconsejan la modificación tal y como se contempla en el proyecto.

DCJA 217/2017 pár. 18 a 25

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos

A) Admisión a trámite

Por último, **conviene recordar que el artículo 88.5 de la LPAC permite a la Administración inadmitir, sin tramitar el correspondiente procedimiento, las solicitudes que resultan manifiestamente carentes de fundamento**, como la que nos ocupa. La Comisión considera que la reclamación planteada, cumpliría también en este caso con las condiciones exigidas por la jurisprudencia —dictada en aplicación del artículo 89.4 de la ya derogada LRJPAC— para aplicar esta facultad, de carácter excepcional, que precisa de una **interpretación estricta**, de tal forma que **sólo se pueda destinar** a "aquellos casos en que la **solicitud** del interesado se presenta **carente de fundamento de una manera patente y palmaria**, lo que ciertamente solo puede decidirse en función de las circunstancias concurrentes en cada caso particular" (STS de 27 noviembre 2012; RJ 2013\438).

DCJA 74/2017 pár. 20

B) Iniciación

Caducidad

El procedimiento de revisión de oficio se inició mediante Decreto de Alcaldía de 26 de agosto de 2016. Esta Comisión recibió con fecha 14 de noviembre del mismo año escrito de la instructora del procedimiento solicitando el preceptivo dictamen, pero esta petición no fue formalmente atendida, dado que no cumplía lo previsto por la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. De acuerdo con el artículo 20.1.c) de esta ley, las consultas a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi que realicen los ayuntamientos deben ser realizadas por la presidenta o el presidente de la corporación.

Desde la perspectiva de la Comisión, la necesidad de acreditar adecuadamente la competencia del solicitante del dictamen fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 707/2008, de 21 de octubre, al validar el rechazo de una petición de dictamen cuando el órgano del que proviene la petición no acredita su competencia —propia o por delegación— conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1.c) de la Ley 9/2004.

Esta cuestión tiene un claro efecto sobre el plazo aquí examinado puesto que uno de los **efectos que se anudan a la petición del dictamen a esta Comisión** es la **suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución** por el tiempo que medie entre dicha petición y la recepción del informe, de acuerdo con el artículo 42.5.c) de la LRJPAC. De acuerdo con la doctrina de esta Comisión, **esa suspensión** se produce *ope legis*, sin perjuicio de la obligación de la Administración actuante de comunicar a los interesados esa suspensión, al igual que su levantamiento una vez emitido y recibido el dictamen, aunque se entiende que, con carácter general, la comunicación de la suspensión no afecta a su eficacia ya que esta se produce por efecto directo de lo dispuesto por la ley.

Ahora bien, **no puede atribuirse el mismo efecto suspensivo a la solicitud de dictamen realizada por un órgano incompetente, pues ello supondría atribuir eficacia a una actuación contraria a la ley y con potenciales efectos negativos sobre los interesados.** Hay que tener en cuenta que los procedimientos administrativos iniciados de oficio por la Administración tienen unos requisitos y efectos establecidos por la ley que no pueden ser vulnerados o ignorados por aquélla y que se establecen en beneficio de la seguridad jurídica y el sometimiento a la ley y al derecho. En la revisión de oficio, cuando el procedimiento se inicia de oficio, la falta de resolución en el plazo de tres meses provoca, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.4 LRJPAC, la caducidad del procedimiento.

En el presente caso, la **petición del dictamen por el Alcalde de Berriz** —órgano competente para ello— no fue reconocida por esta Comisión hasta el 12 de diciembre de 2016, fecha en la que tuvo entrada en esta Comisión su escrito de 5 de diciembre. **Sólo a partir de esa fecha podría surtir efecto**, en los términos ya avanzados, **la suspensión del procedimiento prevista por el 42.5.c) de la LRJPAC pero, para esa fecha, ya se había superado el plazo de tres meses previstos en la ley** puesto que, como hemos relatado, el inicio al procedimiento de revisión se inició el 26 de agosto de ese mismo año.

En este contexto, sólo cabe constatar la **caducidad del procedimiento**.

DCJA 26/2017 pár. 14 a 19

Véase DCJA 34/2017 pár. 12 a 17

Y en relación al **art. 44 LRJPAC descrito**, **el supuesto objeto de consulta se incardina en el apartado 2, puesto que la resolución contractua**l acordada por la propia Administración no produce el reconocimiento, ni la constitución de derechos o situaciones jurídicas individualizadas a favor del contratista. Este ya tiene su situación anterior definida y determinada por el contrato, y la resolución lo que produce es precisamente su pérdida, por lo que **debe ser considerado como un procedimiento de intervención susceptible de provocar efectos desfavorables y de gravamen**.

Con lo expuesto, nos encontramos en la **necesidad de estimar la caducidad del expediente** tramitado por el Departamento de Seguridad, dado que, iniciado el procedimiento mediante Orden de 14 de septiembre de 2016, el tiempo trascurrido hasta la remisión del expediente a esta Comisión, efectuada por Orden de 25 de enero de 2017, ha supuesto el agotamiento del plazo máximo de tres meses antes mencionado, sin que exista en el expediente indicio alguno de la suspensión del procedimiento por algunas de las circunstancias contempladas en el artículo 42 apartado 5 de la LRJPAC y con los requisitos formales que a tal efecto se establecen.

Como recuerda la Sentencia nº 591/2010, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (JUR 2010\398379), **una vez apreciada debe producirse la declaración de caducidad y el necesario y efectivo archivo, porque lo contrario, constituye, según reiterada jurisprudencia, un motivo de anulación del acto resolutorio del expediente.**

DCJA 46/2017 pár. 20 a 22

Representación

Al analizar la legitimación de las personas que han iniciado el procedimiento se ha de tener en cuenta que la reclamación ha sido presentada por dos hijas de don HAA, que sólo han intervenido en el procedimiento en ese momento, sin que hayan mantenido una actitud activa durante su tramitación.

De hecho, fueron requeridas para subsanar el escrito de reclamación presentando sus DNI y el de su padre y acreditando la calidad por la que reclamaban (además de habérseles solicitado que se pronunciaran sobre la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial), sin que el órgano instructor obtuviera respuesta alguna.

En el análisis que realizamos se ha de considerar, asimismo, el fundamento de la reclamación, que es el daño derivado de un eventual retraso en el diagnóstico del accidente cerebrovascular sufrido por el padre de las interesadas. Alegan, a ese respecto, que "hubo un error en el diagnóstico de la enfermedad durante las críticas primeras horas y un tratamiento inadecuado, al no ponerse en marcha el tratamiento correspondiente según el código Ictus", ya que "los síntomas y los factores de riesgo de sufrir un accidente cardiovascular que tenía paciente, debían haber sido suficientes para que un profesional de la medicina considerara con una altísima probabilidad que el paciente sufriera un ictus".

Consideran que el retraso en la identificación del ictus es responsable de las "secuelas físicas y cognitivas acumuladas durante el periodo que estuvo sin tratar la enfermedad, las cuales le impedirán llevar una vida autónoma, necesitando de ayuda 24 horas al día durante el resto de su vida". Por ello, solicitan la "indemnización que pudiera corresponder una vez sea hecha la valoración definitiva de las secuelas".

De lo expuesto se extrae, por una parte, que **las hijas de don HAA no alegan motivo alguno para poder sostener que ejercen la acción en nombre propio, al no acreditar el perjuicio que les ha generado la actuación sanitaria por la que se reclama**; además, se puede constatar —según los términos de la reclamación— que en este caso **ejercitan una acción de responsabilidad por los daños sufridos por su padre, sin haber acreditado la representación que ostentan a tal fin.**

Tal deficiencia justificaría que, **tras el requerimiento de subsanación** efectuado (acreditar la calidad con la que reclaman) **sin haberlo atendido, el órgano instructor resolviera inadmitir la reclamación** (artículos 70 y 71 de la LRJPAC y artículo 68 de la Ley 39/2015). No obstante, la tramitación del procedimiento ha continuado hasta someter el asunto a consulta de la Comisión.

Ha de advertirse, por ello, que nuestro examen viene condicionado por la deficiencia expresada, y recordamos que **ha de asegurarse el ejercicio correcto de la acción por las reclamantes, recabando la acreditación ya del interés que les legitima para intervenir en nombre propio, en condición de lesionadas por la actuación sanitaria, ya la representación que ostentan para intervenir en nombre de su padre, que aparece como el perjudicado por tal actuación**.

DCJA 8/2017 pár. 27 a 33

La propuesta de resolución contempla la inadmisión de la reclamación por los siguientes motivos: (I) falta de acreditación de la condición de presidenta de la Comunidad de Propietarios CIMB de doña AGL; (II) falta de acreditación de la adopción del acuerdo de solicitud de indemnización por parte de la Comunidad de Propietarios CIMB; y (III) falta de legitimación de la Comunidad de Propietarios CIMB para representar a los vecinos de la Urbanización ….

El ayuntamiento considera que doña AGL no puede representar a la Comunidad de Propietarios CIMB **dado que no ostenta la condición de presidenta de la expresada comunidad al no haber sido nombrada como tal por la Junta de Propietarios, sino que la citada junta**, en sesión ordinaria celebrada el día 21 de mayo de 2015, **ratificó el nombramiento efectuado por la Junta de Gobierno**. Por la misma razón tampoco considera que doña MPS, que certifica, en documento que acompaña a la reclamación, la condición de presidenta de doña AGL, ostente el cargo de secretaria de la citada comunidad, dado que su nombramiento también lo había sido por la Junta de Gobierno, y posteriormente ratificado por la Junta de Propietarios celebrada el día 24 de noviembre de 2016.

La Comisión entiende, por el contrario, **que**, si bien es la Junta de Propietarios quien ostenta la capacidad para realizar el nombramiento de los órganos de la comunidad [artículo 14.a de la Ley 40/60 de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH)], **la ratificación llevada a cabo por parte del citado órgano tiene efectos de convalidación del nombramiento efectuado por la Junta de Gobierno, ratificación que se lleva a cabo tanto de forma expresa como presunta, al haber actuado de presidenta de la comunidad en una pluralidad de sesiones de la Junta de Propietarios, entre otras, en la de 21 de mayo de 2015**. A este respecto, resulta también aplicable la jurisprudencia que se recogerá en relación con la adopción de los acuerdos para recurrir a la vía judicial de los entes colegiados.

Por otra parte, hay que señalar que la citada convalidación no ha sido impugnada.

En relación con la falta de acreditación por parte de la Comunidad de Propietarios CIMB de la adopción del acuerdo social para promover la reclamación, que el ayuntamiento lo considera como falta de legitimación, **tampoco es compartida por la Comisión**, pues **consta en el expediente**, aportada a instancia del ayuntamiento, **el acta de la Junta de Propietarios de 10 de diciembre de 2015, en la que se acuerda exigir al ayuntamiento el pago de todas las cantidades que sean abonadas por la comunidad por los servicios urbanísticos mínimos que corresponde proporcionar al ayuntamiento, hasta que este se haga cargo de los mismos**. Así reza el particular del acuerdo:

> Se ha acordado iniciar la reclamación económica por la vía administrativa, reclamando al ayuntamiento las cantidades satisfechas por la comunidad de propietarios, que siendo de cargo del ayuntamiento, han sido abonadas desde la fecha en que se concedió la autorización de disolución de la Ecu por el ayuntamiento, el 13 de diciembre de 2004, por lo que se reclamarán las cantidades desde dicha fecha hasta el año 2014, último del que hay cuentas aprobadas por la asamblea, sin perjuicio de que las cantidades que se hayan ido abonando y se abonaren en el futuro a partir del 31 de diciembre de 2014, se reclamen ulteriormente, hasta la fecha que el ayuntamiento se haga cargo de los gastos que según la ley de régimen local le competen. Por lo que se reitera la legitimación de la presidenta de la comunidad para la reclamación económica contra el Ayuntamiento, incluso judicialmente se le autoriza para que otorgue poderes a abogados y procuradores que representen a la comunidad en dichas reclamaciones.

Del anterior documento resulta clara la voluntad de la Comunidad de Propietarios CIMB **de resarcirse de los gastos resultantes de la gestión de determinados servicios esenciales que viene soportando económicamente**, por inhibición del ayuntamiento, acto que se inscribe en el largo contencioso que enfrenta a la Comunidad de Propietarios CIMB y Ayuntamiento de Mungia sobre quién ha de proveer los citados servicios esenciales y la indemnización que corresponde pagar al ayuntamiento por los servicios costeados por la comunidad de propietarios.

A este respecto, hay que decir que **la forma de acreditación de la voluntad de los entes colectivos es distinta según estemos en el ámbito jurisdiccional o en el administrativo** pues, si el artículo 45.2.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), exige aportar junto con el escrito de iniciación del recurso contencioso-administrativo el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, el artículo 66.1.e) de la LPAC establece que la acreditación de la autenticidad de la voluntad de iniciar el procedimiento administrativo pueda ser expresada por cualquier medio.

Incluso el rigor de la exigencia en el ámbito jurisdiccional ha sido corregida por la jurisprudencia, en el entendimiento de que, siendo un requisito subsanable, puede ser convalidado por acuerdo de ratificación del órgano competente, y que, en cualquier caso, el órgano jurisdiccional ha de advertir de la falta o insuficiencia de la acreditación a la parte afectada.

En tal sentido, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 17 septiembre 2015 (RJ 2015\4513), recoge lo siguiente:

> La documentación exigida por el art. 45.2.d) LJCA no tiene otra finalidad que la de acreditar que la voluntad de recurrir dimana del órgano competente y se ha adoptado con los requisitos estatutarios (personas jurídicas privadas) o legalmente (personas jurídicas públicas) exigidos.
>
> En este caso, el órgano competente para decidir el ejercicio de acciones en defensa de los intereses municipales es la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento (que tiene delegada la competencia originaria del Pleno), previo Informe del Secretario o de su Asesoría Jurídica, y, en casos de urgencia, será el Alcalde (art. 21.1.k) de la Ley de Bases de Régimen Local.
>
> Ahora bien, estos requisitos son plenamente subsanables. La Jurisprudencia de esta Sala viene admitiendo, en interpretación favorable del derecho a la tutela judicial efectiva, la subsanación tanto de la ausencia del documento acreditativo del acuerdo para el ejercicio de la acción, como su convalidación mediante ratificación posterior del ejercicio de la acción y ello porque considera que este requisito documental es subsanable en el doble aspecto de integración de la capacidad procesal y de su constatación, con efectos retroactivos para acreditar no sólo que existió ese acuerdo corporativo y el dictamen previo, sino también para ratificar o convalidar su inexistencia, permitiéndose su formal realización posterior, pues lo que se subsana no es la falta de acreditación sino la misma existencia del presupuesto, para hacer efectiva la tutela judicial por el órgano

competente [Sentencia de la Sección Quinta de esta Sala de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3165), casación 3252/01 y las que en ella se citan].

Y la misma sala, en sentencia de 12 abril 2013 (RJ 2013\3778), recoge lo siguiente:

El carácter subsanable de tal omisión, cuando se ha discutido la aplicación al caso de la exigencia del artículo 45.2.d) de la LJCA, ha sido declarada en nuestra Sentencia de 31 de enero de 2007 (RJ 2007, 289), recurso de casación nº 6157/2003, al perfilar una doctrina, ya consolidada, sobre los supuestos en que la parte demandante combate la aplicación de la excepción planteada de contrario, señalando que:

"(...) Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución; lo que ocurriría si la alegación no fue clara, o si fue combatida, bien dentro del plazo de aquellos diez días, bien en cualquier otro momento posterior; pues si fue combatida y el órgano jurisdiccional no comparte los argumentos opuestos, surge una situación en la que, como una derivación más del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva, es exigible una advertencia implícita, a través del previo requerimiento, de lo infundado de esos argumentos y de la confianza nacida de ellos de obtener una sentencia que, como demanda aquel contenido normal, se pronuncie sobre el fondo de la cuestión litigiosa".

En este mismo sentido nos hemos pronunciado en sentencias de 18 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 2296), recurso de casación nº 5538/2008; de 28 de mayo de 2012, recurso de casación nº 3875/2010, y de 13 de julio de 2012 (RJ 2012, 8089), recurso de casación nº 4160/2009.

Por ello, procederá la retroacción de actuaciones al momento anterior de dictar sentencia, para que el Tribunal de instancia requiera ahora a la parte recurrente, para la subsanación del defecto denunciado por la demandada y cuestionado por la recurrente en el recurso contencioso-administrativo.

DCJA 152/2017 pár. 44 a 53

C) Instrucción

La prueba

Una vez instruido el expediente y sometido al trámite de audiencia, la representación de **la entidad reclamante también propone**, como decimos, **la toma de declaración a tres nuevos testigos,** todos ellos peritos que han participado en la elaboración de los informes periciales aportados por F, pero **diferentes a los identificados durante el periodo de prueba** fijado durante la instrucción.

En este caso, la instructora no se ha pronunciado sobre su admisión, pero la Comisión considera que **la falta de respuesta a esa petición tampoco puede constituir un vicio invalidante, ya que la petición resulta extemporánea y sin potencialidad para causar indefensión.** Por otro lado, las posturas de estos peritos se reflejan en los informes incorporados y admitidos como prueba, por lo que es presumible que su rechazo se habría producido incluso presentados durante el trámite correspondiente, por el mismo motivo por el que **se rechazó la declaraciones de los otros peritos identificados, esto es: su innecesariedad, por contar en el expediente con sus informes periciales.**

No se observa, en definitiva, que **la falta de respuesta a esta cuestión suponga la omisión de un trámite legal o reglamentariamente establecido, puesto que la única previsión en relación con el trámite de audiencia es la de efectuar alegaciones y presentar, en su caso, documentos o justificaciones que las personas interesadas estimen pertinentes, una vez que el procedimiento se encuentra, como era el caso, ya instruido.** Por otro lado, esta cuestión tampoco parece haber afectado a la capacidad probatoria del reclamante, que ha incorporado el criterio de los señalados peritos a través de sus informes.

DCJA 23/2017 pár. 27 a 29

Propuesta de resolución

Tras ello, el instructor del procedimiento elabora la propuesta de resolución.

Como se ha señalado en los antecedentes, **con posterioridad a dicha propuesta se remite a esta Comisión el dictamen pericial médico aportado por la reclamante, que había anunciado en el escrito de alegaciones emitido en el trámite de audiencia.**

Del anterior relato del iter procedimental se observa que el expediente remitido y la **propuesta de resolución no han tenido en cuenta el citado dictamen pericial de parte.**

Como ha señalado esta Comisión (por todos, Dictamen 129/2014), la propuesta de resolución debe redactarse después de la audiencia y de las posibles alegaciones, siendo la misma preceptiva, ya que es el trámite en el que el instructor ha de valorar todas las cuestiones derivadas del procedimiento y, en particular, las alegaciones y documentos u otros elementos de juicio incorporados por los interesados.

Por ello, la Comisión **entiende que el instructor debe emitir una nueva propuesta de resolución motivada,** teniendo en cuenta también el dictamen pericial que ha incorporado al expediente a instancia de la parte reclamante.

Dado el contenido eminentemente técnico de dicho dictamen, relacionado con las cuestiones debatidas en el procedimiento sobre la praxis médica, procede que previamente sea sometido a la valoración pericial que se estime adecuada —al igual que se ha hecho con el informe emitido sobre la asistencia al recién nacido, a petición de la reclamante—.

Si como consecuencia de esa valoración aflorasen nuevos elementos de juicio novedosos y relevantes, sería necesario, con el fin de evitar la indefensión de la reclamante, otorgarle un nuevo trámite de audiencia.

ACJA 5/2017 pár. 13 a 19

III. Especialidades en el procedimiento administrativo

A) Procedimiento de revisión de oficio

Finalización del procedimiento

Se ha elaborado la **propuesta de resolución** de carácter desestimatorio que, en los aspectos adjetivos, estudia con detenimiento la competencia del **órgano que debe resolver** el procedimiento revisor instado y alcanza la conclusión de **que ha de ser el Consejo de Gobierno**, en aplicación de los artículos 3.3.i) del Decreto 74/2017, el artículo 18.k) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, el artículo 149.3 de la Constitución (CE) y el artículo 111 de la LPAC.

La Comisión no comparte esta conclusión ya que, tal y como señala la propuesta de resolución, el acto objeto de revisión es reconducible a la materia contratación, de tal manera que, de haberse tenido que dictar hoy el acto de otorgamiento de la concesión objeto de revisión, la competencia para su dictado hubiera correspondido a la consejera del departamento.

Por ello, **resulta de aplicación nuestra doctrina, según la cual, partiendo de que no existe una previsión normativa en una ley autonómica, ha de entenderse que la competencia para resolver los expedientes de revisión de oficio corresponde a los consejeros y consejeras departamentales, atendida la materia sobre la que verse el acto, lo que se justifica en la atribución genérica de la que están investidos en virtud del artículo 26.4 de la Ley de Gobierno.**

DCJA 226/2017 pár. 33 a 35

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial

Iniciación

A) La legitimación del Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi:

En relación a la legitimación es preciso realizar una doble consideración: formal y material.

Cabe decir que la representación del ayuntamiento corresponde al alcalde-presidente de conformidad con lo prevenido en el artículo 21.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (LBRL); no obstante, "el ejercicio de acciones administrativas y judiciales" constituye una atribución del Pleno [artículo 22.2.j)]. En el caso presente no consta que el Pleno de la corporación haya autorizado al Alcalde para deducir la correspondiente acción de resarcimiento ante la Administración General de la Comunidad Autónoma, lo que deberá subsanarse.

Desde la segunda perspectiva, ya hemos adelantado que **no procede reconocer legitimación a la Administración reclamante, dado que quien reclama es un ayuntamiento**, pues tanto el artículo 106.2 de la Constitución (CE) como el artículo 139.1 de la LRJPAC señalan como titulares del derecho a ser resarcidos por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos a los particulares.

Esta Comisión (dictámenes 51/2012, 126/2014 y 156/2014), al igual que el Consejo de Estado (dictámenes 42/94 y 3.142/96, entre otros), **no aprecia problema para admitir la legitimación de una Administración, realizando una interpretación integradora del término "particulares", en asuntos en los que el funcionamiento de otra Administración le ha causado un perjuicio antijurídico, sobre la base de que tiene un patrimonio propio y distinto.**

Ahora bien, entendemos que el hecho de que se haya ido flexibilizando el rigor de la literalidad del artículo 139.1 de la LRJPAC no implica que en todo supuesto las administraciones deban tener la condición de particulares a los efectos de presentar la correspondiente reclamación por responsabilidad patrimonial.

Para ello **será preciso indagar si comparece como un particular más, en defensa de sus propios intereses y con aplicación de las mismas reglas jurídicas que protegen en nuestro ordenamiento los patrimonios de terceros frente a los daños sufridos como consecuencia del llamado giro o tráfico de las administraciones públicas.**

O, por el contrario, si ha actuado en el supuesto específico, una vez verificadas las circunstancias del caso, como una persona pública, revestida de *imperium,* o, si se quiere, como un poder público.

En ese sentido, el Consejo de Estado (dictámenes 830/2007 y 891/2012, entre otros) ha afirmado que no parece posible admitir la legitimación de una entidad local cuando esta ha actuado desde una posición activa como persona de derecho público, no como sujeto pasivo de una lesión que le haya sido directamente inferida por la Administración del Estado. Entiende la Comisión, igualmente, que **tampoco procede admitir dicha legitimación cuando el supuesto daño se imputa a la Administración General de la Comunidad Autónoma, en el marco de relaciones entre poderes públicos.**

Esa doble condición de las administraciones públicas, como poder público y particulares, ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al analizar el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, de forma que los requerimientos solo son aplicables cuando las dos administraciones actúan como poder público y no cuando una de ellas lo hace como particular (STS de 20 de octubre de 2006-RJ 2006/8969), pues "los requerimientos responden a un mecanismo de acuerdo y entendimiento entre administraciones públicas para evitar litigios, en el marco de los principios constitucionales de coordinación y colaboración que han de presidir las relaciones entre dichas administraciones. A través de ellos se busca dar a la Administración requerida la posibilidad de reconsiderar sus decisiones y así procurar una solución que soslaye el conflicto" (STS de 25 de mayo de 2009-RJ 2009/6359).

Por el contrario, sin que se haya explicado el porqué, no ha partido de ese criterio como elemento de deslinde en materia de responsabilidad patrimonial y, aunque ha seguido una línea favorable al tratamiento de la Administración como particular, esta se inició en la STS de 14 de octubre de 1994 (RJ 1994/8741), con un voto particular, en el que se expresaban reservas a la equiparación, precisamente "porque sus relaciones se rigen por los principios de cooperación y solidaridad", salvo que se tratara de la pérdida o menoscabo de bienes y derechos de carácter civil. Las sentencias (entre otras, STS de 2 de julio de 1998, de 8 de junio de 2000 o de 11 de julio de 2000) se limitan a invocar la STS de 14 de octubre de 1994, al igual que sucede en la reciente STS de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016/1769), si bien,

esta última, a juicio de la Comisión, podría llegar a justificar un replanteamiento de su doctrina, sobre todo en casos como el que se analiza, porque, en definitiva, se afirma que en el ámbito de relaciones interadministrativas se puede producir, por hipótesis, una lesión, por lo que está justificada la asimilación, pero cuando analiza si esta es antijurídica, no puede por menos que reconocer que la necesidad de soportar el daño viene impuesta por el régimen legal que disciplina tales relaciones y en la medida en que ambas administraciones actúen en ejercicio de sus competencias.

En este caso, el ayuntamiento formula su reclamación en el marco de una actuación conjunta de dos administraciones territoriales, investidas de sus correspondientes potestades públicas, para satisfacer el interés general.

La cooperación de las corporaciones locales con las administraciones educativas en la creación, construcción y mantenimiento de centros públicos docentes, tiene un origen histórico y reflejo, tras la aprobación de la CE y los estatutos de autonomía, en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, y en el artículo 25.2.n) de la LBRL. Posteriormente, se refiere a ella la disposición adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), que expresamente prevé que "los municipios cooperarán con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes". En su desarrollo se dicta el Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre, por el que se establece el marco de ordenación de la cooperación de las corporaciones locales con el Ministerio de Educación y Ciencia.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), actualmente en vigor, declara en su artículo 8.1 que las administraciones educativas y las corporaciones locales coordinarán sus actuaciones, cada una en el ámbito de sus competencias, para lograr una mayor eficacia de los recursos destinados a la educación y contribuir a los fines establecidos en esta ley, y contempla esa cooperación en materia de obtención de solares en la disposición adicional decimoquinta, que la reforma de la LBRL operada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, califica en el nuevo artículo 25.2.n) como competencia propia del municipio.

En la normativa autonómica, la disposición adicional novena de la Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la escuela pública vasca, regula la cooperación de las corporaciones locales, y el artículo 17.1 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, atiende la previsión de la LBRL.

Esa cooperación en la obtención de solares encuentra cabal justificación en los mecanismos reconocidos a los ayuntamientos por la legislación de suelo para hacerse con terrenos destinados a sistemas generales y dotaciones locales, en particular, mediante la cesión obligatoria y gratuita impuesta a los propietarios de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable. Ello no significa que en algunos casos deban ser expropiados y, por tanto, tener un origen oneroso para las arcas municipales.

Los artículos 54 y 57 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), definen la red dotacional de sistemas generales y la de sistemas locales, respectivamente, y esa cesión gratuita forma parte de los deberes establecidos por el artículo 25 LSU. El artículo 186 LSU regula la obtención de suelo destinado a dotaciones públicas, según se encuentren incluidos o adscritos a actuaciones integradas o no. Otra fórmula para disponer de los terrenos es la ocupación directa regulada por el artículo 188 de la LSU, mediante la que se reconoce a su titular el derecho a la edificabilidad urbanística correspondiente a los terrenos objeto de ocupación con cargo al futuro desarrollo de la unidad de ejecución sin necesidad de mediar previo acuerdo con el titular.

También hay que decir que son de propiedad municipal los edificios destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, dependientes de las administraciones educativas, asumiendo respecto a los mismos la conservación, el mantenimiento y la vigilancia (antes, disposición adicional decimoséptima LOGSE, en la actualidad, disposición adicional decimoquinta LOE).

Ello supone, siguiendo lo dispuesto en el Real Decreto 2274/1993, de aplicación supletoria, que el ofrecimiento de los solares será distinto si se trata de solares para centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, en los que bastará la puesta a disposición del solar para que la Administración educativa construya el centro, o dé solares para centros docentes públicos de educación secundaria, en los que se tendrá que materializar la cesión gratuita del terreno; por ello, la remisión que hace el artículo 4.2 del Real Decreto 2274/1993 al artículo 110 del Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

Con arreglo al artículo 111 del Reglamento de bienes de las entidades locales, si los bienes no fueren destinados al uso señalado en el acuerdo de cesión, esta se considerará resuelta "y revertirán aquéllos a la corporación local, la cual tendrá derecho a percibir de la entidad beneficiaria, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos experimentados en los bienes cedidos". Dicho artículo también prevé que, si el acuerdo de cesión no estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes.

El municipio no reclama por los detrimentos experimentados en el bien cedido, sin que tal pretensión —que tiene una regulación específica en el ordenamiento a la que se remite la normativa de cesión de solares para la construcción de centros educativos— se pueda canalizar por la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues esta no comprende la totalidad de supuestos en los que las administraciones públicas deben responder o proceder al resarcimiento de daños y perjuicios.

La legislación, en suma, **impone a las comunidades autónomas y ayuntamientos una exigencia de cooperación reforzada en materia educativa y regula la forma en la que debe darse la participación de ambas administraciones, articulando cómo han de desplegar las competencias en la materia.**

De una forma más genérica, sobre tales relaciones interadministrativas se proyectan los principios de cooperación establecidos tanto por el artículo 4 de la LRJPAC como por el artículo 55 LBRL, que deben presidir sus relaciones.

Pues bien, como se desprende del expediente, las dos administraciones realizaron las actuaciones necesarias dirigidas al logro de una finalidad común, pero concurrieron razones económicas que obligaron a su renuncia por parte de la Administración General de la Comunidad Autónoma, siendo esta resultado del ejercicio legítimo de sus competencias, una vez ponderados la totalidad de los intereses públicos concernidos y, fundamentalmente, el impacto que provocaba la construcción del centro en materia presupuestaria y financiera.

En definitiva, **en el campo educativo y, en particular, en el de la construcción de centros docentes, en el que las dos administraciones han entablado sus relaciones jurídicas como un poder público y además están previstas las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la condición inherente a la cesión gratuita del solar (la reversión y la indemnización, en su caso, por los detrimentos sufridos en el bien cedido), debe negarse la posibilidad de que el Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi pueda en este caso acogerse como un "particular" a la vía de la responsabilidad patrimonial.**

DCJA 72/2017 pár. 42 a 65

En lo que respecta a la legitimación para promover la reclamación, la instructora del expediente entiende en su propuesta de resolución que E S. Coop. **carece de legitimación *ad causam* para promover la reclamación**, dado que, basando su pretensión en el daño producido por la imposibilidad de ampliación del centro comercial Bilbondo, la realidad es que **ya no es titular de derecho alguno de ampliación, ya que fue transferido a la compañía CISLU**, razón por la que fue desestimada la reclamación que formuló por los mismos motivos en el año 2012, habiendo sido el acto declarado conforme a derecho por los órganos jurisdiccionales.

La Comisión no comparte tal juicio porque, mientras que en la reclamación anterior E S. Coop. actuó en calidad de titular de aprovechamientos urbanísticos no agotados en relación con el suelo en el que se erige el centro comercial —que en realidad había vendido y transferido a la compradora—, **ahora alega un daño por la depreciación del valor del objeto global de la venta por causa de no haber podido llevar a cabo la ampliación con anterioridad a la transacción.**

Esto es, **ahora** no **funda su pretensión** en la titularidad de un derecho de aprovechamiento urbanístico, sino **en el daño sufrido por la depreciación del centro comercial al no haberse procedido a su ampliación con anterioridad a la venta.**

DCJA 76/2017 pár. 33 a 35

No obstante, el informe de la Inspección plantea una segunda cuestión que debe asimismo ser examinada. Considera el informe que el modo en que se produjo la trasmisión de la información al paciente sobre los hallazgos de la biopsia pudo no ser el adecuado y por ello haber aumentado el sufrimiento de don AMM.

Como hemos señalado, sobre este aspecto, el informe concluye que: "Del estudio de la historia clínica se desprende la sensación de que la comunicación del diagnóstico y la gravedad del mismo no se realizó de manera adecuada, generando un sufrimiento añadido". Lo que lleva a la inspectora a considerar que podría estimarse parcialmente la reclamación.

La Comisión considera que sobre dicha apreciación ─que se ubica en un terreno ajeno al propio del juicio técnico─ **no es necesario profundizar pues, según lo antes señalado, los hijos no estarían legitimados para reclamar el resarcimiento por el supuesto sufrimiento padecido por su progenitor por una inadecuada trasmisión de la información del resultado de la biopsia al tratarse de un daño de carácter personalísimo que solo podría haber sido reclamado por don AMM.**

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, **el titular del derecho a la información asistencial es el paciente. Las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, serán informadas, en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita.**

DCJA 79/2017 pár. 94 a 97

La reclamación alega el daño de forma muy confusa ─cuestión que luego se analiza con más detalle─ **y tampoco concreta mínimamente a qué actuación asistencial se vincula aquél** ─cuestión que se clarifica con los informes del servicio y de la Inspección médica y asume luego el reclamante en su escrito de alegaciones─.

Considera la Comisión que hubiera sido más que razonable pedir una subsanación del escrito inicial a fin de introducir el mínimo rigor exigible sobre el fundamento de la pretensión resarcitoria, el daño alegado y su acreditación, lo que hubiera facilitado la instrucción (o, en su caso, la inadmisión motivada).

DCJA 100/2017 pár. 63 a 64

En cuanto a la **falta de legitimación de la Comunidad** de Propietarios CIMB para representar a los vecinos de la urbanización, **que niega el ayuntamiento porque la citada comunidad no comprende a la totalidad de los vecinos que formaban la Comunidad de Propietarios …, tampoco es compartida por la Comisión.**

Por acuerdo adoptado por la Asamblea General extraordinaria de la Entidad Colaboradora Urbanística … el día 17 de noviembre de 2009, se disolvió la EUC ─en cumplimiento de las sentencias judiciales señaladas─ y se constituyó el Complejo Inmobiliario …, regido por los estatutos que se aprobaron en la misma sesión, por la LPH y el Código Civil, a fin de suceder a la EUC en la gestión y representación de los intereses del conjunto de propietarios de la urbanización ….

Y, efectivamente, **la Comunidad de Propietarios** CIMB **ha venido ejerciendo el cometido para el que fue constituida y ha hecho frente a los gastos producidos por la gestión de los servicios esenciales de los que se ha desentendido el ayuntamiento, y por tal razón, porque es la que ha sufrido el daño económico que conlleva la falta de asunción de la prestación de los servicios por el ayuntamiento, es por lo que está legitimada para promover la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa.**

DCJA 152/2017 pár. 54 a 56

Para el análisis de este aspecto cobra singular valor la causa que alega el reclamante como motivo de su reclamación, que circunscribe de forma constante a la exclusión indebida por los órganos municipales del proceso selectivo en el que tomaba parte y que fue declarada contraria al derecho por la ya señalada Sentencia nº 264/2012, de 28-9-2012, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Bilbao.

Con ello procede remitirse a la regla especial prevista en el artículo 142.4 LRJPAC cuando prevé que: "La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pero si la resolución o disposición impugnada lo fuese por razón de su fondo o forma, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse dictado la sentencia definitiva, no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".

Por tanto, **ha de considerarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo la fecha de la sentencia definitiva** que resolvió su caso, esto es, el 28-9-2012, **sin que proceda tener en cuenta las actuaciones posteriores realizadas en ejecución de sentencia a estos efectos.**

Resulta a la vista de las fechas señaladas que en el momento de presentación de la reclamación objeto de tramitación (16-5-2015) había transcurrido ya con creces el plazo de un año establecido por la ley a tales efectos.

Pero como dice la propuesta, incluso considerando la fecha de 13-12-2012, del nombramiento de don JSCP como funcionario en prácticas, en ejecución de la sentencia, debería tenerse por transcurrido igualmente el plazo de reclamación.

DCJA 1/2017 pár. 27 a 31

La propuesta de resolución sostiene que la acción para reclamar ha prescrito por dos razones. De un lado, porque la renuncia del procedimiento de contratación de los servicios de "Dirección facultativa por parte de arquitecto y aparejador de las Obras de Construcción de nuevo edificio de educación secundaria para el IES Dulantzi BHI en Alegría Dulantzi (Araba/Álava)", debido a razones de interés público, se produjo con el dictado de la Resolución de 20 de febrero de 2012 de la Directora de Administración y Gestión Económica.

De otro lado, porque en el informe de revisión de expedientes emitido por la arquitecta municipal, de 11 de marzo de 2013, se constató que no había sido otorgada la licencia de obra, al no presentarse proyecto de actividad, ni obviamente se había realizado ningún tipo de obra.

De tomarse tales fechas como *dies ad quo*, es claro que la reclamación presentada el 13 de septiembre de 2016 habría prescrito.

El ayuntamiento argumenta que desconocía que se hubiere renunciado a la construcción del edificio en el año 2012, y que no se archivó la solicitud de licencia de obras, sin que el Gobierno Vasco haya dictado acto alguno para devolver la parcela, lo que hacía pensar al ayuntamiento que la intención y voluntad de construir el centro seguía en pie.

(…)

Entiende la Comisión que en este caso, existen elementos de juicio que llevan a rechazar la conclusión patrocinada por la propuesta de resolución, una vez distinguido el fundamento de la reclamación y el daño por el que se reclama.

Respecto al fundamento de la reclamación, **no resulta convincente el argumento del ayuntamiento de que ha tenido noticia de que no se va a construir el centro con motivo del propio expediente.** Si eso fuera así, no se comprende cómo formula la solicitud de responsabilidad patrimonial, precisamente, por la falta de materialización de la construcción del centro. A nuestro juicio resulta concluyente el informe de revisión de expedientes de la arquitecta municipal.

Pero **respecto al daño por el que reclama, se ha de reconocer que ha tenido cabal conocimiento del daño patrimonial cuyo resarcimiento se pretende, pues deberá costear su adquisición, cuando los propietarios de las parcelas ocupadas por el nuevo campo de fútbol de hierba artificial han solicitado su expropiación, al no haberse procedido a la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación, lo que no ha sucedido en el caso de dos de ellos hasta el 28 de diciembre de 2015.**

Siendo esto así, **la reclamación se ha presentado en el plazo previsto** por el artículo 142.5 de la LRJPAC.

DCJA 72/2017 pár. 27 a 39

En cuanto al plazo, el artículo 142.5 LRJPAC establece que, en caso de daños de carácter físico a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el presente caso, **el daño se relaciona causalmente con unas actuaciones médicas que culminaron con una segunda intervención en el hombro izquierdo, realizada el 12 de marzo de 2007. Posteriormente, se realizó seguimiento y revisiones que finalizaron el 21 de agosto de 2008; fecha en la que fue citado en siete meses, pero ya no se presentó a la revisión.**

Transcurridos aproximadamente cuatro años desde esa última actuación ─finales de 2012─, don FMP volvió a presentar problemas en el hombro izquierdo que, tras las actuaciones desarrolladas a partir de 2012 y a partir del año 2015, se han de considerar como permanentes. Así lo confirma el reconocimiento, en mayo de 2015, de una pensión de invalidez permanente en grado total para su profesión habitual.

No resulta ocioso plantearse si el derecho a reclamar ha prescrito puesto que, desde la finalización de las actuaciones relacionadas con las intervenciones puestas en cuestión por el reclamante ─año 2008─ hasta la interposición de la reclamación, ha transcurrido ampliamente el plazo máximo establecido en el citado artículo 142.5 LRJPAC. No obstante, **en la medida en que la reclamación une causalmente los daños permanentes con aquellas intervenciones, y que su estabilización no ha sido totalmente determinada, como decimos, hasta el año 2015, la Comisión estima que debe entrar a analizarse el fondo de la cuestión**, tal y como, por otro lado, ha considerado la propia Administración sanitaria, la cual no ha planteado la posible prescripción del derecho y ha entrado directamente a analizar el fondo de la cuestión.

DCJA 73/2017 pár. 49 a 51

Sobre este particular, **cabe cuestionarse**, tal y como hace la propuesta de resolución, **sobre el carácter extemporáneo de la reclamación de responsabilidad**.

El escrito de reclamación fue registrado el día 30 de septiembre de 2016 y la declaración de la incapacidad permanente en grado de absoluta de don ABR **es de 2012** (solo consta dictamen-propuesta del Equipo de valoración de incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 28 de noviembre de 2012, de incapacidad permanente en grado de absoluta, si bien el reclamante en su escrito de reclamación hace referencia a una Resolución de incapacidad de 12 de diciembre de 2012). En esta fecha **ha de entenderse, pues, que el daño por el que se reclama ya estaba estabilizado, más aun teniendo en cuenta que la incapacidad viene determinada por el cuadro clínico residual de neoplasia de próstata y que las limitaciones orgánicas y funcionales son derivadas de los efectos secundarios del tratamiento de radioterapia.**

La Comisión estima, por tanto, **consumada la prescripción de la acción de responsabilidad.**

DCJA 149/2017 pár. 45 a 47

En cuanto al plazo, la Administración sanitaria considera que la acción de responsabilidad es extemporánea, al haber superado el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LRJPAC. Considera que "la lesión que se produjo como complicación fue confirmada el 19 de mayo de 2014, por lo que se entiende que esta es la fecha que debe computar como dies a quo, y habiéndose interpuesto la reclamación el día 12 de noviembre de 2015, la acción para exigir responsabilidad ya estaba prescrita". Considera, en definitiva, que nos encontramos ante una lesión de carácter permanente cuyos efectos se conocen desde que se practicó el electromiograma y se confirmó en la citada intervención de 19 de mayo de 2014.

La Comisión, sin embargo, no puede compartir en este caso la interpretación la Administración sanitaria con respecto al *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción. Tal y como establece el propio 142.5 LRJPAC, en caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas ─como es el caso─ el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

La intervención de 19 de mayo de 2014 confirmó la neurolisis del nervio pero no el alcance de las secuelas ─al menos en cuanto a la funcionalidad de la mano─ que sólo pudo ser determinado tras observar la evo-

lución de la patología. En este caso, la evolución resultó claramente tórpida, tal y como se confirma en los informes.

Después de la señalada intervención, en la Unidad de mano constataron esa mala evolución, lo cual ha quedado reflejado en su informe de 12 de diciembre de 2014. Incluso fue nuevamente valorada el 5 de junio de 2015 proponiendo un nuevo tratamiento quirúrgico paliativo mediante resección de nervio a nivel proximal; todo ello, como decimos, con el objetivo de paliar su situación y mejorar la funcionalidad de la mano. **Aun considerando que esta última intervención tenía únicamente un objetivo paliativo, consideramos que no puede fijarse una fecha de estabilización de las secuelas anterior al 12 de diciembre de 2014, en la que se confirma en la Unidad de mano la falta de mejoría clínica y la evolución tórpida de su dolencia.**

Todo lo anterior nos lleva a concluir que la acción, interpuesta el 12 de noviembre de 2015, fue presentada dentro del plazo previsto en el artículo 142.5 LRJPAC.

DCJA 159/2017 pár. 29 a 33

En el concreto caso objeto de este dictamen, **la reclamación se refiere** a unos **daños derivados de una asistencia obstétrica** que tuvo lugar el día 13 de marzo de 2012. **Tras el nacimiento**, **la recién nacida salió del hospital** el 27 de marzo de 2012 **con los diagnósticos de encefalopatía hipóxico-isquémica, convulsión neonatal y encefalomalacia**. Posteriormente, en **la revisión de 2 de abril de 2013, el Servicio de neonatología recomendó un programa de atención temprana, para afrontar los efectos de su parálisis cerebral.**

A partir de ese momento, ni los reclamantes, ni la historia clínica incorporada al expediente, aportan dato alguno que permita establecer una fecha posterior para el cómputo del plazo de prescripción. En las alegaciones presentadas por los reclamantes sí que se defiende la imposibilidad de predeterminar las secuelas inmediatamente después del parto, pero tampoco se ha realizado esfuerzo en establecer actualmente esas secuelas y el momento en el que se han estabilizado o han podido ser determinadas, **y lo cierto es que el daño por el que se reclama es el del propio diagnóstico, conocido días después del nacimiento**. Por tanto, **descartada** por los motivos apuntados **la tesis del daño continuado**, **la reclamación presentada en el año 2016 debe considerarse extemporánea y la acción de responsabilidad prescrita.**

DCJA 167/2017 pár. 26 a 27

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Generalidades

La empresa ASL ha efectuado una reclamación de responsabilidad patrimonial (y así ha sido tramitada por la Administración municipal) por los daños que entiende que le ha originado el ayuntamiento en el procedimiento de licitación en el que participó para la adjudicación del contrato de servicios al que nos venimos refiriendo.

La Comisión no cuestiona el encauzamiento de esa reclamación por la vía extracontractual, ajustándose a las normas reguladoras del instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.

Hay que ponderar a ese respecto que **la empresa ASL retiró su oferta en el procedimiento de licitación mencionado** (mediante escrito de 14 de mayo de 2014), una vez que había sido seleccionada su oferta como la económicamente más ventajosa, pero antes de que se hubiera entablado un vínculo contractual con la Administración municipal, al no llegar a suscribir el contrato correspondiente. Ni siquiera consta que resultara adjudicataria de dicho contrato, a falta de un acto expreso en ese sentido [artículo 151.3 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre]. Y tampoco tal adjudicación sería relevante, a los efectos ahora examinados, porque, con arreglo al artículo 27.1 del TRLCSP, **los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización y hasta que no se produce esta no existe relación contractual.**

A falta de esa relación contractual entre ASL y el ayuntamiento, la Comisión considera adecuada la aplicación a la reclamación del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, lo que no impide la apreciación de otras normas sectoriales observables, en este caso, de manera singular, las relativas a la contratación administrativa.

El régimen de responsabilidad patrimonial tiene su fundamento específico en el artículo 106.2 de la Constitución (CE), que dispone que los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

DCJA 42/2017 pár. 37 a 41

II. Antijuridicidad

A) El deber de soportar la carga

Por lo que se refiere a la antijuridicidad, es obvio que está obligada a soportar las consecuencias que se derivan de su falta de titulación, algo que tampoco ha cuestionado, titulación que "asegura el alto nivel profesional de quienes desarrollan su actividad en el ámbito de la atención sanitaria y, con ello, un elevado índice de calidad de los centros, servicios y profesionales a los que corresponde hacer efectivo el derecho a la protección de la salud que proclama el artículo 43 de la Constitución" (parte expositiva del Real Decreto 2490/1998).

Si lo que subyace a su reclamación es una infracción del principio de protección de la confianza legítima, al suponer que reunía la titulación por haber sido admitida a las listas y ser llamada para suscribir un contrato de relevo, **tampoco cabe por esa vía declarar la responsabilidad de la Administración.**

Ello nos remite al análisis de la forma en que opera el **principio de la confianza legítima del ciudadano** en el actuar de la Administración.

Ese principio, cuya doctrina procede de la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, se consagró de forma positiva en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y figura ahora en el artículo 3.1.e) de la LRJSP y es reconocido, además

de por la jurisprudencia comunitaria, por el Tribunal Supremo (entre otras, STS de 20 de noviembre de 2012 ─RJ 2013/988─ o STS de 21 de septiembre de 2000 ─RJ 2000/7299─).

Como recuerda esa STS de 21 de septiembre de 2000, la doctrina se explica en la Sentencia de 5 de octubre de 1990, en la que postula la primacía de la seguridad jurídica frente a la estricta legalidad de la actuación administrativa, "cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsamientos económicos".

Pero aclara que ese principio "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, moviendo la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares; máxime cuando dicha 'apariencia formal de legalidad' que indujo a racional confusión en el interesado, originó en la práctica para éste unos daños y perjuicios que, jurídicamente, no tiene por qué soportar".

Cabe puntualizar en relación con ese principio que, en cada caso, la obligación de respeto que de él se deduzca para el proceder de la Administración ha de estar en relación con las circunstancias que concurran. Pero **no se pueden amparar creencias subjetivas de los administrados que se entiendan cubiertos por ese manto de confianza si la misma no viene respaldada por la obligación de la Administración de responder a esa confianza con una conducta que venga impuesta por normas o principios de derecho que obliguen a conducirse del modo que espera el administrado en virtud de esa confianza** (STS de 13 de mayo de 2009 ─RJ 2009/5445).

Dicho lo anterior y ateniéndonos al supuesto que nos ocupa, hay que decir que la argumentación de la reclamante resulta contradictoria.

Por un lado, entiende que fue admitida en las listas y contratada, dándose por buena la documentación presentada, lo que podría fundar dicha confianza legítima. Pero también reconoce que "era evidente que la misma no reunía el requisito de especialidad: de un lado, porque no aportaba el título o certificado correspondiente a dicha especialidad, y de otro, porque incluía un certificado de haber abonado los derechos para la expedición del título de Licenciado en Psicología de fecha 29-03-13, y desde esa fecha a la fecha de presentación de la documentación era imposible haber obtenido la especialidad de Psicología Cínica, que exige la superación de un examen y la realización y superación de 4 años de prácticas. Así, efectivamente, para la obtención del título de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica (Real Decreto 2490/1998) se realiza una formación de postgrado, eminentemente práctica, con una duración de 4 años, en periodo de residencia" (alegaciones del trámite de audiencia).

En ese contexto, no era esperable que pudiera desarrollar las actividades del puesto sin ningún tipo de objeción o impedimento, sino que lo lógico y razonable era prever que su falta de formación especializada en el ámbito de la salud mental, acreditada mediante el sistema de residencia, se pondría de manifiesto de forma igualmente evidente cuando llevara a cabo las tareas encomendadas. En tal caso, la Administración únicamente podía proceder como lo hizo.

Cuanto más obvio era que carecía de la titulación, más deber jurídico de soportar el daño tiene la reclamante, por ausencia precisamente de cualquier tipo de confianza legítima que la actuación administrativa le pudiera generar; y cuanto más dudosa o, incluso, evidente como la propia reclamante sostiene fuera la cuestión, más deber jurídico de soportar el daño, por haber decidido renunciar al otro contrato de manera imprudente.

Dicho de otro modo, **si la actuación de la Administración era tan manifiestamente contraria a derecho, el riesgo asumido por la actora nunca pudo basarse en la confianza legítima proporcionada por los actos administrativos, debiendo atribuirse el daño únicamente a su actuar negligente.**

DCJA 78/2017 pár. 51 a 62

III. Relación de causalidad

A) Concurrencia de causas

La parte reclamante señala que existe una nítida relación de causalidad entre el daño sufrido por el niño EGA y el actuar de la Administración, habida cuenta de **la existencia de una puerta corredera en un estado de mantenimiento negligente**, siendo este estado el causante, y no otro, del vuelco y posteriores daños causados al menor.

El instructor estima en su propuesta de resolución que existe responsabilidad del ayuntamiento y de la empresa contratista por igual, debiendo ambas indemnizar a la reclamante a partes iguales.

La responsabilidad del ayuntamiento la deduce por ser el titular de los bienes e instalaciones de las escuelas públicas, correspondiéndole las tareas de mantenimiento.

Deduce la responsabilidad de la empresa contratista en razón de que era en el momento de ocurrir los hechos la única usuaria y tenedora de las llaves que permitían la apertura y cierre de la puerta, y porque sus trabajadores no impidieron al grupo de niños manipular de forma indebida aquella.

La Comisión considera al ayuntamiento como único responsable del accidente, por recaer en esta entidad local la obligación de mantenimiento de las instalaciones en condiciones de seguridad.

La **actuación de los trabajadores** de la empresa en relación con este accidente concreto, aparte de lo que mantienen de que los niños no entraron por la puerta corredera sino por otra de la que ellos no tenían llaves, y de que antes de que pudieran darse cuenta ya estaban jugando junto a la puerta corredera, **no resulta negligente pues, desconociéndose el peligro que suponía la falta de tope en el recorrido de apertura de la puerta, no era posible que pudieran prever el accidente ocurrido.**

DCJA 7/2017 pár. 32 a 37

Sobre esa base, **al ser el resultado dañoso consecuencia, en parte, de la acción de un tercero, la propuesta de resolución estima la existencia de responsabilidad, pero a la valoración económica establecida para la reparación, de la que luego nos ocuparemos, le aplica una reducción de un cincuenta por ciento, algo de lo que esta Comisión discrepa por las razones que pasamos a exponer.**

En primer lugar, para el reclamante la acción de don OHJH no constituye propiamente la de un tercero, puesto que no constituía un agente extraño al funcionamiento del servicio educativo sino un integrante más de este, pues debía ajustar su actividad a la organización y funcionamiento de la Escuela de Hostelería.

Aunque **al tratarse de un alumno mayor de edad no entra en juego la responsabilidad de la entidad docente por el art. 1903.5 del Código civil, sino la del autor material.**

En segundo lugar, que de lo señalado en el Dictamen 149/2016 puede concluirse que tanto la Administración como don OHJH deben ser declarados responsables del daño que sufre el reclamante, que obviamente **no tiene ningún deber de soportar, porque tan decisiva a la contribución del resultado dañoso ha sido la actividad del citado alumno al abrir la olla como la inactividad del servicio educativo que no tomó las medidas precisas para evitarlo.**

El hecho de que en el Dictamen 149/2016 moderáramos la indemnización a abonar a don OHJH al apreciar una concurrencia de responsabilidades, la que deriva de la inactividad de la Administración y la que es atribuible al propio perjudicado por los hechos, y la fijáramos en un cincuenta por ciento, no quiere decir que dispusiéramos que esa era la cuota de participación en el daño de la Administración y el tercero, sino que, a falta de criterios para determinar su alcance, establecíamos la división de la responsabilidad por partes iguales como única solución posible (por todas STS nº2551/2016 de 2 diciembre- RJ 6164/2016).

En este caso, **la Comisión considera que esa corresponsabilidad debe dar origen a una solidaridad impropia o solidaridad imperfecta u obligación *in solidum*, impuesta como fórmula general en el derecho de daños cuando no es posible determinar el alcance de las cuotas respectivas.** El origen de la aplicación de la solidari-

dad está en las dificultades para individualizar las aportaciones al daño entre un colectivo de responsables y obedece a la idea de proteger a la víctima.

Tal solidaridad no es ajena al derecho administrativo en los supuestos en que el perjudicado no tiene ninguna responsabilidad en el daño y este es debido a la concurrencia de la Administración y un tercero, sin criterios para definir la responsabilidad de cada uno de ellos, por no ser posible individualizar el poder causal de los respectivos comportamientos (SSTS de 27 de diciembre de 1999-RJ 100072 y 22 de abril de 2009-RJ 5122/2009).

Otra cosa serán las reglas que rigen las relaciones internas de los obligados al resarcimiento (a los efectos de las acciones de regreso que puedan darse).

En tercer lugar, por último, **en un supuesto de solidaridad puede la víctima dirigirse a cualquiera de los que hubieren contribuido a la producción del daño y exigirle el pago íntegro de la indemnización, pues los causantes son deudores por el todo.**

A la vista de lo cual, **debe la Administración abonar el importe de la indemnización debida por el daño causado ya que es la única destinataria de la reclamación, sin perjuicio de que, una vez satisfecha, pueda repetir por la parte que le corresponde contra el sujeto cocausante del daño,** derecho de repetición que, en principio, será por la mitad, porque de establecerse una cuota diferente podría cuestionarse que hubiera existido una responsabilidad solidaria.

De esa forma, además, se evita a la víctima un perjuicio añadido al ocasionado por el accidente, el que se deriva de un posible peregrinaje de jurisdicciones para lograr su plena reparación.

DCJA 62/2017 pár. 38 a 48

B) Conducta de la víctima

La reclamante, como fundamento de su petición, esgrime que se le ha generado un daño que no tiene la obligación de soportar porque "es consecuencia de una actuación negligente, que podía haber sido evitada, no una, sino dos veces, si no hubiera sido por la descuidada actuación llevada a cabo por Osakidetza, tanto cuando aceptó y dio por buena mi documentación en el momento de incorporarme a las listas, como después, cuando me ofertó el contrato y procedió a la firma del mismo".

Alega también que tenía en aquel momento un puesto de trabajo con contrato indefinido al que renunció para aceptar el contrato ofertado por Osakidetza.

Dicho error ha sido reconocido por la Administración, pero niega cualquier responsabilidad al entender que el perjuicio que se alega en la reclamación de responsabilidad patrimonial fue inducido por la reclamante que mecanizó de forma incorrecta en la aplicación *curriculum vitae* que poseía la especialidad de Psicología Clínica.

Para la Administración, en suma, **se ha producido la ruptura del nexo causal, debiéndose añadir a la fuerza mayor —única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente— la intencionalidad de la víctima en la producción o padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de esta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.**

Efectivamente, la intensidad de la culpa de la víctima puede ser relevante para eliminar la responsabilidad administrativa, cuando suponga una auténtica ruptura de la relación de causalidad.

La culpa exclusiva de la víctima o la de terceros suprime de raíz la responsabilidad patrimonial, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de octubre de 2011 (RJ 2012/1553) y 19 de junio de 2007 (RJ 2007/3813): "es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público [Sentencias, entre otras, de 21 de marzo (RJ 1995, 1981), 23 de mayo (RJ 1995, 4028), 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre (RJ 1996, 8070) y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero (RJ 1999, 3016), 13 de marzo y 29 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3241)]".

En este caso, la Comisión comparte tal valoración, de un lado, porque en general no puede dejar de ignorar **la complejidad de este tipo de procesos**, en los que existe un gran número de aspirantes y resulta difícil acometer un cotejo de todos los datos (lo que no quiere decir que no deba extremarse el cuidado) y, de otro lado, porque **el error fue provocado adrede por la reclamante al inscribirse en las listas**, **ya que cumplimentó el formulario de manera que pudiera llevar a la conclusión equivocada de que ostentaba dicha especialidad** al distinguir la Titulación académica, Licenciado Universitario, título, Psicología, fecha de expedición 29/08/2013, Universidad …, y la Especialidad Psicología Clínica, Fecha de obtención 29/04/2014 y Forma de obtención Real Decreto 2490/1998 (Psicología clínica).

Es criterio también de la Sentencia nº 54/16, de 26 de febrero de 2016, del Juzgado de lo Social nº 4 de Vitoria-Gasteiz, que ha sido la conducta de la reclamante la determinante de lo ocurrido:

> Del resultado de la documental aportada se concluye que la trabajadora indicó, en el formulario de alta en las bolsas de contratación, que era titular de la especialidad de psicología clínica, folio 27 de la causa, a pesar de no tener dicha titulación. Ello lo hizo a sabiendas pues también indicó, en el apartado correspondiente, la forma de obtención de su titulación, Real Decreto 2490/1998 relativo a la especialidad de psicología clínica, y no como itinerario curricular dentro de la licenciatura de psicología conforme al plan propio de una determinada universidad. Ninguna otra prueba acredita que la empresa demandada tuviera conocimiento, con anterioridad a la contratación, de esta circunstancia habiendo sido modificada la inscripción de la demandante en la bolsa por parte de la empresa demandada el 16 de diciembre de 2015, tal y como consta en el certificado que obra en el folio 56 de las actuaciones. De todo ello, se concluye que el supuesto de autos se corresponde con una extinción de la relación laboral por causas objetivas al amparo de lo previsto en el artículo 52 a) ET, dado que la ineptitud (a la) que se refiere dicho precepto también abarca los supuestos de falta de titulación legalmente exigida (STS de 26 de enero de 1998).

El Real Decreto 2490/1998, de 20 de noviembre, por el que se crea y regula el título oficial de Psicólogo Especialista en Psicología Clínica, se suma a los Reales Decretos 127/1984, de 11 de enero, y 2708/1982, de 15 de octubre, que regulan la obtención de los títulos de Médico y Farmacéutico Especialista, respectivamente, para consagrar un sistema de residencia para la formación de especialistas sanitarios.

Ese modelo se ha trasladado a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que distingue la formación pregraduada, que incluye la formación universitaria (capítulo II del título II), y la formación especializada en Ciencias de la Salud, que se acredita mediante el título de especialista, cuya obtención requiere el acceso al sistema de formación correspondiente y completarlo de acuerdo con los programas de formación que se establezcan (capítulo III del título II). La Orden SAS/1620/2009, de 2 de junio, aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Psicología Clínica.

Si el llamamiento para la suscripción del contrato pudo acarrear determinados perjuicios a la reclamante, al renunciar al contrato que había suscrito con otro empleador, al ser incompatible con el contrato a firmar con Osakidetza, tales perjuicios no emanan o derivan, directa o indirectamente, de la actuación del Servicio vasco de Salud, pues, si entre la actuación administrativa y el daño tiene que haber una relación de causalidad, una conexión de causa, en el caso que examinamos no existe esta conexión, pues los perjuicios y daños morales que se esgrimen **son imputables a la propia reclamante que, no solo rellenó de forma inexacta su solicitud, sino que además, pese a conocer, sin duda, que carecía del título exigido, aceptó también la formalización del contrato, siendo su rescisión una consecuencia lógica e inevitable de la falta de titulación.**

DCJA 78/2017 pár. 40 a 50

C) Daños sufridos por el personal al servicio de las administraciones públicas

La Comisión entiende, por el contrario, que no nos encontramos ante un supuesto normal o habitual de responsabilidad extracontractual, en el que la persona perjudicada no guarda relación alguna con la Administración, dado que **doña LHG trabajaba en el centro sanitario, constituyendo la caída un accidente de trabajo.**

Con ello **se plantea si son compatibles las prestaciones previstas en la normativa sectorial con las correspondientes de responsabilidad patrimonial de la Administración y, de ser compatibles, hasta qué punto lo son.**

Supone un hito a este respecto la **sentencia del Tribunal Supremo** (STS) de **12 de marzo de 1991**, dictada en recurso de revisión por la sala especial del artículo 61 LOPJ (RJ 1992/4870), que vino a unificar diferentes criterios jurisprudenciales enfrentados:

> Así ocurre por de pronto en el aspecto principal de la controversia, la compatibilidad o no de la pensión extraordinaria y la indemnización de daños y perjuicios para el caso de fallecimiento de un soldado en acto de servicio. Las Salas Tercera y Cuarta ambas de lo Contencioso Administrativo entonces, habían dado una respuesta negativa al dilema por considerar que el resarcimiento del daño producido quedaba cubierto por la pensión [SS. 9-2-1987 (RJ 1987/2914) y 21-3-1989 (RJ 1989/2259)], mientras que la Sección Primera de la actual Sala Tercera, en la decisión ahora impugnada, adopta la solución opuesta.
>
> La sentencia adopta el "criterio favorable a la compatibilidad de la pensión extraordinaria, ya reconocida y la indemnización de daños y perjuicios que concede la sentencia impugnada. Aquélla es una evaluación apriorística y objetiva del quebranto mínimo de carácter exclusivamente económico sufrido por razón de parentesco. No cuida, pues, de individualizar o matizar los perjuicios cuantitativa y cualitativamente, en función de las distintas circunstancias personales, familiares o profesionales. Por tanto, tal pensión extraordinaria es por sí misma insuficiente y está necesitada de un complemento que le sirva para conseguir la plenitud de la reparación".

El criterio ha ido desarrollándose, entendiendo hoy la jurisprudencia que en esta materia debe diferenciarse si se trata de funcionamiento normal o anormal del servicio público, no procediendo la apreciación de responsabilidad patrimonial cuando nos hallamos en el primer caso, en el que sólo cabrán las indemnizaciones que, en su caso, señale la normativa sectorial.

Únicamente en supuestos de funcionamiento anormal del servicio público, y siempre que tal funcionamiento anormal no se deba al funcionario que reclame la indemnización, cabe compatibilizar las prestaciones que establezcan la normativa sectorial (leyes laborales o leyes de clases pasivas), **con las correspondientes al instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Y por último, a modo de cierre, **el resultado de la compatibilidad de prestaciones, cuando procedan, no puede suponer enriquecimiento injusto del perceptor**, **por lo que cuando esto ocurra habrá que ajustar las cantidades correspondientes por responsabilidad patrimonial en la medida de las recibidas vía leyes laborales o de clases pasivas.**

Así lo recoge, entre otras, la STS de 23 de abril de 2008 (RJ/2008/2730):

> Conviene precisar ante todo que cuando, como en este caso, la reclamación dirigida a la Administración se plantea por personal dependiente de la misma en razón de daños sufridos con ocasión de la prestación del servicio, la cuestión a resolver ha de partir de la normalidad o deficiencia en la prestación del servicio y de si, en este último supuesto, tal deficiencia es o no imputable al funcionario o servidor público.
>
> Así lo hemos declarado en sentencia de 1 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2358) y reiteramos en la de 14 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6479). Como en ellas decimos, en el supuesto de funcionamiento normal el servidor público asume voluntariamente un riesgo que, de acuerdo con la Ley, tiene el deber jurídico de soportar, por lo que el daño no sería antijurídico y la Administración no vendría obligada a indemnizarle por el concepto de responsabilidad patrimonial, sino con las prestaciones previstas expresamente en el ordenamiento jurídico aplicable a su relación estatutaria, siendo éste el criterio mantenido en la sentencia de esta Sala de 10 de abril de 2000 (RJ 2000, 3352), aunque la doctrina expuesta no tuviese reflejo por razones procesales en su parte dispositiva.
>
> Por el contrario, y en caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o normalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma conducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal requerido por el apartado 1 del artículo 139 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, o si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.
>
> En el caso de que ninguna participación hubiese tenido el funcionario o servidor público perjudicado en el resultado producido, debe ser cabalmente resarcido e indemnizado por la Administración Pública de los daños y

perjuicios que se le hubiesen irrogado hasta alcanzar su plena indemnidad, salvo que hubiese cooperado en el funcionamiento anormal del servicio, en cuyo caso la indemnización habrá de moderarse en atención a su grado de participación.

La **STS de 7 de julio de 2008** (RJ/2008/3418) **establece que** en supuestos en que cabe **la compatibilidad entre diferentes prestaciones**, la correspondiente a la responsabilidad patrimonial **solo alcanza a cubrir aquellas daños que no lo hubieran sido por las prestaciones establecidas en la normativa sectorial:**

> Para fijar la cuantía de la indemnización, es preciso recordar que esta Sala admite que un mismo suceso puede dar lugar a pensión extraordinaria de clases pasivas y a indemnización por responsabilidad patrimonial. Esta compatibilidad se basa en el principio de reparación integral del daño. Por ello, cabe exigir a la Administración que indemnice aquellas consecuencias del suceso lesivo que no hayan quedado cubiertas por la pensión extraordinaria (STS 1 de octubre de 2002 (RJ 2002,9785), 10 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 315), 2 de julio de 2004 (RJ 2004, 6035), entre otras).

Y la **STS de 17 de enero de 2007** se pronuncia en los siguientes términos:

> Constituye doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala el que 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 y 12 de mayo de 1998 y reiteramos en la más reciente de 24 de enero de 2006 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.
>
> En el presente caso, la sentencia de instancia parte del expreso reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración y acepta igualmente el principio de compatibilidad de las pensiones percibidas en la vía laboral con la reparación de los daños y perjuicios, y tiene en cuenta aquella jurisprudencia a que antes hacíamos referencia acerca de que no cabe prescindir de las cantidades percibidas en otras vías al objeto de fijar la cuantía de la indemnización que, si bien es cierto que debe conseguir la plena indemnidad o reparación integral, también lo es que no puede dar lugar a un enriquecimiento ilícito.

Analizando el supuesto que nos ocupa a la luz de la doctrina expuesta, comenzaremos por señalar que, **aunque** doña LHG **no pertenece a la plantilla de Osakidetza,** sino a una empresa contratista que realiza determinados servicios para esta, **su relación resulta equiparable a estos efectos al personal al servicio de la Administración.**

En cuanto a la circunstancia de normalidad o anormalidad del funcionamiento del servicio público que constituyó la causa del daño, hay que entender que la persistencia de los charcos de agua en el sótano no se compadece con un estándar admisible de servicio, por lo que **debe considerarse que el daño estuvo causado por unas condiciones de seguridad deficientes** del pasillo del sótano, **por lo que resultan compatibles la prestaciones previstas en la normativa laboral por accidente de trabajo con las propias de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Pero, como se ha dicho, **las prestaciones resultantes de la normativa sectorial, deben ser, en su caso, "completadas" por la vía de la responsabilidad patrimonial, hasta alcanzar la indemnidad.**

En consecuencia, para la determinación del *quantum indemnizatorio*, dado que aún no han sido determinadas la prestaciones que corresponde percibir por accidente laboral, procede continuar con la instrucción del procedimiento por parte del órgano instructor, con el fin de, una vez conocidas tales prestaciones, determinar si deben ser complementadas por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Se trata, en su caso, **de sustraer de la indemnización correspondiente por responsabilidad patrimonial aquellas cantidades que deben ser abonadas en base al régimen sectorial de aplicación,** si estas resultan de menor cuantía que aquellas, todo ello con el fin de alcanzar la indemnidad, evitando el enriquecimiento injusto del particular.

DCJA 61/2017 pár. 30 a 43

IV. Responsabilidad patrimonial por sectores

A) Administración electoral

En el presente caso, **la reclamación se plantea por un posible abuso en el deber de participación en los procesos electorales al ser designado como miembro de la mesa electoral hasta en cuatro procesos electorales diferentes**, si bien la Comisión no aprecia que se haya producido daño alguno al reclamante.

Tal y como ha tratado de aclarar **el ayuntamiento, su intervención en la formación de las mesas electorales se reduce a la designación de los miembros por sorteo público entre la totalidad de las personas incluidas en la lista de electores y electoras de la mesa correspondiente.**

La designación como miembro de mesa para un proceso electoral no supone la continuidad de la designación para el siguiente, aunque **nada impide que, en virtud del sorteo, se pueda ser designado miembro de mesa electoral en procesos consecutivos.**

El ayuntamiento recuerda también acertadamente que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de régimen electoral general, establece que **los cargos de presidente y vocal de las mesas electorales son obligatorios,** por lo que, más allá de las posibilidades que la propia ley otorga para no aceptar el cargo, **no sería antijurídico cualquier posible perjuicio, incluso de carácter moral, derivado de esa designación, y no otorgaría derecho a ninguna indemnización**, más allá de las dietas que son aprobadas al efecto.

En cualquier caso, en el concreto caso de don JANS, el servicio competente del ayuntamiento informa que, analizados los datos desde el año 2004, **consta una sola designación para una mesa electoral,** como segundo suplente de vocal primero, en las elecciones generales celebradas el 20 de diciembre de 2015, **situación que no coincide en absoluto con lo planteado por el reclamante.** No cabe, por tanto, ningún otro análisis sobre los elementos que pueden originar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

DCJA 74/2017 pár. 15 a 19

En primer lugar, es importante recordar los términos en los que se plantea la vulneración de los derechos que sustentan la petición resarcitoria. En la reclamación se afirma que: "…desde el momento en que se filtran, sin su consentimiento, ni habilitación legal de ningún tipo sus datos personales (en concreto: nombre y apellidos; número y letra del Documento Nacional de Identidad; colegio electoral correspondiente; cargo a ocupar en la mesa electoral, además de los datos identificativos de la propia mesa ─número, distrito, sección─) presentes en un fichero público", se genera un daño que "tiene una doble vertiente, primero como vulneración del derecho a la protección de datos personales, segundo como daño moral derivado de la vulneración de mi derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a mi propia imagen, todo como consecuencia de la actividad desplegada por un servicio público".

Este enfoque articula la pretensión indemnizatoria sobre un doble fundamento: el artículo 19 LOPD y los artículos 7 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

Por ello, conviene realizar una primera precisión sobre los derechos fundamentales que se dice han resultado afectados por la actuación de la Administración.

De acuerdo con la constante doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata de derechos autónomos, cada uno tiene sustantividad propia, de tal modo que la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás (entre otras, STC 81/2001, de 26 de marzo, o STC 156/2001, de 2 de julio).

Sin necesidad de mayores razonamientos, se puede afirmar que en el caso suscitado no se ven concernidos el derecho al honor ni el derecho a la propia imagen del reclamante.

En cuanto al derecho a la intimidad resulta importante recordar que los datos del reclamante afectados por la filtración (nombre, apellidos y DNI) no forman parte del ámbito propio y reservado al conocimiento de los demás, que es lo que garantiza el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE.

Los citados datos vendrían a referirse a aspectos incluidos en el ámbito de protección dibujado por el derecho fundamental del artículo 18.4 CE que, como ha precisado el Tribunal Constitucional, consagra en sí mismo un derecho o libertad fundamental que "… excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art.18.1 CE) y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos, insertos en un programa informático (habeas data) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención" (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

En esa línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha indicado que el objeto del derecho de protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad. Aquel amplía la garantía constitucional de este, en la medida en que el derecho a la protección de datos incluye "aquellos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales, y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado" (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

Por ello, a lo que ahora nos interesa, el ámbito del artículo 18.4 CE, siempre conforme a la doctrina constitucional, integra no solo los datos íntimos de la persona sino también cualquier tipo de dato personal (íntimo o no) cuyo conocimiento por terceros pueda afectar sus derechos (fundamentales o no) porque su objeto precisamente es la protección de los datos de carácter personal no solo la protección de los datos íntimos (para lo que sería suficiente el artículo 18.1 CE).

De tal forma que el artículo 18.4 CE alcanza a "...aquellos datos personales públicos que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos" (STC 292/200, de 30 de noviembre).

De lo hasta aquí expuesto se puede inferir que la filtración del nombre, apellidos y DNI del reclamante ha podido percutir en su derecho fundamental a la protección de datos ex artículo 18.4 CE, pero a ello no cabe añadir —como sostiene la reclamación— una vulneración autónoma del derecho a la intimidad, puesto que los datos filtrados no forman parte del ámbito propio y reservado al conocimiento de los demás, que es lo que —insistimos— preserva el derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE.

El supuesto planteado no versa, por tanto, sobre la supuesta "revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela", a que se refiere el artículo 7.4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. En el caso, los datos "revelados" son datos personales pero no íntimos ni privados en el sentido ya expuesto de datos cuya revelación objetivamente materializaría una injerencia indebida en la vida íntima de cualquier persona.

Esta inicial delimitación conlleva que la reclamación de don DAL haya de ser resuelta en el marco de la LOPD; precisión cuya relevancia para el caso se aprecia al comparar la regulación del derecho al resarcimiento en esta norma y la que contempla la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

En efecto, el artículo 9.3 de esta última ley señala que: "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

El precepto establece, como afirman los tribunales (entre otras, SSTS de 5 de junio de 2014 y de 26 de abril de 2017), una presunción *iuris et de iure* según la cual, cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la propia imagen o la intimidad de una persona, se presume la existencia de un perjuicio indemnizable; ello lógicamente no eximirá a quien reclame una indemnización la prueba adecuada de su efectividad y alcance.

La LOPD, sin embargo, establece el derecho al resarcimiento de modo diferente. Contiene diversos procedimientos para proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales ex artículo 18.4 CE; así, el declarativo sobre la existencia de una desprotección, el sancionador para corregir las infracciones detectadas y el que ahora examinamos dirigido a la reparación del daño.

El derecho al resarcimiento se contempla en el artículo 19 LOPD, cuyo apartado 1 señala que: "Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados".

Tal y como en otras ocasiones ha señalado la Comisión (entre otros, Dictamen 210/2010), el artículo 19 LOPD define el derecho a la indemnización a partir de dos elementos: por un lado, el incumplimiento de la LOPD y, por otro, que ese incumplimiento haya ocasionado un daño.

Si la autora del incumplimiento es una Administración, además para que nazca el derecho al resarcimiento deberán cumplirse los requisitos del régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas antes expuestos y que, en particular, para el daño exige que sea real, efectivo, individualizable, económicamente evaluable, vinculado causalmente al incumplimiento y antijurídico.

Como consideración colateral cabe dejar apuntado que el nuevo Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), destina su artículo 82 al régimen indemnizatorio.

A diferencia de la Directiva 95/46/CE, la nueva norma comunitaria introduce en el derecho de la Unión Europea (UE) el derecho a la indemnización de las personas por los daños que sufran por el tratamiento ilegal de sus datos de carácter personal. Del mandato a los estados para que contemplaran el derecho a la indemnización que contenía la citada Directiva 95/46/CE, el nuevo Reglamento general pasa a configurar un régimen de resarcimiento común y aplicable en todos los estados.

A lo que ahora nos interesa, este régimen indemnizatorio, en lo atinente a los aspectos que suscita la consulta planteada, no conlleva ninguna modificación sustancial. Al igual que en el régimen del artículo 19 LOPD requiere un incumplimiento previo (si bien referido a un espectro normativo más amplio que la LOPD) junto a la existencia de un daño material o inmaterial producido por el tratamiento ilegal de los datos de carácter personal.

Sin perjuicio de que la doctrina más autorizada abogue por aprovechar la obligada adaptación de la LOPD a la norma comunitaria para perfilar con más detalle el régimen resarcitorio de su artículo 19, lo cierto es que el reglamento general no incorpora ninguna presunción sobre la existencia de perjuicio por lo que, en definitiva, también con el régimen que se va a implementar en todos los estados miembros a partir del 25 de mayo de 2018, quien reclame una indemnización estará obligado, como ahora, a probar la existencia, efectividad y alcance del daño.

Por último, en atención a las circunstancias que presenta el caso, en este acercamiento inicial es necesario también observar el concreto objeto de la filtración indebida.

Según recogen los hechos, **se filtró el documento que contenía el listado completo del resultado del sorteo celebrado en el Ayuntamiento** de Vitoria-Gasteiz el 30 de mayo de 2016 **para la designación de las personas que debían ocupar los cargos de presidente, vocal y suplentes de las mesas electorales**, en los comicios del 26 de junio.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 18 de julio, del régimen electoral general, ese sorteo ha de ser público ("El presidente y los vocales de cada mesa son designados, por sorteo público entre la totalidad de las personas incluidas en la lista de electores de la mesa correspondiente").

Es cierto que esta circunstancia no puede ser empleada como factor para excluir la existencia de las infracciones imputadas [artículo 22.3.g) y 22.2.e) de la Ley 2/2004], pues, como fue explicado en el expediente sancionador, la previsión legal del sorteo público no puede subsumirse en los supuestos establecidos en el artículo 11.2.a) de la LOPD para que decaiga la exigencia del consentimiento previo del titular de los datos. Pero la publicidad del sorteo sí podrá y deberá ser tenida en cuenta en el examen de la reclamación de la responsabilidad.

Hechas las precedentes precisiones, ya en el examen del caso, **se comprueba en primer término la existencia de dos incumplimientos al artículo 22.3.g) y 22.2.e) de la Ley 2/2004 declarados como tales por la AVPD** en su Resolución de 10 de enero de 2017.

Concurre, por tanto, el presupuesto exigido en el artículo 19 LOPD de la (el incumplimiento de la norma legal). No obstante, según lo antes apuntado, la constatación del incumplimiento no conlleva el nacimiento de la obligación de

responder. **Para que nazca dicha obligación deben concurrir todos y cada uno de los requisitos que exige el instituto de la responsabilidad patrimonial**.

Como destaca la doctrina, en las reclamaciones por incumplimientos de la LOPD tal vez el **punto más conflictivo sea el referido al requisito del daño real y efectivo**. El caso que analizamos es buena muestra de esa dificultad.

El daño cuyo resarcimiento se pide se describe en los siguientes términos: "…Con respecto a la evaluación económica del daño, la jurisprudencia española habla de daño moral 'puro' y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrean ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente evaluables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado".

Más adelante concreta que se trata del daño definido por la jurisprudencia "como el sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud provocada por quien causa la lesión, se trata del sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extra-patrimonial o de la personalidad". La propia reclamación consigna que "se exige que este daño pueda objetivarse por la exteriorización de datos y circunstancias concretas, que son las causantes de la sensación de zozobra, desasosiego, angustia o ansiedad que representa el daño moral (STS de 7 de marzo de 2005)".

Esa descripción abstracta de la noción y características del daño moral en la jurisprudencia no se acompaña, sin embargo, de prueba alguna sobre la producción de un daño semejante en el caso. La importante actividad desplegada para justificar la cifra indemnizatoria pedida contrasta, así, con la **total ausencia de actividad dirigida a probar en qué modo el incumplimiento producido pudo ocasionar al reclamante una situación de angustia, zozobra o desasosiego y cuáles fueron los perfiles de esa situación.**

La reclamación adopta una premisa equivocada, según la cual, los incumplimientos sancionados vendrían a demostrar la existencia de un daño moral. Parece, así, asumir que la LOPD contiene una presunción *iuris et de iure* como la del artículo 9 de la Ley 1/1982, de 30 de noviembre. Pero, según lo antes expuesto, esa no es la configuración legal del régimen resarcitorio del artículo 19 LOPD, al margen de que tampoco dicha presunción exime al titular del derecho fundamental vulnerado del cumplimiento de la obligación de probar los concretos perfiles del perjuicio padecido.

La Comisión comparte, así, la propuesta de resolución del ayuntamiento y considera que en el **caso examinado falta el requisito del daño real y efectivo que exige el instituto de la responsabilidad patrimonial.**

En primer término, siguiendo las pautas de la propia doctrina jurisprudencial que el reclamante cita, es de ver que en su caso **no contamos con ninguna circunstancia acreditada que permita sostener —siquiera indiciariamente— la producción de un daño moral.**

En efecto, no examinamos, por ejemplo, la indebida inclusión de una persona en una lista de morosos (lo que ya objetiva una lesión al derecho al honor y hace verosímil la creación de una situación de desasosiego ante el conocimiento por terceros de una situación de insolvencia o de una conducta indiligente en el pago de deudas). Tampoco se analiza una filtración de datos íntimos (por ejemplo, sanitarios) en medios de comunicación o redes sociales, suceso que en principio y en función de cuáles sean los datos y su difusión, permite considerar verosímil la generación de una situación de ansiedad, al verse expuesto el titular del derecho al juicio social. Ni siquiera se está ante la difusión de datos personales que por el contexto en el que se producen (p.ej.: listado de perceptores de unas determinadas ayudas o de personas sancionadas o infractoras, etc.) permita sostener que objetivamente pudiera generar estados de incertidumbre, zozobra o frustración reconducibles al ámbito propio del daño moral.

Al contrario, **la filtración indebida del nombre, los apellidos y el DNI, en principio, difícilmente puede ser considerada como un hecho que *per se* cuente objetivamente con potencialidad para causar sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud en el titular de los datos personales**. Desde luego, sin explicación alguna, no es fácil imaginar en qué medida el contenido de la información pudiera haber sido empleada para infligir al reclamante un daño moral.

Conoce la Comisión que en la resolución sancionadora de la AVPD se afirmó que "…la puesta indiscriminada a disposición de terceros de esa información personal, puede generar importantes afectaciones a su derecho a la privacidad. No puede obviarse, que la difusión a través de whatsapp permite tratamientos masivos de datos, permite también su utilización para finalidades distintas para las que estos datos se trataron y la creación de bases de datos privados". No obstante, en el ámbito de análisis que nos corresponde (bien distinto al que ha de realizarse cuando se ejerce la potestad sancionadora)

ese mismo argumento corrobora el carácter hipotético (no real ni efectiva) de la posible afectación al derecho a la privacidad del reclamante.

A todo ello, en el caso se añade el hecho de que **los datos personales indebidamente divulgados son el resultado de un sorteo al que el régimen legal electoral otorga un carácter público.** Aunque esta circunstancia no sirva —como se ha expuesto— para excluir la existencia de una infracción a la LOPD, sí debe ser tenida en cuenta a la hora de enjuiciar el daño alegado.

En particular, si ya los concretos datos personales divulgados se ubican lejos del núcleo de los datos íntimos o privados a cuya indebida difusión cabe otorgar la capacidad de crear en su titular situaciones de zozobra o desasosiego por verse expuesta facetas de su vida intima o privada, la posibilidad de que la filtración del resultado del sorteo pudiera provocar un efecto negativo o perturbador en el estado de ánimo de don DAL se vuelve más inverosímil.

Y, si ampliamos la perspectiva, **de aceptarse el planteamiento de la reclamación** (un daño moral que se afirma sin prueba alguna con la única y exclusiva base del incumplimiento), **vendríamos obligados a concluir que idéntico daño moral se habría infligido a todas y cada una de las personas que aparecían en el listado**, a las que habría que abonar la cantidad de 107.945,80 € pues nada hay en la reclamación que permita personalizar el daño moral alegado. Esta conclusión resulta **incompatible con la naturaleza y concepto del daño moral —por definición inseparable de las circunstancias individuales y subjetivas de quien lo padece—** y se revela a todas luces disconforme con el artículo 19 LOPD.

En realidad, el caso examinado resulta a la postre un buen ejemplo de la corrección de la solución legal que establece dicho artículo 19 LOPD, por cuanto anuda el derecho a ser indemnizado, no al incumplimiento, ni al daño hipotético que este pudiera producir, sino a la lesión real y efectiva, debidamente acreditada, que aquel haya ocasionado en el patrimonio jurídico (material o inmaterial) del titular del derecho a la protección de datos.

En este caso es notorio que no hay prueba alguna sobre el daño, que erróneamente se ha dado por supuesto, habiéndose centrado el esfuerzo probatorio del reclamante en justificar la cuantía pedida.

Por último, para dar respuesta a todas las cuestiones que suscita la reclamación, también si nos fijamos en la cuantificación vuelve a evidenciarse lo artificioso del planteamiento de la reclamación.

Los dos informes aportados por el reclamante se centran en identificar los medios de comunicación en los que apareció la noticia de la filtración y la repercusión de dicha noticia en las redes sociales. El informe constata las veces que la noticia se publicó en prensa, así como las que se compartió en las redes sociales: Facebook (557), Twitter (68), Google+ (11) y LinkedIn (34).

Enseguida se aprecia la inutilidad de la vía escogida para cuantificar el supuesto daño moral, pues lo que queda acreditado es que los medios de comunicación informaron sobre la filtración pero en modo alguno que divulgaran los datos personales del reclamante (lo que hubiera sido una actuación indebida), por lo que los informes no sirven para probar cuántas personas pudieron acceder a los datos personales del reclamante y del resto de las personas que figuraban en el listado.

También en esta perspectiva se detecta, de nuevo, la huella del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y de los criterios que enuncia para valorar el daño moral (entre los que figura "la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido"). Difusión o audiencia que lógicamente ha de referirse a alguno de los supuestos que la ley ha enumerado previamente en el artículo 7, tales como, la divulgación de grabaciones, manifestaciones, o cartas privadas, hechos de la vida privada que afecten a la reputación o al buen nombre de las personas o sus familias, fotografías, imágenes en lugares o momentos de su vida privada, utilización del nombre o la imagen de las personas para fines publicitarios o comerciales, etc.

En el caso objeto de análisis, **los medios de comunicación** no divulgaron el hecho que ha constituido la afectación negativa al derecho fundamental a la protección de datos del reclamante. Aquí, los medios **se limitaron a publicar la noticia de la actuación irregular de la Administración municipal y es a esa información (no a los datos del reclamante) a la que pudieron acceder quienes utilizaron las redes sociales, leyeron los periódicos en los que se publicó o la escucharon en las radios** que se hicieron eco de la filtración y sus posteriores vicisitudes (denuncias, actuación de la AVPD, etc.).

DCJA 207/2017 pár. 28 a 76

B) Dilaciones procedimentales indebidas

Con ocasión de la reclamación que da lugar a este dictamen, recordamos, una vez más, que **según la tesis de la parte reclamante, el origen de su perjuicio se encuentra en la omisión en que incurren los pliegos que rigen el procedimiento de contratación y el propio contrato, al no contener la relación de trabajadores con derecho a subrogación. Según la información ofrecida por el pliego de cláusulas administrativas particulares, los lotes adjudicados a SISL se contrataban por primera vez por parte del Departamento de Salud.**

Alega SISL que, como consecuencia de esa omisión, y puesto que la readmisión de los empleados de la empresa ABSA no era factible ya que el servicio se estaba prestando por medio de otros trabajadores contratados, se vio obligada a pagar una indemnización a los trabajadores a quienes asistía el derecho a exigir que la nueva contratista se subrogase como empleadora de los mismos al haberse materializado dicho derecho, en los términos perfilados en el artículo 27 del convenio colectivo de transporte de enfermos en ambulancia (publicado en el BOE el 5 de julio de 2010):

> Cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, o terminación de contrato con entidades privadas, y no decida asumir la plantilla conforme al apdo. E) por mantener actividad suficiente para garantizar la ocupación efectiva de la plantilla asumida, la nueva empresa adjudicataria o contratista, estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos, y los derechos y obligaciones que hayan disfrutado en los seis meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida, siempre y cuando estos provengan de pactos y acuerdos lícitos que se pongan en su conocimiento, debiendo aportarlos a la empresa adjudicataria junto con la documentación pertinente. (…)
>
> a) Dicha subrogación de personal se producirá única y exclusivamente con respecto a los siguientes trabajadores/as:
>
> 1. Personal en activo, con una antigüedad mínima en el servicio objeto del contrato de los últimos seis meses anteriores al inicio del servicio por la empresa adjudicataria, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad al citado periodo de seis meses, hubieran trabajado en otra actividad. (…)

Cabe puntualizar que, objetivamente, el daño que se alega no se vincula causalmente en forma directa con la resolución tardía de los recursos especiales sino, más precisamente, por la combinación en el caso de dos factores ajenos al funcionamiento del OAR: I) **la interposición por parte de dos empresas licitadoras de sendos recursos especiales,** de conformidad con el mecanismo previsto y regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP, con la suspensión *ope legis* de la tramitación del expediente de contratación que determina el artículo 45 TRLCSP una vez interpuesto el recurso [especial] si el acto recurrido es el de adjudicación; II) **la obligación para los nuevos adjudicatarios de subrogarse en determinados contratos laborales que deriva del artículo 27 del convenio colectivo mencionado.**

La afirmación anterior queda verificada por el relato de hechos, que evidencia el momento en que se produjo cada actuación jurídicamente relevante, de las que extraemos las siguientes:

a) La Resolución de 20 de junio de 2012 del Viceconsejero de Sanidad aprobó el expediente para la adjudicación del contrato; aprobó el gasto a que ascendía la contratación; así como los pliegos que regían el contrato. El 28 de junio siguiente se publicó en el BOE el anuncio para la licitación del contrato de servicios referido.

b) El 15 de agosto de 2012 los trabajadores de la empresa ABSA iniciaron la prestación del servicio correspondiente a los lotes 27 y 28, en virtud de la addenda al concierto de 14 de diciembre de 2007 suscrito por esa empresa con el Departamento de Sanidad y Consumo, fechada el 16 de julio de 2012. Esa fecha de 15 de agosto de 2012 marca el inicio del cómputo de seis meses para consolidar, en su caso, el derecho a la subrogación en la empresa que resultara adjudicataria del servicio.

c) El 27 de noviembre de 2012, mediante Resolución del Viceconsejero de Sanidad, se adjudicaron los diversos lotes en los que se dividía el contrato, en concreto, a la empresa SISL los lotes 15, 27 y 28 de ese contrato.

d) **El 19 de diciembre de 2012 DY y CRE presentaron en el registro del OARC, sendos recursos** especiales **en materia de contratación contra la resolución del Viceconsejero de Sanidad de 27 de noviembre de 2012, pretendiendo la anulación de la adjudicación de varios lotes, entre los que se encontraban los adjudicados a SISL. En ese momento se suspendió *ope legis* (conforme al TRLCSP) la tramitación del procedimiento de contratación.**

e) El 20 de junio de 2013 el OARC dictó las Resoluciones 44/2012 y 45/2012, que desestimaban los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por DY y por CRE, y se levantó la suspensión automática del procedimiento.

f) El 27 de junio de 2013 la empresa ABSA comunicó por burofax a SISL la relación de las personas a las que afectaba el derecho a la subrogación.

g) El 30 de junio de 2013 se suscribió el documento contractual entre la Directora de Patrimonio y Contratación en calidad de representante de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la empresa SISL, adjudicataria de los lotes 15, 27 y 28 del contrato de servicios a que nos venimos refiriendo.

h) El mismo 30 de junio de 2013 la empresa ABSA comunicó por carta a los trabajadores con derecho a subrogación su cese en la empresa.

i) SISL comenzó a prestar el servicio de las bases de Bilbao denominadas Bilbao-12 horas y Bilbao 24 horas (lotes 27 y 28 del expediente de contratación) el 1 de julio de 2013, cesando en esa fecha en la prestación de dicho servicio la empresa ABSA.

j) En resoluciones judiciales recaídas (entre marzo y diciembre de 2014) en los procedimientos judiciales seguidos por despido a instancia de cuatro trabajadores cesados por la empresa ABSA y no asumidos por SISL (don AMD, don AGR, don JAML y don JRR), **se condenó a esta última empresa a optar entre readmitirlos o proceder a la extinción del vínculo contractual con abono de la indemnización correspondiente. La empresa SISL optó por extinguir el vínculo e indemnizar a los cuatro trabajadores.**

El OARC, al valorar la conexión causal entre su actuación y el daño padecido por SISL, indica que "si interpretamos que el 15 de agosto de 2012 es el inicio del cómputo del plazo de seis meses para que se produjera la subrogación de los trabajadores a la que se refiere el artículo 27 del convenio colectivo de transporte de enfermos en ambulancia (BOE 5 de julio de 2010), la obligatoriedad de subrogación del adjudicatario de los nuevos contratos administrativos en trámite de adjudicación lo sería a partir del 15 de febrero de 2013, es decir, dentro de los plazos ordinarios de tramitación del recurso especial en materia de contratación que, recordemos, fueron registrados en las dependencias del OARC/KEAO los días 19 de diciembre de 2012 y 15 de enero de 2013. Deduciéndose de ello que el daño reclamado se produjo al margen y con independencia de la actuación de este OARC/KEAO".

La Comisión comparte el criterio expresado en el párrafo precedente al negar la existencia de nexo causal entre la adquisición del derecho a subrogación por parte de los trabajadores y la actuación del OARC en la resolución del procedimiento de recurso especial. Como se recoge también en el informe de ese órgano, "la obligación de subrogación es una cuestión de ámbito laboral, indisponible por los pliegos de licitación pública, que, si bien deben cumplir con la obligación de información a que se refiere el artículo 120 TRLCSP, la omisión de dicha información o su inclusión incorrecta en los pliegos de la licitación no libera a la empresa adjudicataria de su cumplimiento. Téngase en cuenta que los pliegos no son fuente para regular los elementos de la relación laboral. La obligación de subrogarse en determinados contratos laborales por SISL deriva del artículo 27 del Convenio de Transportes de enfermos en ambulancia (BOE de 5 de julio de 2010), por lo que la subrogación será exigible en los términos establecidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación".

En conclusión, considera la Comisión que en el asunto objeto de consulta no cabe estimar la existencia de responsabilidad patrimonial por una dilación indebida en la actuación del OARC, al no haberse constatado que la lesión alegada por la mercantil SISL sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos que ese órgano presta, sino de la generación del derecho a la subrogación (por la aplicación de lo previsto en el artículo 27 del convenio colectivo señalado) **mientras el procedimiento se hallaba suspendido por la sustanciación de los recursos planteados.**

A ese respecto, cabe realizar dos apreciaciones: 1) La empresa SISL, según se ha declarado probado en sede judicial, antes de la formalización del contrato el 30 de junio de 2013, conocía, porque así se lo había comunicado el

anterior empleador, ABSA, que procedía subrogarse como nuevo empleador en las relaciones laborales con los trabajadores que cumplían los requisitos para ello y que identificaba en una relación adjunta. SISL tenía la posibilidad de haber optado por mantener el vínculo contractual con ellos. 2) El derecho a dicha subrogación (con la consolidación por parte de los trabajadores afectados de una antigüedad de seis meses en el servicio) se materializó cuando el OARC se hallaba todavía en plazo para resolver, teniendo en cuenta las normas de aplicación a este respecto, según hemos expuesto en el apartado anterior de consideraciones previas (LRJPAC, en ausencia de otra previsión específica).

A mayor abundamiento, interesa, también, puntualizar, ante las insistentes alegaciones de la empresa reclamante (aunque no sean estrictamente objeto de nuestro análisis los aspectos contractuales, como hemos dejado sentado), que el pliego de condiciones no podía prever el derecho a la subrogación porque en el momento de elaborarse y de aprobarse (e incluso al tiempo de la adjudicación de los lotes a SISL) no existían trabajadores con derecho a subrogación, por no concitarse el supuesto del artículo 27 del convenio colectivo de aplicación.

DCJA 195/2017 pár. 92 a 100

C) Espectáculos públicos

En primer lugar, **la jurisprudencia viene declarando que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos el supuesto de fiestas populares organizadas por los ayuntamientos o patrocinadas por estos**, **aun cuando la gestión de las mismas se realice por comisiones o, incluso, por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal.** Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 29 de octubre de 2001 (RJ 2002/9542):

> La naturaleza objetiva de la responsabilidad de las Administraciones públicas, que constituye un principio cardinal en el régimen administrativo tal como lo regula la CE, debe ser exigido con especial rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo no sólo la propiedad, sino otros bienes constitucionales de la mayor importancia, la vida y la integridad física de las personas, como son las fiestas populares en las que concurren especiales elementos de riesgo. Los Ayuntamientos están obligados entonces a extremar su responsabilidad para prevenir acontecimientos luctuosos y, por ende, a responder patrimonialmente cuando las medidas adoptadas se han revelado ineficaces (sentencias de 13 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6597], 11 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4303], 23 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1280], 25 de mayo de 1995 [RJ 1995, 4031], 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9408], 25 de octubre de 1996 [RJ 1996, 7124], 15 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9357], 4 de mayo de 1998 [RJ 1998, 4593], 19 de junio de 1998 [RJ 1998, 5254], recurso de casación núm. 1711/1994, y 17 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9149], recurso de casación núm. 3489/1994, entre otras).

(…)

Centrándonos en los términos en que se plantea la controversia en el caso analizado, la Comisión puede considerar que ha quedado acreditada la realidad y certeza de los daños sufridos por el reclamante, lo discutido es la existencia del nexo causal.

Es claro, en este caso, que correspondía al ayuntamiento adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar el menoscabo, tanto por su competencia general en materia de policía local y protección civil, que le atribuye el artículo 25.2 f) de la LBRL, como por ser la organizadora del acto festivo, que actuaba en base a la competencia en materia de "ocupación del tiempo libre", reconocida por el artículo 25 2.l) de la LBRL, habiendo recabado las oportunas autorizaciones.

El artículo 17.1.5) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, señala que la ordenación y gestión de la seguridad de las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares y establecimientos de pública concurrencia constituye competencia propia de los municipios.

En tanto que organizadora, la actuación municipal se encuentra sujeta al régimen establecido por la Ley 4/1995, de 10 de noviembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas (en adelante, LEPAR).

De los artículos 17, 18 y 19 de la LEPAR se desprende que la persona física o jurídica, pública o privada, que organiza el espectáculo (i) asume la responsabilidad de su celebración ante el público y la Administración; (ii) debe adoptar las medidas de seguridad e higiene exigibles conforme a la normativa vigente, así como las que, en su caso, especifiquen la autorización (lógicamente, atendiendo a las concretas circunstancias del espectáculo); (iii) asimismo, entre las obligaciones legales que corresponden a la organizadora se encuentra la de exigir al público el cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene; y, ya en fin, (iv) puede establecer requisitos de admisión y normas particulares para el normal desarrollo del espectáculo que se harán públicos convenientemente; requisitos que tendrán como objetivo impedir el acceso a personas que manifiesten comportamientos violentos, o puedan producir molestias a otros espectadores o dificulten el desarrollo normal de la actividad.

La LEPAR configura lo que la doctrina viene denominando responsabilidad por riesgo, que se caracteriza porque la imputación de la responsabilidad se construye en virtud de la creación de una situación que por sus características objetivas implica un riesgo, obligando a quien crea dicha situación a responder de las consecuencias que de aquélla puedan derivar a terceros.

Por otro lado, el Decreto 183/2008, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de **espectáculos taurinos**, establece la normativa que regula el desarrollo de los espectáculos taurinos, debido al riesgo potencial que para el público espectador y actuantes conlleva este espectáculo.

El artículo 5.d) incluye entre los espectáculos taurinos tradicionales a las **sokamuturras** que se desarrollan por las calles o vías públicas.

Con arreglo al artículo 87.1, su celebración requerirá la previa autorización de la Dirección de Juego y Espectáculos, debiendo ser formulada la solicitud con una antelación mínima de 10 días hábiles acompañada por la documentación que relaciona el artículo 87.2, entre la que se incluye:

a) Compromiso suscrito por una o un profesional taurino o por la persona titular de la ganadería para la dirección del espectáculo, así como la relación del personal colaborador que esté capacitado para evitar accidentes y velar por la seguridad de los y las participantes. Dicha relación estará integrada por un mínimo de tres personas, que deberán estar presentes durante la celebración del espectáculo y que serán identificables mediante un brazalete de color vivo u otro medio similar (letra d).

b) Certificación de un arquitecto, arquitecto técnico o técnico equivalente, acreditando que las instalaciones, recinto o recorrido preparado para la celebración del espectáculo reúne las condiciones de seguridad y solidez suficientes. Si las instalaciones tuvieren graderío, se certificará acerca de la solidez y seguridad del mismo, así como sobre su aforo (letra e).

En su artículo 94 establece que la persona organizadora asume la responsabilidad derivada de la celebración del espectáculo y en el artículo 95, que los miembros de la Unidad de Juego y Espectáculos de la Ertzaintza controlarán la celebración de los espectáculos taurinos tradicionales, debiendo suspender la celebración del espectáculo, entre otros, en el supuesto siguiente: "Cuando las condiciones de seguridad del recinto o lugar donde se celebre el espectáculo puedan verse gravemente comprometidas con peligro para personas y bienes" (letra a).

Por último, como requisito previo a la autorización, el artículo 98.4 exige a la organizadora la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos derivados de su celebración.

En suma, **el ayuntamiento era el responsable tanto de adoptar las medidas preventivas como de ejecutar las medidas de seguridad necesarias durante el desarrollo de la sokamuturra, sin que, a través del compromiso suscrito por el ganadero dueño de las reses y que asume la dirección del festejo, le transfiriese dicha responsabilidad y la de soportar los riesgos inherentes a su defectuoso ejercicio**.

El reclamante alega que no participaba en el festejo y que, tras escuchar el cohete que anunciaba la salida de la vaquilla, "se refugió tras la valla metálica colocada por el consistorio frente al portal del restaurante … de Pasaia. Al pasar la vaquilla, se desplazó la valla al no encontrase anclada mediante ningún sistema, quedando al descubierto el declarante. Puesto que la vaquilla había rebasado su posición llegando supuestamente a la plaza Santiago, el declarante, se dispuso a buscar protección en otro punto, cuando en un momento determinado la vaquilla volvió tras sus pasos, sorprendiendo al declarante que resultó embestido sufriendo lesiones de consideración".

La propuesta de resolución no discute la posible responsabilidad municipal en este caso, pero esgrime el estricto cumplimiento de las medidas de seguridad exigibles, debidamente acreditadas en el acta de celebración del espectáculo taurino, y **la ruptura del nexo causal, ya que podría ser el propio proceder del reclamante el causante de la embestida.**

Por lo que se refiere al cumplimiento por parte del servicio municipal imputado de todas las medidas de seguridad exigidas para la celebración de festejos taurinos, consta en el procedimiento que se solicitaron y obtuvieron las autorizaciones pertinentes y se emitieron los informes favorables al respecto, constatándose el cumplimiento de tales requisitos.

En concreto, respecto a los elementos utilizados, el informe del jefe de Servicios, Seguridad y Mantenimiento del Ayuntamiento de Pasaia de 7 de julio de 2014, sobre las condiciones en las que se celebrarán las sokamuturras organizadas durante las fiestas de Pasai Donibane, señala que **a lo largo del recorrido, en tanto que hay bastantes puertas de entrada a viviendas y escaleras, para cerrar la zona se colocaran vallas móviles metálicas, a fin de hacer seguro el recorrido, e identifica los números de los portales donde se colocaran** (las vallas se enumeran y alcanzan el número de 22).

También certifica que **las vallas cumplen todas las condiciones de seguridad y solidez** y especifica que antes de que comience la sokamuturra se comprobará que se cumplen todas las medidas de seguridad, y durante su celebración los policías municipales y los miembros de la comisión de fiestas se ocuparan de que tales medidas de seguridad se sigan cumpliendo.

La Resolución de 15 de julio de 2014, de la Responsable Territorial de Gipuzkoa de la Dirección de Juegos y Espectáculos del Gobierno Vasco, por la que se autoriza la celebración de espectáculos taurinos tradicionales los días 25 y 31 de julio de 2014 en Pasai Donibane, constata, de conformidad con el citado informe, que "los vallados a colocar para la celebración del espectáculo taurino tradicional, reúnen las condiciones de seguridad y solidez necesarias para el normal desarrollo de este tipo de espectáculos".

Por su parte, el Acta de celebración de espectáculos taurinos tradicionales, suscrita el 31 de julio de 2014 por la Unidad de Juegos y Espectáculos del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco, valora el cumplimiento de las condiciones de la autorización como correcto, también del estado del vallado.

Considera la Comisión que en este supuesto, el ayuntamiento ha acreditado debidamente el cumplimiento estricto de todas las medidas de seguridad encaminadas a evitar todos aquellos riesgos derivados de la celebración de este tipo de festejos, sin que por el hecho de que se tratara de vallas móviles y no estuvieran ancladas al suelo evidencie ningún signo de anormalidad en la actuación de la Administración para poder admitir su responsabilidad.

Las vallas móviles tenían por objeto cerrar el recorrido para hacerlo más seguro, sin que estuviera previsto que se colocaran para que los espectadores contemplaran la sokamuturra y les sirvieran de protección.

Por el contrario, **estando el reclamante en un punto del recorrido de la sokamuturra**, a la altura del restaurante …, **recorrido debidamente acotado para su celebración, se puede racionalmente inferir que participaba en la sokamuturra, por lo que asumió libremente los riesgos que se derivaban de su conducta**, esto es, el peligro de que pudiera ser embestido por la vaquilla.

En modo alguno ha quedado probado que no era un participante sino un mero espectador, y menos aún que la cogida se produjera en las circunstancias que relata.

En cualquier caso, aun admitiendo su versión, si se trataba de un lugar que no era adecuado para presenciar la sokamuturra, por la falta de anclaje de la valla, lo cual no resulta discutido, al permanecer en dicho lugar, pese al notorio y evidente peligro que ello suponía, puede decirse que asumió voluntariamente el riesgo de que la vaquilla la desplazara o derribara.

Es más, con arreglo a esa hipótesis, tampoco se comprende por qué, si la valla se desplazó y le dejó al descubierto, no procedió a colocarla de nuevo en su posición original, sin buscar protección en otro lugar, lo que hubiera evitado que fuera sorprendido en ese momento por la vaquilla.

Una vez acreditado que la Administración municipal organizadora ha tomado todas las precauciones que exige la organización de espectáculos taurinos tradicionales, habiendo sido autorizada y controlada la celebración por el

Departamento de Seguridad del País Vasco, procede concluir de igual forma que lo hacía la Sentencia de instancia, que confirma la STS de 22 de octubre de 2010 (RJ 2010/7457):

> De cuanto se deja dicho se sigue que, puesto que fue la propia voluntad de … el participar en los festejos y que fue su no adecuada respuesta a la envestida del animal, basada, bien en su incapacidad, en su estado o en cualquier otra circunstancia personal, lo que determinó que fuese golpeado, es lo cierto que sólo cabe entender que la responsabilidad de los hechos sólo se pueden imputar al propio lesionado, quien asumió de manera totalmente voluntaria las consecuencias de su actuar, sin que en los mismos tenga la más mínima relevancia la actuación de las administraciones demandadas, ya que sólo el comportamiento del administrado determinó las consecuencias perjudiciales padecidas, lo que conduce a entender que la relación entre el actuar administrativo y el resultado dañoso quedó rota por el proceder del perjudicado, a quien no le es dado imputar a tercero las consecuencias de su actuar libremente asumido.

La doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en casos idénticos o similares, aplican el criterio de la "culpa exclusiva" por asunción del propio riesgo creado. En tal sentido SSTS de 13 febrero de 1997 (RJ 1997, 701), 3 abril y 18 junio 1997 (RJ 1997, 5416), relativas a un participante como corredor, o las SSTS de 14 abril 2003 (RJ 2003, 3706), de 10 de febrero de 2006 (RJ 2006, 675), o 20 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1851), respecto a un participante activo en el encierro de vaquillas.

En consecuencia, a la vista de lo razonado, **no procede declarar la responsabilidad patrimonial** del Ayuntamiento de Pasaia, ante la inexistencia de relación de causalidad entre su actuación como organizadora del espectáculo taurino tradicional y las lesiones sufridas por el interesado.

DCJA 185/2017 pár. 24 a 54

D) Mantenimiento de vías públicas

Por defectos en calzadas y carreteras

En el caso, resulta difícil considerar que el lugar donde cayó doña MAF fuera objetivamente una fuente de riesgo para los peatones, ya que la calzada (a salvo los lugares habilitados para el paso de estos, tales como los pasos de cebra) se destina para la circulación de vehículos. Por tanto, en principio, son estos (y no los peatones) los que deben ser tomados en cuenta a la hora de fijar el estándar de rendimiento exigible al servicio público de mantenimiento de las calzadas.

Asimismo, en el caso examinado, aceptar la tesis de la reclamación conlleva considerar **que la obligación de la Administración municipal de conservar y mantener las aceras y las calzadas comparten el mismo nivel de exigencia**, lo que **no resulta acorde con el señalado test de razonabilidad**.

Y, por último, es también obligado recordar que de forma reiterada la Comisión considera que no concurre una infracción del estándar de funcionamiento normal del servicio municipal de mantenimiento de las aceras cuando en estas hay desperfectos con un desnivel que no excede de los 2 o 3 cm, por cuanto estima que **debe asumirse la imposibilidad de garantizar que en las aceras no haya pequeños desniveles del firme.**

Si esto es así para las aceras, vías públicas reservadas a los peatones, **con mayor razón un bache en una calzada para los vehículos** ─cuyo desnivel con el firme del asfalto no traspasa ese límite─ **no podrá considerarse una deficiencia con entidad suficiente para generar la responsabilidad patrimonial** del ayuntamiento por un funcionamiento anormal de su servicio de mantenimiento de las vías públicas.

DCJA 28/2017 pár. 47 a 50

Por defectos en las vías públicas

En esta perspectiva, en el caso surge una primera conclusión, el ayuntamiento está obligado a vigilar que las calles y las calzadas se encuentren en condiciones de seguridad, pero tal obligación no es ilimitada ni cabe trasladar al ám-

bito municipal, automáticamente y sin examinar las circunstancias concurrentes, la responsabilidad que corresponde al titular del vado, responsable de su mantenimiento y conservación.

De acuerdo a los criterios expuestos de fijación del estándar de funcionamiento del servicio público en términos de razonabilidad, estima la Comisión que para que esa traslación pudiera operar sería necesario acreditar que el día en que se produce el daño el espacio público ocupado por el vado presentaba unas condiciones de conservación tan deterioradas que para cualquier persona generaban un riesgo cierto de caída.

Solo un estado objetivo de deterioro (y no deducir este de la caída) permitiría sostener la existencia para los servicios municipales de una obligación de intervenir y desplegar una actividad preventiva: de señalización del riesgo, de requerimiento al titular de la reserva de vado para la reparación de las deficiencias detectadas o, en última instancia, de ejecución a costa de aquel de la reparación necesaria.

Sin embargo, de las fotografías que obran en el expediente, correspondientes a las fechas en que se produjo la caída (la labor instructora consistente en inspecciones del lugar en fechas posteriores es, a estos efectos, irrelevante), no se concluye un deficiente estado de conservación del rebaje. Las fotografías reproducen una acera y un rebaje del vado con un estado de mantenimiento adecuado.

En concreto, centrados en el rebaje, este no aparece pintado. Se observa que en algunos puntos hay restos de pintura y, en otros, está borrada.

La parte reclamante alude a una acreditación sobre el mal estado de la pintura del rebaje que dice no cumplía su función antideslizante.

Al margen de que este es un extremo que tampoco ha sido acreditado puesto que, como hemos señalado, la prueba que sobre el mismo propuso el reclamante no ha sido finalmente aportada, debe asimismo tomarse en cuenta que el artículo 16 de la Ordenanza de vados, al regular la señalización horizontal de estos, determina que "Los rebajes de bordillo no se pintarán".

Por lo que, de acuerdo con el estándar que delimita la ordenanza, **el hecho de que el rebaje hubiera perdido su pintura no puede considerarse una deficiencia relevante a efectos del nacimiento de la obligación del ayuntamiento de intervenir y, en consecuencia, a efectos de poder imputar a este el daño, al no haber desplegado la actividad debida.**

En definitiva, el expediente no acredita cómo se produjo la caída. Tampoco de lo instruido puede inferir la Comisión que el estado de conservación del rebaje infringiera el estándar que, de acuerdo con la situación social y económica, era exigible al Ayuntamiento de Bilbao en el desarrollo de la actividad de vigilancia que le corresponde sobre las condiciones de conservación y mantenimiento de los vados por sus titulares.

DCJA 53/2017 pár. 44 a 52

De inicio, no puede atribuirse a los servicios municipales ninguna actuación irregular o funcionamiento anormal. Las cintas señalizadoras se colocaron por los miembros del Servicio de Prevención y Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento tras detectarse una colmena de abejas en el interior de un árbol en ese mismo lugar. Tal y como hemos hecho constar en el relato de hechos, al no poder sacar el enjambre, rociaron de insecticida y taparon los agujeros de acceso con silicona y procedieron a acotar la zona con una cinta de balizamiento para proteger a los viandantes en el entorno de la zona de actuación; acción que consideramos irreprochable.

La cinta en cuestión era reconocida como propia de los bomberos, por lo que se presume fácilmente visible, y la zona en cuestión se encuentra debidamente iluminada.

Los diferentes informes aportados durante la instrucción dan cuenta de un funcionamiento normal de los servicios municipales y, tras realizar la correspondiente consulta al Servicio de Atención Ciudadana, se ha descartado que la cinta colocada produjera más accidentes.

La actuación de la Policia Local en el momento del accidente no ha sido clarificada al no haber quedado registrada, pero, en cualquier caso, es evidente que tampoco pudieron ver el accidente, por lo que poco o nada aportaría a lo que ya consta en el expediente, ya que no se discute ni la caída ni sus consecuencias dañosas.

En este contexto, **la señalización, aun siendo provisional, debe tener la misma consideración que el resto de elementos consustanciales a las vías urbanas y, en estos casos, ya hemos establecido que, con carácter general, en los accidentes ocurridos con esos elementos no se aprecia la concurrencia del requisito del nexo causal con el funcionamiento del servicio público.**

Aunque la anterior argumentación es suficiente para rechazar la reclamación, también compartimos con el ayuntamiento la falta de acreditación de la causa exacta del accidente. Mientras que la reclamación relata que chocó con una "cinta de plástico de los bomberos", mientras "paseaba", la testigo identificada por la propia reclamante establece como causa de la caída "que la reclamante frenara en seco" al ver la cinta.

Una cosa es que, por la falta de visibilidad o por una indebida colocación de la cinta de balizamiento, un particular choque con esa cinta y caiga y, otra diferente, que ese mismo particular circule en bicicleta y, al tener que frenar, aunque sea de forma súbita, su falta de pericia provoque finalmente la caída. No parece necesaria una amplia argumentación para acreditar que la circulación en bicicleta entraña mayor riesgo que transitar a pie y que, por tanto, la utilización de este vehículo debe suponer siempre asumir ese mayor riesgo.

Es preciso también recordar que **la Ordenanza municipal del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, reguladora de los usos, tráfico, circulación y seguridad en las vías públicas de carácter urbano en el municipio permite, con ciertas condiciones, la circulación de ciclos y bicicletas en espacios peatonales con más de tres metros anchura libre de obstáculos, pero añade también que cuando circulen por aceras y áreas peatonales, los ciclos y bicicletas lo harán extremando las precauciones y, en todo caso, deberán respetar la prioridad de quienes lo hagan a pie, adecuar su velocidad a estas últimas y no realizar maniobras que puedan afectar a su seguridad o incomodar su circulación.**

DCJA 107/2017 pár. 27 a 34

Considera la Comisión que **en el supuesto que se examina el mantenimiento de las baldosas de la acera no alcanza el estándar mínimo exigible**. Ciertamente, en el Dictamen 47/2014 (sobre una reclamación por caída en el mismo tramo de acera que el actual supuesto) se negó la responsabilidad pretendida, pero en aquel caso se trataba de una sola baldosa y no como en el caso actual de **todo un tramo de baldosas contiguas en mal estado, ubicado además en una zona de elevado tránsito peatonal y que, precisamente por tratarse del acceso al hospital de referencia de Vitoria-Gasteiz y a su edificio de consultas externas, es utilizado por gran número de personas cuyas facultades físicas no se corresponden con las ordinarias y respecto de las cuales deben facilitarse en extremo las condiciones exigibles en su deambular.**

DCJA 116/2017 pár. 39

E) Por infracción del derecho europeo

La compañía E S. Coop. señala lo siguiente como fundamento de la reclamación:

> A través de la presente reclamación "E S. Coop." viene a reclamar del Gobierno Vasco los daños y perjuicios que le ha ocasionado el "Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco".
>
> Esta norma, aprobada por el Decreto 262/2004 de 21 de diciembre de 2004, venía a disponer, por motivos económicos y de política en pro del pequeño comercio, unos límites máximos de volumen para los "Grandes Equipamientos Comerciales" —léase Centros Comerciales—.
>
> La aplicación de dichos límites por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ocasionó un claro perjuicio a "E S. Coop." al anular el Estudio de Detalle y licencia que había obtenido del Ayuntamiento de Basauri para la remodelación y ampliación del "Centro Comercial Bilbondo", siendo así que dichas disposiciones fueron declaradas nulas de pleno derecho posteriormente por el Tribunal Supremo en sendas Sentencias de 3 de septiembre de 2015, por cuanto contravienen la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006.

De esta manera, a través del presente se exige la responsabilidad patrimonial que le es exigida al legislador por normas contrarias a la Constitución y al Derecho Comunitario de la Unión Europea, en los términos y por las causas que a continuación se exponen.

Planteada así la responsabilidad del Gobierno Vasco por daños causados por infracción de la normativa de la Unión Europea, habremos de acudir para resolver la cuestión a la **doctrina sobre responsabilidad patrimonial por infracciones de los órganos de la Unión y de los estados miembros elaborado por el Tribunal de Justicia**, que se encuentra formulada, fundamentalmente, en las sentencias de 19/11/1991, C-6/90 Andrea Francovich y C-9/90 Danila Bonifaci (caso Francovich); de 5/3/1996, C-46/93 Brasserie du Pecheur SA y C-48/93 Factortame (caso Brasserie); y de 30/9/2003, C-224/2001 Gerard Köbler (caso Köbler).

La Sentencia de 19/11/1991 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ─caso Francovich─, tras señalar, entre otras razones, que la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría si los particulares no tuvieran la posibilidad de obtener una reparación cuando sus derechos son lesionados por una violación del derecho comunitario imputable a un estado miembro, llega a la conclusión de que **el derecho comunitario impone el principio de que los estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del derecho comunitario que les sean imputables** (apartado 37).

Y añade **la Sentencia del TJCE de 5/3/1996** (caso Brasserie) que **el principio es válido para cualquier supuesto de violación del derecho comunitario por parte de un estado miembro**, **independientemente de cuál sea el órgano del estado miembro a cuya acción u omisión se deba el incumplimiento** (a 32).

A este respecto, añade la misma sentencia, procede señalar que en el ordenamiento jurídico internacional el Estado que incurre en responsabilidad por haber incumplido una obligación internacional también es considerado en su unidad, independientemente de que la violación que haya causado el perjuicio sea imputable al poder legislativo, al poder judicial o al poder ejecutivo. Con mayor razón aún debe ocurrir así en el ordenamiento jurídico comunitario en el que todas las instancias del Estado, incluso el poder legislativo, están obligadas en el cumplimiento de sus funciones a respetar las normas impuestas por el derecho comunitario que pueden regir directamente la situación de los particulares (a 34).

Respecto a la determinación sobre la existencia de violación del derecho comunitario, el TJCE ha mantenido que ello es competencia tanto de ese Tribunal de Justicia como de los tribunales nacionales.

Así lo expresa en el apartado 95 la misma sentencia recaída en el asunto Brasserie: supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa por parte del Tribunal de Justicia de un incumplimiento del derecho comunitario imputable a un estado miembro sería contrario al principio de efectividad del derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incumplimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los estados miembros no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar en contra de un estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento.

La primera sentencia (caso Francovich), en su apartado 39, establece que cuando un estado miembro incumple la obligación que le incumbe de adoptar todas las medidas necesarias para conseguir el resultado prescrito por una directiva, **la plena eficacia de esa norma de derecho comunitario impone un derecho a indemnización siempre y cuando concurran tres requisitos.**

El primero de estos requisitos es que **el resultado prescrito por la directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares**. El segundo requisito es que **el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la directiva**. El tercer requisito es que **exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas** (a 40).

El segundo requisito quedó más perfilado en la sentencia del TJCE de 5/3/1996 (caso Brasserie), al establecer que **el criterio decisivo para considerar que una violación del derecho comunitario es suficientemente caracterizada es el de la inobservancia manifiesta y grave, por parte tanto de un estado miembro como de una institución comunitaria, de los límites impuestos a su facultad de apreciación** (a 55).

A este respecto, entre los elementos que el órgano jurisdiccional competente puede tener que considerar, debe señalarse el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales o comunitarias, el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado, el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de derecho, la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión y la adopción o al mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al derecho comunitario (a 56).

En cualquier caso, **una violación del derecho comunitario es manifiestamente caracterizada cuando ha perdurado a pesar de haberse dictado una sentencia en la que se declara la existencia del incumplimiento reprochado, de una sentencia prejudicial o de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia, de las que resulte el carácter de infracción del comportamiento controvertido** (a 57).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la responsabilidad extracontractual de la Comunidad ha sido elaborada precisamente teniendo en cuenta la amplia facultad de apreciación de que disponen las instituciones para la aplicación de las políticas comunitarias, en especial respecto a actos normativos que impliquen opciones de política económica (a 44).

En efecto, la concepción restrictiva de la responsabilidad de la Comunidad en el ejercicio de su actividad normativa se explica por el hecho de que, por una parte, el ejercicio de la función legislativa, incluso cuando existe un control jurisdiccional de la legalidad de los actos, no debe verse obstaculizada por la perspectiva de reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios cada vez que el interés general de la Comunidad exija adoptar medidas normativas que puedan lesionar los intereses de particulares y, por otra parte, por el hecho de que en un contexto normativo caracterizado por la existencia de una amplia facultad de apreciación indispensable para la aplicación de una política comunitaria, la Comunidad sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades (a 45).

Sin perjuicio de que el derecho a indemnización esté basado directamente en el derecho comunitario, cuando se cumplen los requisitos señalados, **el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad, teniendo en cuenta que los requisitos fijados por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños no podrán ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones semejantes de naturaleza interna y no podrán articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización** (a 58).

La reparación a cargo de los estados miembros de los daños que han causado a los particulares por las violaciones del derecho comunitario debe ser adecuada al perjuicio por estos sufrido. A falta de disposiciones comunitarias en este ámbito, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada estado miembro fijar los criterios que permitan determinar la cuantía de la indemnización, que no pueden ser menos favorables que los que se refieran a reclamaciones o acciones semejantes basadas en el derecho interno y que, en ningún caso, pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil la reparación.

Tampoco es conforme al derecho comunitario una normativa nacional que limite, de manera general, el daño indemnizable únicamente a los daños causados a determinados bienes individuales especialmente protegidos, excluyendo el lucro cesante sufrido por los particulares (a 90).

Sobre el momento en que procede promover la reclamación de responsabilidad, la misma sentencia, en sus apartados 92 y 96, dice que el derecho de indemnización existe, con arreglo al derecho comunitario, desde el momento que se cumplen los requisitos señalados, **por lo que la obligación a cargo de los estados miembros de reparar los daños causados a los particulares por las violaciones de derecho comunitario no puede limitarse únicamente a los daños sufridos con posterioridad a que se haya dictado una sentencia del Tribunal de Justicia en la que se declare el incumplimiento reprochado.**

En relación con la posibilidad de limitar la obligación del Estado de indemnizar en la medida en que los perjudicados no hubiesen iniciado previamente un procedimiento judicial o una reclamación equivalente, los apartados 98 y 99 de la sentencia señalan que procede recordar que el Estado debe reparar las consecuencias del perjuicio causado en el marco del derecho nacional sobre responsabilidad. Los requisitos de fondo y de forma, fijados por las distintas legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños, pueden tener en cuenta las exigencias del principio de seguridad jurídica.

No obstante, debe recordarse que estos requisitos no pueden ser menos favorables que los referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia), ni pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad).

En relación con la necesidad de agotar todas las vías de recurso para reclamar por responsabilidad patrimonial de la Administración por infracción de normativa europea, la Sentencia del TJUE de 26/1/2010, C-118/08, (asunto Transportes Urbanos), establece en el apartado 48 que **el derecho de la Unión se opone a la aplicación de una regla de un estado miembro en virtud de la cual una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado basada en una infracción de dicho derecho por una ley nacional declarada mediante sentencia del Tribunal de Justicia sólo puede estimarse si el demandante ha agotado previamente todas las vías de recurso internas dirigidas a impugnar la validez del acto administrativo lesivo dictado sobre la base de dicha ley, mientras que tal regla no es de aplicación a una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado fundamentada en la infracción de la Constitución por la misma ley declarada por el órgano jurisdiccional competente**.

La sentencia del TJCE de 30/9/2003 (caso Köbler), abordó las consecuencias del principio de cosa juzgada, indicando en su apartado 38 y 39 que no puede negarse la importancia del citado principio.

En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos.

Sin embargo, un procedimiento destinado a exigir la responsabilidad del Estado no tiene el mismo objeto ni necesariamente las mismas partes que el procedimiento que dio lugar a la resolución que haya adquirido fuerza de cosa juzgada. En efecto, la parte demandante en una acción de responsabilidad contra el Estado obtiene, si se estiman sus pretensiones, la condena del Estado a reparar el daño sufrido, pero no necesariamente la anulación de la fuerza de cosa juzgada de la resolución judicial que haya causado el daño. En todo caso, el principio de la responsabilidad del Estado inherente al ordenamiento jurídico comunitario exige tal reparación, pero no la revisión de la resolución judicial que haya causado el daño.

Igual criterio mantiene el Tribunal Supremo español. Así se recoge en la Sentencia de 2/6/2010 (RJ/2010/5494): "mantenemos pues el criterio reiterado en la controvertida jurisprudencia que iniciaron aquellas sentencias de 29 de febrero, 13 de junio y 15 de julio de 2000, que afirma que la acción de responsabilidad patrimonial ejercitada es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia que hizo aplicación de la ley luego declarada inconstitucional, y que dota por tanto de sustantividad propia a dicha acción".

Para terminar este apartado de análisis de la jurisprudencia relativa a la reclamación de daños y perjuicios originados por infracción de la normativa europea, el Tribunal Supremo español ha afirmado que existe una esencial diferencia entre la responsabilidad patrimonial del Estado por infracción del derecho de la Unión Europea y la que deriva de los supuestos de leyes declaradas inconstitucionales, en el sentido que resulta de las siguientes precisiones:

a) Los presupuestos de procedibilidad aplicables a los recursos en los que el objeto y elementos esenciales son similares, no deben diferir por la circunstancia de que unos se basen en la violación del derecho de la Unión y otros en la del derecho interno.

b) Puede este, sin que a ello se oponga aquel, establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurran requisitos menos restrictivos que los que aquella jurisprudencia fija como necesarios para que opere ese instituto de la responsabilidad patrimonial.

c) Pero si la obligación de indemnizar se basa en que los daños o perjuicios han sido causados por la vulneración del derecho de la Unión, sí son requisitos sustantivos o materiales necesarios y a la vez suficientes los que ella señala de modo reiterado, a saber: que la norma del derecho de la Unión violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; que su violación esté o sea suficientemente caracterizada; y, además, que exista una relación de causalidad directa entre tal violación y el perjuicio sufrido por estos. Entre otras, SSTS 18/1/2012 (RJ 2012\3139) y de 17/11/2016 (JUR/2016/256153).

Trayendo al caso que nos ocupa la doctrina jurisprudencial anterior, habrá que analizar si se cumplen en el presente caso los requisitos establecidos por el TJUE para que surja la obligación de indemnizar por parte de la Administración a un particular.

No sin antes dejar señalado que, **a juicio de la Comisión, los requisitos del artículo 141.1 de la LRJPAC no pueden considerarse menos restrictivos que los exigidos por la jurisprudencia del TJUE con respecto, singularmente, a la exigencia de una violación suficientemente caracterizada del derecho comunitario, porque entre ellos se incluye que el interesado "no tenga el deber jurídico de soportar el daño".**

La doctrina del Tribunal Supremo, al analizar la antijuridicidad de la lesión, parte también de la necesidad de **reconocer una facultad de apreciación**, en este caso, **al titular de la potestad reglamentaria**, sin que pueda quedar paralizada la aprobación de la norma ante el temor de que, si revisada y anulada, tenga que compensar a los afectados a los que se impone un sacrificio particular de sus derechos, con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso, y con abstracción de las circunstancias concurrentes.

En principio, es inherente a la actividad reglamentaria un margen de discrecionalidad (hasta el extremo de que los tribunales no asumen funciones normativas de sustitución en el ejercicio del control de las disposiciones reglamentarias, conforme al artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa), por lo que entendemos que, al igual que en **el caso del legislador, tratándose del derecho comunitario lo decisivo es que no se hayan rebasado los límites impuestos a su facultad de apreciación, esto es, que no se haya producido una inobservancia manifiesta y grave del derecho comunitario, para que no se trate de una violación suficientemente caracterizada**, teniendo en cuenta los elementos que es preciso considerar, siguiendo la jurisprudencia comunitaria, y que ya hemos expuesto anteriormente (párrafos 61 y 62).

Centrándonos en el caso, hemos recogido que, tras la Sentencia del TJCE de 5/3/1996 (asunto Brasserie), los requisitos exigidos por el citado tribunal para que surja la obligación de indemnizar por parte de un Estado por infracciones a la normativa de la Unión Europea son los siguientes: (I) que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares; (II) que la violación esté suficientemente caracterizada; y, por último, III) que exista una relación de causalidad directa entre la infracción de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las víctimas (a 51).

La primera de las exigencia se cumple, dado que el artículo 14 de la directiva infringida por el PTS, al prohibir la posibilitad de supeditar la concesión a una autorización de acceso a una actividad económica a los requisitos de una planificación de naturaleza económica, en este caso, estableciendo límites a las dimensiones de la actividad, confiere al particular la posibilidad de ampliar su actividad sin tener que atenerse a las limitaciones establecidas en el PTS.

Con respecto al segundo requisito —que se trate de una violación del derecho comunitario suficientemente caracterizada—, la Comisión entiende que no se cumple, dado que **la infracción no reúne las características de manifiesta y grave**.

No resulta manifiesta porque la directiva permite un margen de apreciación a la normativa nacional en cuanto al sometimiento de las actividades económicas a autorización, pudiendo establecerse restricciones por motivos de interés general, en el que se incluyen razones de planificación territorial, urbanísticas y medioambientales, razones en las que pretende ampararse el PTS.

Además no debe olvidarse, como se ha señalado, que el TJUE mantiene una concepción restrictiva en relación con la responsabilidad de la Comunidad cuando se trata del ejercicio de su actividad normativa —Sentencia 5/3/1996, apartado 45 (caso Brasserie)—.

A este respecto, procede traer aquí las razones en que se basó la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV, para desestimar la pretensión de la demandante para anular el PGOU de San Sebastián y del PTS por contrarios a la Directiva de Servicios, en los recursos contenciosos-administrativos 237/2011 y 750/2010.

Así, las sentencias 542/2013, de 15 de octubre (JUR/2014/144588), y 392/2014, de 11 de julio (JUR/2014/268022), de la Sección segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV, que analizan la adecuación del PTS a la Directiva de Servicios, a la luz de la sentencia del TJUE de 24/3/2011, C-400/08, que resolvió el recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra España por la normativa catalana sobre centros comerciales, recogían las siguientes apartados de la citada sentencia:

> 73 Según reiterada jurisprudencia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencias de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07,

Rec. p. I-1721, apartado 44; de 19 de mayo de 2009, Apothekerkammer des Saarlandes y otros, C-171/07 y C-172/07, Rec. p. I-4171, apartado 25, y Blanco Pérez y Chao Gómez, antes citada, apartado 61).

74 Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010, Attanasio Group, C-384/08, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007, Comisión/Italia, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, CIBA, C-96/08, Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada).

75 A este respecto, hay que recordar que, si bien corresponde al estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia, antes citada, apartado 66).

La Sentencia del TJUE de 24/3/2011 analizada razona lo siguiente al dar respuesta a las imputaciones de la Comisión europea sobre las limitaciones en cuanto al emplazamiento y el tamaño de los grandes establecimientos comerciales impuestos por el ordenamiento catalán:

77 En el marco de su primera imputación, la Comisión hace referencia a las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales que resultan de la prohibición, establecida en el artículo 4, apartado 1, de la Ley 18/2005, de implantar tales establecimientos fuera de la trama urbana consolidada de un número limitado de municipios, y del dimensionamiento por cada comarca y municipio conforme a lo dispuesto en los artículos 7 y 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 y en el anexo 1.2 de éste.

78 El Reino de España alega que las disposiciones mencionadas son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente que persiguen. Según dicho estado miembro, al limitar la implantación de grandes establecimientos comerciales a los núcleos más poblados, donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa controvertida pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a esos establecimientos mediante transporte público.

79 La Comisión considera, por el contrario, que las limitaciones controvertidas no son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos.

80 A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España.

81 No obstante, del artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 se desprende que no se preveía aumento alguno de la oferta comercial en formato de hipermercado en las comarcas en que dicha oferta se estimaba excesiva para el año 2009. En segundo lugar, se deduce del anexo 1.2 del citado Decreto que la oferta se estimó excesiva para ese año en 37 de las 41 comarcas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las cuatro comarcas restantes, con arreglo al referido artículo 10, apartado 2, únicamente podía aumentarse la oferta comercial en formato de hipermercado siempre que esta tipología no absorbiese más del 9 % del gasto comercializable estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7 % en productos de uso no cotidiano de la comarca. Por último, resulta del citado anexo 1.2 que, en esas cuatro comarcas, la superficie máxima para los hipermercados estaba limitada a 23.667 m^2, repartidos entre seis municipios.

82 Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

> 83 En tales circunstancias, las razones que pueden ser invocadas por un estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).
>
> 84 Pues bien, ha de señalarse que el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos.
>
> 85 Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas.

De ello deduce la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV las siguientes conclusiones:

> (1) que las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar el objetivo y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo; (2) que entre dichas razones imperiosas de interés general se hallan la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente; (3) que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente; y (4) que corresponde al estado miembro justificar la restricción a la libertad de establecimiento mediante un análisis de su oportunidad y de su proporcionalidad aportando datos precisos que permitan corroborar su argumentación.

A continuación la Sala razona que el PTS justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los centros comerciales:

> Pues bien, el capítulo 7 del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al que la recurrente se remite, justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los establecimientos comerciales en términos que se ajustan a los criterios expresados por la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, puesto que las restricciones a la libertad de establecimiento que impone se justifican por razones de ordenación territorial y se establecen precisamente en un instrumento de ordenación del territorio, y se justifica su necesidad y su proporcionalidad aportando datos sobre la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, conclusión que no desmerece por la razón de que, además de dichas razones de ordenación del territorio, por sí mismas suficientes, se invoquen adicionalmente razones económicas prohibidas por el art. 14 de la Directiva de Servicios y art. 10.e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que la traspone al ordenamiento español, tal y como alega la recurrente en la demanda en referencia a la protección del sector terciario asentado en los centros urbanos y en los diferentes barrios.

La sentencia del TSJPV reproduce a continuación el capítulo 7.1 del PTS —los grandes equipamientos comerciales como importante factor de incidencia en la ordenación del territorio—, y el capítulo 7.2 —propuesta de regulación urbanística— entendiendo que:

> la lectura de dichos pasajes del PTS que se impugna indirectamente, pone de manifiesto la gran diferencia existente entre dicha ordenación y la que dio lugar al recurso de la Comisión Europea contra España por incumplimiento de la Directiva Servicios en relación con las restricciones al establecimiento de centros comerciales derivada de la legislación catalana, ya que, en síntesis, se impedía en ella el establecimiento de nuevas superficies comerciales en 37 de las 41 comarcas, y en las cuatro restantes se limitaba la superficie a 23.667 m^2, siendo así que el PTS controvertido posibilita incrementos de superficie superiores en numerosos municipios que caracteriza como “de máxima centralidad“ entre los que se encuentra el de Donostia-San Sebastián y, asimismo, posibilita nuevas superficies en otros muchos de menor población.
>
> Tal y como afirma la STJUE de 24 de marzo de 2011, las restricciones de emplazamiento y tamaño de los grandes establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente expresados por el PTS, son además necesarios y resultan proporcionados, por lo que la Sala concluye que dicho instrumento de ordenación territorial se ajusta a la legislación

española de trasposición de la Directiva Servicios.

El TSJPV concluye que:

> Procede en consecuencia la desestimación del recurso, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del PGOU impugnado directamente es conforme a derecho en cuanto se acomoda al informe vinculante de la COTPV respecto del incremento de edificabilidad del área "IN.09. Garbera", y dicho informe se ajusta a las previsiones del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, que se ajusta a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva Servicios.

Las anteriores sentencias del TSJPV ilustran perfectamente sobre la amplitud del margen de apreciación que la Directiva de Servicios deja a las autoridades nacionales, el carácter involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado y el carácter excusable del error de derecho.

Aparte de las razones recogidas en la sentencias del citado órgano jurisdiccional, el hecho de que el TSJPV considerara que el PTS no infringía la directiva ilustra también sobre el carácter excusable del error, dada la imparcialidad y los conocimientos jurídicos que debe presumirse avalan sus decisiones.

A igual conclusión conduce el hecho de que el Gobierno Vasco se planteara la necesidad de modificar el PTS, en cumplimiento de la disposición final tercera de la Ley 7/2008, para adecuarla a la Directiva de Servicios, y acordara no hacerlo en sesión de 22/12/2009, atendiendo a los informes de la Dirección de Ordenación del Territorio, y de una consultora externa, que consideraban que el PTS se adecuaba a la directiva europea, dado que, en relación con los grandes establecimientos comerciales, responde única y exclusivamente a razones de ordenación territorial y urbanística; esto es, a razones imperiosas de interés general, por lo que se comprende así ejecutado el mandato del legislador sobre la revisión interesada.

Por otra parte, interesa también señalar, en relación con el carácter no manifiesto de la infracción de la Directiva de Servicios por parte del PTS, que la hoy reclamante, E S. Coop., en ningún momento señaló tal infracción en los contenciosos en los que intervino para defender la conformidad a derecho del Estudio de Detalle del Área C-2 Zabalandi de Basauri, y de las licencias de construcción otorgadas por el ayuntamiento para la citada área, así como los promovidos por ella en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial del Gobierno Vasco por la promulgación del Plan Territorial, pues lo que entonces alegaba la hoy reclamante a favor del Estudio de Detalle y de las licencias de construcción, de acuerdo con el Ayuntamiento de Basauri, es que no les afectaban las determinaciones del PTS porque estas se aplicaban a la construcción de nuevos centros comerciales y no a reformas de centros ya construidos, que era el caso del Bilbondo. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se hicieron igualmente sin referencia o apoyo alguno en infracción de normativa europea.

En cuanto al tercer requisito —la existencia de una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas—, la reclamante alega lo siguiente en el apartado 46 de su escrito de reclamación:

> Cabe, por tanto, concluir que, como consecuencia de la aplicación por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de las disposiciones contenidas en el PTS aprobado por el Gobierno Vasco/Eusko Jaurlaritza —disposiciones declaradas nulas de pleno derecho por el Tribunal Supremo— se dejó sin efecto alguno el "Estudio de Detalle" que el Ayuntamiento de Basauri aprobó a iniciativa de "E S. Coop.", lo que, en toda lógica, conllevó la imposibilidad de ejecutar el "Proyecto de Ampliación" del "Centro Comercial BILBONDO" con un quebranto económico para "E S. Coop." y la consiguiente causación de daños y perjuicios, que son objeto de reclamación.

Este tercer requisito exige obviamente que exista un incumplimiento de la normativa europea y que tal incumplimiento cause un daño a un particular.

Consecuentemente, en relación con el primer aspecto de la cuestión importa determinar **el momento en que se produce la infracción de la normativa europea, y en el caso que nos ocupa tiene lugar el día 28 de diciembre de 2009, en que termina el plazo de trasposición de la Directiva de Servicios**, según dispone su artículo 44.

Ello implica que es **en la fecha indicada cuando el PTS deviene contrario a la directiva y, por ende, infringe el ordenamiento europeo, por lo que la aprobación del Estudio de Detalle del Área C-2, Zabalandi, por el Ayun-**

tamiento de Basauri el día 26 de marzo de 2009, en contra de lo dispuesto en el PTS, fue contrario a derecho, por lo que su anulación no infringió normativa europea alguna.

DCJA 76/2017 pár. 51 a 100

F) Servicio educativo

En el presente caso, **el hecho imputable al Gobierno Vasco, según el ayuntamiento, "se concreta en que su petición al Ayuntamiento de Alegría-Dulantzi de la cesión de terrenos para la construcción de un centro de ESO que tenían previsto, y puesto que los terrenos más adecuados para ellos eran donde se ubicaba el anterior campo de fútbol, motivó que el ayuntamiento, aparte de tramitar todos los expedientes necesarios en orden a ceder el terreno al Gobierno vasco, cesión que se materializó en el año 2009, tuviera que ocupar, y posteriormente expropiar, otros terrenos para la construcción del nuevo campo de fútbol, así como acometer las obras. Su aplicación determinó un gasto que**, vistos los hechos relatados en el presente escrito y debidamente acreditados, **podría haberse evitado porque [el] Gobierno Vasco ha hecho dejación de sus compromisos y finalmente no ha construido el centro educativo".**

Como consecuencia de ese funcionamiento anormal, **el ayuntamiento reclama por los gastos de construcción del campo de fútbol de hierba artificial y gastos financieros del préstamo solicitado.**

Para dilucidar la reclamación, analizaremos, de un lado, el nexo causal, es decir, si atendiendo a las circunstancias concurrentes el daño puede ser atribuido al funcionamiento de la Administración educativa y, de otro lado, la antijuridicidad, si el ayuntamiento está obligado a soportar los daños que esgrime.

Con arreglo a la teoría de la causalidad adecuada, expuesta en la STS de 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9967):

> El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, y la doctrina administrativa, tratando de definir qué sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se inclina por la tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que la originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una "condictio sine qua non", esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios.

En la tesis municipal, la construcción del nuevo campo de futbol municipal no se habría producido si no hubieran tenido que ofrecer y ceder los terrenos donde estaba situado el anterior campo de futbol para la construcción del centro de secundaria.

Es probable que, **si el ayuntamiento no hubiera ofrecido tales terrenos, dándoles un destino diferente al que tenían anteriormente, no se habría decidido, inicialmente, a construir un nuevo campo de futbol, ni, obviamente, este se habría construido, pero no estaba el ayuntamiento obligado a ofrecerlos, pudiendo optar por otros** (aunque estos pudieran resultar adecuados por su ubicación), **o incluso negarse si no disponía de suelo o si la cesión causaba un perjuicio grave a los intereses económicos municipales.**

Es más, **en ningún momento pudo la Administración educativa esperar o prever**, ni obviamente consta que así le fuera comunicado, **que subyacía a la cesión gratuita del solar una carga onerosa según la cual, de no materializarse la construcción, debía abonar el coste del campo de futbol** (del expediente se deduce además, que el ayuntamiento informó al departamento de la relación existente entre el centro y el campo de fútbol una vez construido este último). Condición de la cesión que ni fue puesta ni la podía poner porque, conforme al régimen aplicable (ya visto), la única consecuencia de que el bien no se destine al uso para el que es cedido es la de su reversión.

En cualquier caso, no se alcanza a comprender cómo de la inacción de la Administración educativa, que no construye el centro de secundaria (lo que habrá tenido, sin duda, consecuencias, pero estas lo son estrictamente en el campo educativo), se deriva el daño producido por la construcción de un nuevo campo de futbol, no resultando esa acción idónea por sí misma para determinar ese concreto resultado, salvo que desterremos la teoría de la causalidad adecuada y sigamos una teoría amplia de la causalidad, según la cual, toda condición del resultado, por accidental o secundaria que sea, es causa del mismo.

Entiende la Comisión que **han sido las decisiones del ayuntamiento, adoptadas y descritas, las que han motivado la construcción del campo de futbol, dotando al municipio de un equipamiento deportivo, que ahora pretende le sea sufragado por la Administración educativa como una suerte de compensación por la falta del equipamiento educativo inicialmente proyectado.**

Con carácter general, la Comisión viene entendiendo que cuando el origen del daño se atribuye a una actuación pasiva, la imputación del daño requiere demostrar la existencia de una ineficacia, un mal funcionamiento de la Administración. Si el servicio ha actuado con arreglo a lo exigible, atendiendo las circunstancias concurrentes, la falta de actividad entraña un daño no antijurídico.

La decisión de no construir el centro público de secundaria se encuentra debidamente razonada y responde a una revisión de los presupuestos sobre los que se pretendía acometer la obra.

Es suficientemente ilustrativo del difícil momento que pasaban las arcas públicas en el año 2012 y de la necesidad de apurar la eficacia y eficiencia de los recursos disponibles en materia de educación, el Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo.

La mayoría de las medidas, con las que se pretendía proporcionar instrumentos que ayuden a las comunidades autónomas a alcanzar en el ejercicio de sus competencias los objetivos de estabilidad presupuestaria que tienen asignados, fueron confirmadas por el Tribunal Constitucional, en tanto que se afrontaba una situación de urgencia y necesidad (STC 26/2016, 54/2016 y 66/2016, entre otras).

Para el Tribunal Constitucional constituye una de las medidas de choque "para hacer frente a una necesidad perentoria de controlar y reducir el déficit público en un contexto de crisis económica excepcional".

Entiende la Comisión que, si no eran cuestionables las medidas del real decreto-ley, que tenían un impacto más difícil de medir, tampoco lo puede ser la decisión de postergar la construcción de un centro, pese a estar previsto y redactado el proyecto de ejecución de la obra, cuya incidencia económica estaba perfectamente cuantificada (cercana a los cinco millones de euros). A ese coste habría que sumar, una vez construido el edificio, el derivado de la necesidad de dotarlo de los medios materiales (aulas y equipos) y personales (profesorado) que permitieran su efectivo funcionamiento.

Nada cabe objetar tampoco a que haya sido definitivamente descartada la construcción del centro de secundaria y que, en vez de tal edificación, el Programa de mejora de infraestructuras de los centros de enseñanza pública 2014-208 incluya obras de ampliación del centro escolar de educación infantil y primaria CEIP Dulantzi HLHI.

En realidad, **el ayuntamiento tampoco ha pretendido que la Administración educativa construya el centro, ni, en su caso, ha combatido la inactividad administrativa ante los tribunales** para deducir mediante un recurso contencioso-administrativo la realización de esa prestación.

Hay que añadir, además, que no solo la Administración educativa ha revisado sus previsiones para el municipio, el propio ayuntamiento, según se extrae de su página web, a finales del año 2013 adjudicó la redacción del Plan General de Ordenación Urbana de Alegría-Dulantzi. Plan que, tras cumplimentarse diversos trámites, fue objeto de aprobación inicial por el Pleno municipal el 9 de mayo de 2016, quedando afectados por la modificación del régimen urbanístico vigente los sectores AL-22 a AL-28 (BOTHA nº 71, de 22 de junio de 2016).

Baste citar ahora un dato de la memoria, que impele a corregir las determinaciones urbanísticas, como lo es el de la previsión de crecimiento poblacional del municipio:

> …el proceso de Expansión Demográfica, que se inició a finales de los años noventa finalizó en la primera década del 2000 (1990-2008). A partir de 2010 el saldo migratorio es negativo y el crecimiento vegetativo es insuficiente para mantener la cifra de población total. En base a estas premisas, y de conformidad con la previsión del Estudio del Medio Social, se prevé que entre 2014 y 2026 la población de Alegría-Dulantzi registre un ligero descenso, con una caída entre las dos fechas del 1,7 % de la población actual, situándose la población en torno a 2.810 habitantes, lo que supondría una Tasa Anual de Crecimiento negativa de TAC: - 0,47 %.

No es inoportuno mencionar que **el ayuntamiento pretendía obtener el suelo para el nuevo campo de futbol de forma gratuita con cargo a la unidad de ejecución de los sectores en que fueron incluidos los terrenos, en aplicación del artículo 188 LSU**.

Sin embargo, **los sectores residenciales AL-22, AL-23 y AL-27, en los que les fueron asignados los aprovechamientos, pese a tener aprobado un plan parcial y el programa de actuación urbanizadora, no fueron ejecutados**. Por ello, los titulares, habiendo transcurrido cuatro años desde el levantamiento del acta de ocupación sin que se hubiera aprobado con carácter definitivo la reparcelación de la unidad de ejecución, pudieron instar la expropiación conforme al artículo 185 LSU, al amparo del artículo 188.4 LSU.

En ese sentido, **si el ayuntamiento ha tenido que hacer frente al coste de las expropiaciones es debido a que tal ejecución no se ha llevado a cabo** y no a otras razones. Aun el supuesto hipotético de que se aceptara la tesis municipal, lo que rechazamos, se tendrían que restar asimismo para determinar el importe de la indemnización las mejoras introducidas en las instalaciones por la construcción del nuevo campo de fútbol, que no han sido cuantificadas.

DCJA 72/2017 pár. 71 a 92

En el presente caso, **el hecho imputable a la Administración educativa, la falta de convalidación del módulo, según el reclamante, le ha impedido obtener el título de Técnico Superior** en Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones de Buque, "y el título profesional que dimana del anterior de mecánico mayor naval, generándome un grave daño y perjuicio a mi patrimonio económico y moral, al no permitirme esa Administración trabajar en esa profesión con el quiebro económico correspondiente (pérdida de oportunidades laborales, salarios, cotizaciones a la seguridad social cara a la jubilación, etc.) y el moral de impedir mi autorrealización como persona, académica y profesional, que cuantifico prudentemente en 30.000 € por año de demora en obtener la titulación".

La propuesta de resolución, en base a la doctrina relativa a la antijuridicidad del daño recaída en supuestos de anulación de actos administrativos, concluye que la decisión ni era irrazonable ni quedaba fuera de la dicción del precepto aplicado. Añade asimismo que el daño que se alega, su posible contratación por la naviera … y las retribuciones que hubiera obtenido como mecánico mayor naval, no deja de ser una mera especulación o simple expectativa.

A juicio de la Comisión, tales argumentos, que comparte, llevan rectamente a desestimar la reclamación formulada, porque ni existe antijuridicidad ni se trata de un daño real, efectivo, individualizable y evaluable económicamente.

Resulta procedente traer la doctrina de esta Comisión recogida, entre otros, en los dictámenes 118/2011 y 235/2016, en relación con la regulación de los **supuestos de responsabilidad de la Administración por anulación de actos administrativos en vía administrativa o judicial**. Así hay que decir que la ley no establece una automaticidad entre la anulación del acto y la responsabilidad de la Administración, sino que la hace depender de la existencia o no de un deber de jurídico de soportar el daño por parte de quien lo sufre.

La LRJPAC dispone en su artículo 142.4 que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5 de febrero de 1996 (RJ/1996/987), interpretando el alcance del citado artículo, inició una corriente jurisprudencial que es doctrina consolidada hoy día. Entiende el Tribunal Supremo en la citada sentencia que la regulación del artículo 40 —hoy artículo 142.4 LRJPAC— no supone la exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino la posibi-

lidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer, siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Entiende el alto tribunal que con la específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas la ley trata de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, centrando el debate, en estos supuestos, en la antijuridicidad de la lesión o, lo que es lo mismo, en la ausencia del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación, con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, con lo que en estos supuestos no hay duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación, no sólo razonados, sino razonables no puede hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio. Estaremos pues ante un supuesto en el que existe una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

Pero **tal obligación de soportar el daño por parte del particular ha de extenderse también a aquellos supuestos en que en la aplicación de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución**. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y, por tanto, faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La STS de 14 de julio de 2008 (RJ/2008/3432) señala los diferentes supuestos que en esta materia pueden darse a la hora de resolver por parte de la Administración, en orden al nacimiento de la responsabilidad patrimonial, razonando que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de acciones discrecionales, en la que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución (CE), que si actúa con poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (sentencias de 5 de febrero de 1996, RJ 1996, 987; 24 de enero de 2006, RJ 2006, 734; 13 de enero de 2000, RJ 2000, 659 ; 12 de septiembre de 2006, RJ 2006, 6346 ; 5 de junio de 2007, RJ 2007, 4991; 31 de enero de 2008, RJ 2008, 1347; y 5 de febrero de 2008, RJ 2008, 1351).

También resulta posible que ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes.

Como concluyen las SSTS de 26 de octubre de 2011 (RJ 2011, 1574) o 17 de febrero de 2015 (RJ 2015, 922): "En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejercita".

Trayendo al caso que nos ocupa la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad patrimonial deducible en supuestos de anulación en vía administrativa o judicial de resoluciones administrativas (artículo 142.4 LRJPAC), ana-

lizada en los apartados anteriores, **la Comisión considera que no cabe imputar a la Administración educativa responsabilidad alguna por la falta de convalidación del módulo, dado que está sostenida en una razonable interpretación de la legalidad**.

En primer lugar, hay que decir que **la Administración educativa se ve impelida a interpretar dos conceptos jurídicos como el de "exención" y "convalidación" no exentos de dificultad.**

En principio, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), en su segunda acepción, el término "exención" significa: "Franqueza y libertad que alguien goza para eximirse de algún cargo u obligación"; el término convalidación, por su parte, identifica la acción u acto de convalidar, lo que supone: "Dar validez académica a estudios aprobados en un determinado lugar, como un país o una institución, en otro distinto".

La convalidación, como confirmación de que una formación académica está superada con otra formación aportada y superada por el interesado, implica un juicio de equivalencia entre estudios, esto es, obliga a examinar los contenidos curriculares, capacidades terminales y criterios de evaluación de la enseñanza cursada, para dilucidar si es semejante la formación académica adquirida y la que se pretende cursar.

Pues bien, **resulta arduo acometer ese examen comparativo cuando ni siquiera hay una formación que comparar porque lo que se ha producido es una exención y se ha disfrutado de la ventaja de no cursar los estudios.**

En segundo lugar, la actuación de la Administración educativa fue refrendada por Sentencia n° 293/2014, de 29 de diciembre de 2014 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Donostia-San Sebastián.

Si bien no podemos concluir, por el mero hecho de que exista una resolución judicial favorable a la tesis de la Administración, luego corregida por un tribunal superior, que ello suponga automáticamente excluir la arbitrariedad o irrazonabilidad de la actuación administrativa, sí que constituye un elemento que debe ser valorado teniendo en cuenta la independencia e imparcialidad con las que se ejercen las funciones jurisdiccionales.

En tercer lugar, la claridad del asunto queda lejos de ser manifiesta, como lo acredita la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n° 142/2016, de 13 de abril de 2016, que revoca la sentencia apelada y obliga a la convalidación.

La sala construye su razonamiento en base a tres elementos: (i) la existencia de una regla de convalidación; (ii) la falta de incidencia del modo en que obtuvo la exención y finalmente; (iii) la ausencia de una previsión expresa que impida convalidar módulos superados en base a una exención.

Por lo que se refiere al primer argumento, dice lo siguiente:

> …debemos acoger el argumento sustantivo que ha venido defendiendo el apelante, al tener que partir de que la normativa de aplicación, la Orden de 20 de diciembre de 2001 por la que se determinaron convalidaciones de estudios de formación profesional específica derivada de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, publicada en el BOE de 9 de enero de 2002, en su pronunciamiento segundo se refiere a las convalidaciones entre módulos profesionales, para remitirse, al Anexo II, en el que se establecen convalidaciones de las que necesariamente la Sala debe partir.
>
> En lo que aquí interesa, en relación con la familia actividades marítimo pesqueras, expresamente recoge, dentro de la familia profesional Mantenimiento y Servicios a la Producción, en relación con el Ciclo Formativo Mantenimiento de Equipo Industrial y el Módulo Técnicas de Fabricación para el Mantenimiento y Montaje, que convalida el Módulo Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial, del Ciclo Superior Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque, que es lo que interesó en su solicitud el demandante-apelante.
>
> (…)
>
> Lo relevante, a tales efectos, en relación con la singularidad de la formación aportada, aunque lo sea partiendo de la correspondencia con la práctica laboral, es que el demandante ostentaba la acreditación del Módulo Técnicas de Fabricación para el Mantenimiento y Montaje, del Ciclo Formativo Superior Mantenimiento de Equipo Industrial, en relación con el que la Orden de 20 de diciembre de 2001 establece como formación a

> convalidar el Módulo Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial Ciclo Superior de Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque, lo que determina acoger las pretensiones ejercitadas por el apelante y, por ello, reconocer que procede la convalidación que se solicitó ante el Instituto de Educación Secundaria Náutico Pesquera … de ….

Sin embargo, el anexo II de la Orden de 20 de diciembre de 2001 por la que se determinaron convalidaciones de estudios de formación profesional específica derivada de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo, en la familia "Actividades Marítimo Pesqueras" incluye, por un lado, como formación aportada la familia profesional "Mantenimiento y Servicios a la Administración" y Ciclo Formativo/Módulos profesionales (ciclo formativo al que pertenecen) el ciclo formativo: "Mantenimiento de Equipo Industrial". Por otro lado, como formación a convalidar, módulos profesionales a convalidar (ciclo formativo al que pertenece) el de "Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial (Operación, Control y Mantenimiento de Maquinas e Instalaciones de Buque)".

Es decir, **no hay duda alguna sobre el ciclo y el módulo a convalidar** (Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial) **pero no se identifica cuál es el módulo del ciclo formativo de Mantenimiento de Equipo Industrial susceptible de convalidación, sin que se realice ninguna alusión explícita al módulo** de "Técnicas de Fabricación para el Mantenimiento y Montaje".

Por lo que se refiere al segundo argumento, la sentencia razona lo siguiente:

> Ello al margen de la incidencia que tuvo el proceso jurisdiccional seguido por el apelante, en su momento ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ferrol en procedimiento abreviado 818/2007 y posterior sentencia 746/2009, de 16 de septiembre, recaída en el recurso de apelación 614/2008, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que está incorporada al expediente, vinculada a los efectos de lo que allí se estimó como silencio positivo y a la decisión final de la Sala de Galicia, en el ámbito del art. 29.1 de la Ley de la Jurisdicción, de condenar a la Administración a incorporar al expediente académico lo que se había pretendido respecto a la convalidación y exenciones obtenidas, así como a la entrega de certificación académica oficial en dicho sentido.

La sentencia entiende, de esa forma, que debe hacerse completa abstracción de las circunstancias concurrentes, pese a que, tanto en el caso del ciclo formativo Mantenimiento de Equipo Industrial como en el del ciclo superior de Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque, todos los módulos superados por el reclamante lo han sido por exención o convalidación, sin que en realidad haya seguido ni aprobado de forma regular las enseñanzas específicas correspondientes a ninguno de ellos.

No corresponde a esta Comisión valorar los efectos inadecuados que puede llegar a ocasionar el silencio positivo como sanción legal derivada de la falta de resolución en plazo, especialmente cuando pueden estar implicados los derechos de terceros, pero sí que debe hacer constar que, no solo era discutible la convalidación a la vista del literal del anexo II de la Orden de 20 de diciembre de 2001, sino que también lo era que la exención obtenida por silencio para un determinado ciclo pudiera hacerse valer en otros ciclos formativos, porque no había sido reconocida en aquellos y además se había producido sin que las autoridades educativas realizaran el necesario contraste para comprobar, de forma fehaciente, que no era precisa la superación del módulo a la vista de la práctica laboral.

En la medida en que las exenciones por la práctica laboral constituyen excepciones al regular seguimiento del módulo y la superación de las correspondientes pruebas calificadoras, deben ser objeto de interpretación estricta y rigurosa, sin que sean aceptables exégesis expansivas, en garantía de un tratamiento igualitario de todos los ciudadanos, ya que todos tienen derecho a la educación en el marco de un sistema educativo que garantice la igualdad de oportunidades para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

Finalmente, el tribunal concluye su análisis con el siguiente argumento de cierre:

> Todo ello porque no se ha trasladado que en el ordenamiento jurídico, de forma expresa, se establezca que no quepa convalidar módulos formativos que se consideren, a los efectos que nos ocupan, superados con la correspondencia por la práctica laboral, en relación con módulos formativos para los que no esté prevista la correspondencia con la práctica laboral, todo ello en relación con las previsiones del Real Decreto 722/1994, de 22 de abril, por el que estableció el título de Técnico de Superior de Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque y las correspondientes enseñanzas mínimas aplicable al supuesto de autos, al margen

de que haya sido posteriormente derogado por el Real Decreto 1075/2012, de 13 de julio, y ello en relación con las previsiones de implantación por las administraciones educativas del nuevo currículo de la enseñanza que no inciden en nuestro supuesto.

Entiende la Comisión que, si conforme al Real Decreto 722/1994, de 22 de abril, no cabía la exención del módulo Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial por correspondencia con la práctica laboral, no era infundada la interpretación que defendía que no era posible cualquier convalidación de módulos a la luz del anexo II de la Orden de 20 de diciembre de 2001, debiéndose distinguir si se había aprobado el módulo o había quedado exento, por el mayor rango del real decreto y conforme al principio de jerarquía normativa que rige el sistema de fuentes.

Era la orden la que debía ajustarse al real decreto y las previsiones de este no admitían la superación del módulo de Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial por correspondencia con la práctica laboral, lo que, sin embargo, finalmente ha sucedido, si bien de forma indirecta.

En definitiva, **sin perjuicio del obligado cumplimiento de la resolución judicial, puede decirse que existían dudas derivadas de la terminología sobre el módulo susceptible de convalidación, ya que se mencionaba el ciclo formativo pero no el módulo concreto, e incluso sobre la propia vigencia de la exención obtenida por silencio administrativo, y la actuación de la Administración estaba inspirada por criterios interpretativos razonables, como el de limitar el campo de las excepciones y respetar la aplicabilidad de la norma de mayor rango.**

Como ya hemos señalado, otro de los requisitos exigidos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es el de la efectividad del daño o perjuicio.

Antes de analizar los concretos conceptos por los que reclama el interesado, se ha de apuntar que establece una relación directa entre la imposibilidad de ejercer la profesión de mecánico mayor naval y la falta de convalidación del módulo cuando lo solicitó en el año 2013.

Ahora bien, si era la falta del título de Técnico de Superior de Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque lo que le impedía trabajar en esa profesión, no se comprende por qué esperó al curso 2012/2013 para matricularse y obtener la convalidación del módulo de Técnicas Auxiliares de Mantenimiento Industrial, cuando era el único que le faltaba para concluir los estudios desde el curso 2001/2002, en base a la Sentencia de 23 de enero de 2002 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de A Coruña, y la exención del módulo de Técnicas de Fabricación para el Mantenimiento y Montaje, del ciclo formativo de Mantenimiento de Equipo Industrial, le había sido reconocida por la Sentencia de 16 de septiembre de 2009 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Dejó pasar por lo menos dos cursos académicos (2010/2011 y 2011/2012) sin que al parecer tal demora le ocasionara perjuicio alguno.

Se ha de precisar asimismo que la regulación para obtener el título profesional de mecánico mayor naval prevista por el Real Decreto 930/1998, de 14 de mayo, sobre condiciones generales de idoneidad y titulación de determinadas profesiones de la Marina Mercante y del sector pesquero, fue derogada parcialmente por el Real Decreto 973/2009, de 12 de junio, por el que se regulan las titulaciones profesionales de la Marina Mercante y, posteriormente, por el Real Decreto 36/2014, de 24 de enero, por el que se regulan los títulos profesionales del sector pesquero.

Pues bien, ni en la regulación unitaria del Real Decreto 930/1998 ni en la regulación desglosada de los reales decretos 973/2009 y 36/2014 es suficiente con tener el título controvertido, pues se han de poseer también otros requisitos.

Es más, estando ya vigente en el momento en que se solicita la convalidación el Real Decreto 973/2009, ni siquiera es el único título que permite acceder a la profesión, a tenor del régimen general que establece su artículo 14:

> Artículo 14. Mecánico mayor naval.
>
> Los requisitos de obtención y atribuciones del título profesional de mecánico mayor naval son los siguientes:
>
> 1. Requisitos de obtención:
>
> a) Estar en posesión del título académico de técnico superior en supervisión y control de máquinas e instalaciones del buque o de técnico especialista de la rama marítimo pesquera, especialidad mecánica naval, o

bien estar en posesión del correspondiente certificado de profesionalidad donde se recojan las competencias profesionales propias de esta titulación.

Para ello, los centros de formación deben cumplir con los requisitos mínimos de calidad en la formación para el ejercicio profesional en buques mercantes, tal y como se establece en el artículo 20, con anterioridad al comienzo de los cursos.

b) Haber cumplido 20 años de edad.

c) Haber superado el reconocimiento médico de embarque marítimo realizado por el Instituto Social de la Marina en el momento de la solicitud del título.

d) Haber realizado un período de 12 meses de embarque, en calidad de alumno o marinero de máquinas, de los cuales al menos seis meses haya desempeñado actividades de guardia de máquinas. Todo ello como parte de un programa de formación conforme a los requisitos de la sección A-III/1 del Código STCW. Este último hecho habrá de constar en el libro de registro de la formación.

e) Haber superado la prueba de idoneidad profesional determinada por el Ministerio de Fomento, de acuerdo con las normas de competencia de la sección A-III/1 del Código STCW.

Dicho esto, como es sabido, la jurisprudencia con respecto al lucro cesante (entre otras STS de 15 de noviembre de 2002, RJ 2002, 10959) "exige una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización de lucro cesante, en coherencia con reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios".

Y, en el mismo sentido, la STS de 22 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2895) dice que "la indemnización por lucro cesante requiere demostrar que se ha producido de forma inmediata, exclusiva y directa, un perjuicio efectivo y susceptible de valoración económica, derivado de la pérdida de unos ingresos no meramente contingentes, quedando excluidas de resarcimiento las meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas".

En este caso, no existe daño efectivo en los términos en los que ha sido solicitada la indemnización —las supuestas retribuciones dejadas de obtener por no ejercer la profesión de mecánico mayor naval—, pues estas dependían de múltiples factores, entre ellos y como presupuesto inexcusable que hubieran existido tales empleos y le hubiera sido ofertada la suscripción del correspondiente contrato al que tuvo que desistir por la falta de titulación.

Desde luego **es notoriamente insuficiente la mera aportación de dos ofertas de trabajo de una naviera aparecidas en una página web el 12 de noviembre de 2016**.

Como se extrae de la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras STS de 24 de marzo de 2004 RJ 2004, 1951, 12 de julio de 2004, RJ 2004, 5250, 3 de noviembre de 2004 RJ 2004, 5250, 13 de abril de 2005 RJ 2005, 3234 y 6 de abril de 2006 RJ 2006, 1772)), dictadas también en asuntos de responsabilidad patrimonial con ocasión de una falta de convalidación posteriormente anulada en vía jurisdiccional:

> en abstracto nada impide sostener que una decisión administrativa de este género, ulteriormente anulada, puede haber tenido para sus destinatarios consecuencias económicas desfavorables y causado una serie de daños y perjuicios que han de ser indemnizados. Pero cuando en un proceso singular se pasa del plano abstracto al plano individual y en él se ejercita una acción específica de resarcimiento, además de la propiamente anulatoria, es preciso demostrar que efectivamente aquellos daños tuvieron lugar, pormenorizando en qué se han traducido las consecuencias económicas desfavorables para cada uno de los recurrentes.

En este supuesto, al igual que en los analizados por dichas sentencias, **no existe prueba suficiente de que el reclamante hubiera obtenido trabajo de mecánico mayor naval, en el caso de que la Administración hubiera atendido su solicitud de convalidación.** Entiende la Comisión que para sostener que hubiera sido contratado era precisa, con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo, por lo menos, "una más cumplida acreditación de las condiciones de aquel mercado laboral y de las expectativas de encontrar un empleo consecutivo, de modo inmediato, a la obtención" del título de Técnico de Superior de Supervisión y Control de Máquinas e Instalaciones del Buque.

En cuanto al posible **daño moral** que también se esgrime, podemos igualmente hacernos eco de tales sentencias:

En efecto, los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal aun cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria. Como se afirma en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9736), el concepto de daño moral «no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197); es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium dolores". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial».

Si es cierto que la noción de daño moral ha sufrido una progresiva ampliación, de la que da fe la sentencia de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089), también lo es, según dicha sentencia se encarga de refrendar, que «la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia», estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada.

Ciertamente, **si al denegarse la convalidación se impidió su autorrealización como persona, académica y profesional, una vez producida la convalidación puede decirse igualmente que ha sido debidamente reparado el daño causado.**

En definitiva, ni se ha producido un daño antijurídico, ni se ha privado al reclamante de las remuneraciones derivadas de un contrato de trabajo, ya que tales consecuencias económicas no dejan de ser meras expectativas o ganancias dudosas o hipotéticas.

DCJA 94/2017 pár. 31 a 78

G) Servicio de limpieza

El reclamante afirma que se topó con la manguera de riego del servicio de limpieza del ayuntamiento, sin señalización alguna que lo indicase. Dicha manguera que se encontraba en funcionamiento por la acción de riego del operario, ocupando en zigzag el ancho de la calzada con varias dobleces, representó un obstáculo imposible de esquivar que determinó la pérdida de control de la bicicleta y caída del compareciente sobre la calzada.

(…)

Atendiendo a los datos anteriores, **la Comisión entiende que el servicio de limpieza en este supuesto no ha actuado con la prudencia necesaria en la realización de su cometido,** por lo que existe relación de causalidad entre su actuación ─anormal─ y la caída y daños sufridos por el reclamante, por las siguientes razones.

Son hechos no discutidos por las partes que don **ALV circulaba en bicicleta** por la calle … de Bilbao, de un solo sentido de circulación, y **chocó con una manguera de riego que ocupaba,** al menos, **la mayor parte de la calzada, y como consecuencia de ello sufrió una caída** que le ocasionó unas lesiones por las que hubo de ser intervenido quirúrgicamente.

El ayuntamiento ha hecho suyo el informe presentado por la UTE RSU Bilbao, aunque no ha informado sobre la relación existente entre la UTE y el ayuntamiento.

Según el informe de la UTE RSU Bilbao, normalmente en las operaciones de limpieza se extiende la manguera linealmente, a lo largo de la calzada, pero en el caso que nos ocupa, debido a que la zona de baldeo estaba próxima a la boca de riego, se extendió la manguera en zigzag ocupando la mayor parte de la calzada.

Los operarios que toman parte en esta clase de operación, según la misma UTE, son dos, uno de ellos se sitúa junto a la boca de riego y en las inmediaciones para dar a conocer a los viandantes las labores de limpieza llevadas a cabo y así evitar posibles riesgos, y el otro operario es el que efectúa el baldeo. Siendo el primero quien a su vez es el encargado de mantener la manguera en la medida de lo posible fuera de la zona de tráfico rodado.

En el presente caso, según la contratista, uno de los operarios se encontraba en medio de la calzada junto a la manguera vestido con ropa reflectante, dando a conocer la situación de la misma a los vehículos que por allí pudieran circular.

En las declaraciones de los operarios, uno de ellos, el que se ocupaba del baldeo, afirma que no vio al ciclista ni la caída y que es habitual que mientras realizan estos trabajos la manguera recorra y cruce tanto las aceras como las calzadas.

El segundo operario afirma que cuando ocurrieron los hechos él se encontraba con traje reflectante en medio de la calzada, sujetando la manguera; identifica el croquis presentado por la Policía municipal y cree que la situación de la manguera era similar; no vio circular al ciclista, solo le vio caer.

De las afirmaciones anteriores se deduce, en primer lugar, que no pudo realizarse la limpieza con la manguera extendida a lo largo de la calzada como es lo correcto, sino invadiendo la mayor parte de ella, con el consiguiente incremento de peligro para la circulación, lo que debiera haber intensificado el esfuerzo para advertir a los usuarios de la vía la existencia de la manguera en la calzada.

No puede considerarse que el empleado encargado de avisar a los usuarios de la vía de la existencia de la manguera en la calzada cumpliera con su función, cuando no vio al ciclista circulando, sino cuando se caía, en una calle tan estrecha y de un solo sentido de circulación.

Incluso la realidad de su presencia en mitad de la calzada sosteniendo la manguera resulta incompatible con el hecho de que en ese lugar se produjera el choque del ciclista con la manguera, según se deduce del croquis levantado por los policías municipales, croquis que, por otra parte, no recoge la presencia en la zona del empleado encargado de avisar del peligro de la manguera.

Para terminar, decir que, **habiendo sido los empleados de la limpieza los que crearon el peligro en la vía pública, correspondía a ellos extremar la diligencia para advertir de ello a los usuarios de la vía**, lo que no ha quedado acreditado que lo hicieran, sin que merezcan ser tenidas en consideración las referencias al exceso de velocidad, imprudencia y falta de atención del ciclista que señala el informe de la contratista, dado que tales circunstancias no se ven reflejadas en las declaraciones de los operarios ni en los informes de los policías municipales.

DCJA 221/2017 pár. 22 a 37

H) Servicio público de extinción de incendios

La reclamación, como decimos, **parte de** esa relación y considera **que el segundo incendio se produjo al reavivarse un foco inadvertido y latente del primer incendio** que subsistió bajo las grandes cantidades de material apilado hasta que encontró las condiciones necesarias para cobrar fuerza.

El informe del SPEIS, sin embargo, considera que la tesis de los peritos de …, S.L. (empresa contratada por la entidad aseguradora reclamante) no ha quedado acreditada y en la última actualización de su informe sobre la intervención, de 11 de julio de 2014, incluye un apartado específico referido a la retirada de material realizada el día 10 de julio de 2014. En ese informe se da cuenta de la retirada de material realizada, con el objetivo comprobar si era posible establecer una conexión entre la localización de los incendios producidos el día 24 y el día 27, sobre lo cual este informe concluye que "por el interior de la montonera el fuego no tiene nexo de unión entre ambos focos. Y exteriormente, como se puede observar en las fotografías, tampoco existía".

Con ello trata de refutar la tesis de la reclamación, pero, en cualquier caso, tampoco este informe del SPEIS aporta una tesis diferente sobre la causa de este segundo incendio, y está claro que **no puede atribuirse a un segundo fallo eléctrico puesto que la corriente había sido cortada tras el primer incendio**.

Inicialmente se llegó incluso a barajar la posibilidad de que fuera provocado. El atestado elaborado por la Ertzaintza refleja que las informaciones que trasladaron los bomberos a los agentes actuantes en el lugar es que podría haber sido provocado, al no existir en el lugar elementos susceptibles para originarlo. No obstante, esa tesis no se ha impuesto y tampoco ha cobrado consistencia alguna. Las escasas actuaciones penales desarrolladas tampoco han encontrado base para iniciar una investigación judicial, por lo que la única tesis que puede explicar los acontecimientos con la solidez necesaria es la que relaciona ambos incendios.

La concreta localización del foco inicial puede ser discutida porque el lugar identificado en el informe de …, S.L. ha sido rebatido, como decimos, por el informe del SPEIS pero, aun cuando no fuera ese el punto exacto de inicio, la relación entre ambos incendios y la existencia de un foco latente sigue siendo, como decimos, la tesis más coherente y probable. De hecho, la propia propuesta de resolución acepta finalmente esta tesis al atribuir la responsabilidad del siniestro a la actuación negligente de los responsables del negocio siniestrado, que no siguieron las instrucciones y advertencias de los servicios de extinción para eliminar riesgos, como el que luego se materializó.

Partiendo así de la existencia de una relación entre ambos incendios, se ha de analizar si esa relación devino posible como consecuencia de la actuación de los servicios de extinción, como defiende la entidad reclamante, o si fue la actuación de los responsables de la empresa lo que permitió que el riesgo aun latente de un reavivamiento del incendio se materializara con esa virulencia.

De inicio, ya hemos adelantado que la actuación de los servicios de extinción no presenta dudas hasta que logran controlar el primer incendio. En la mañana del día 24, tras las labores de extinción, el pabellón se encontraba con aire respirable y atmosfera completamente limpia. Las advertencias realizadas a los responsables de la empresa —extraer el material apilado, remover los montones con pala excavadora y refrescar las capas inferiores de material y necesidad de mantener la vigilancia del lugar— también tienen total sentido, dadas las concretas condiciones físicas del lugar. Hay que tener en cuenta que la actividad de la empresa consistía en la fabricación de pellets, un material que se utiliza precisamente como combustible, y que, como consecuencia del proceso de fabricación, la nave contenía almacenado gran cantidad de material, apilado en función de sus distintas fases de producción (palets, palets troceados o viruta de madera), con un riesgo fácilmente perceptible.

La posibilidad de que existiera un rescoldo bajo los montones de material era evidente hasta para un profano, de ahí que resulte fundamental a los efectos de la reclamación determinar la responsabilidad sobre la retirada del material.

Las fichas de intervención reflejan claramente las instrucciones y advertencias que los servicios de extinción trasladaron a los responsables de la empresa. La ficha 14-1461, correspondiente a la primera intervención, ya advierte que "como se trata de viruta de madera es preciso removerla y mojarla para comprobar que no quedan rescoldos", añadiendo que "esta acción la realizarán los operarios de la empresa con apoyo de bomberos durante la mañana de hoy". La ficha 14-1463 refleja la continuación de la intervención tras relevar al turno anterior. Esta ficha señala que "los responsables se comprometen a retirar todo el material del pabellón al exterior, se les advierte de que deben tener una máquina preparada con agua de las tres BIEs de las que disponen, por si tuvieran que hacer uso de ellas para sofocar cualquier rescoldo que pudiera aparecer". También tiene reflejo en esta ficha la revisión de la situación durante la misma tarde del día 24 de junio. Con respecto a esa actuación, refleja lo siguiente: "quedamos en pasarnos a la tarde para revisar. En esta revisión de la tarde se comprueba que hay algo de humo aun en la zona más cercana a los silos, pues vemos que no han removido nada con la pala excavadora; se les advierte de nuevo de que esta labor es necesario realizarla para que podamos asegurarnos de la completa extinción del incendio".

Por tanto, **las fichas de intervención reflejan con claridad que los servicios de extinción requirieron que se removiera el material y su extracción al exterior, precisamente para evitar que posibles rescoldos ocultos o latentes pudieran reavivar el fuego.**

La compañía de seguros estima que los propios bomberos deberían haber asumido las operaciones de extracción ya que los responsables de la empresa no disponían de conocimientos ni medios para realizar esas operaciones. Además, alegan que, si no extrajeron el material tras el primer incendio, fue porque los propios bomberos presentes en el siniestro les dijeron que ya no era necesario, porque el fuego estaba totalmente extinguido.

La Comisión comparte con el ayuntamiento el rechazo de estos argumentos por diferentes motivos.

En primer lugar, las fichas de actuación no dejan lugar dudas en cuanto a las instrucciones de remover, refrescar y extraer el material. La decisión final de no extraerlo parece tener más que ver con un exceso de confianza o una

falta de diligencia y con las relaciones de los responsables de la empresa con el propio seguro y con sus peritos. En su declaración testifical, es uno de los propietarios de la empresa el que declara que los dos peritos enviados por la compañía aseguradora les dijeron "que no tocaran nada". También la compañía aseguradora del dueño del pabellón envió a su propio perito y el testimonio ofrecido por don GDAL refleja que por indicación de la propia compañía de seguros "no podían tocar nada".

En segundo lugar, una situación de emergencia como la que se produce en un incendio en una zona urbana puede obligar a los servicios de extinción a adoptar medidas ignorando la propiedad de los inmuebles, pero ello no altera en este caso el hecho de que la responsabilidad principal sobre el material apilado en la nave era en principio, de sus propietarios.

La Ley 1/1996, de 3 de abril, de emergencias del País Vasco, establece con carácter general el deber de colaboración de todas las personas en las tareas de protección civil, estando obligadas en concreto a seguir las instrucciones y medidas de emergencia emanadas de las autoridades competentes en materia de protección civil, así como cumplir las órdenes generales y particulares emanadas de tales autoridad (artículo 2 ter). En supuestos de emergencia e, incluso, en determinadas situaciones, las autoridades de protección civil pueden actuar interviniendo y ocupando temporalmente los bienes necesarios para afrontar una emergencia, pero siempre de manera proporcionada a la situación creada (artículo 2 quáter).

En el presente caso, **la Comisión estima que la actuación de los servicios de extinción fue proporcionada. Actuaron con rapidez y eficacia en el primer incendio y cuando este estuvo sofocado devolvieron el control a los titulares de la empresa, dándoles asimismo las instrucciones necesarias para garantizar la seguridad. No puede atribuirse ninguna responsabilidad a los servicios de extinción por no haber asumido trabajos que correspondían a los responsables de la empresa porque no había motivos de urgencia para adoptar medidas de esa naturaleza**. De hecho, entre el primer incendio y el segundo transcurrieron tres días en los que la empresa pudo efectuar esas operaciones. La situación estaba controlada y muestra de ello es que ni los mismos peritos de …, S.L. ─que cuestionan en su informe la actuación de los bomberos─ detectaron el foco latente en su inspección del primer siniestro, realizada el día 26 de junio, esto es, solo unas horas antes del inicio del segundo incendio. Está claro, en definitiva, que sin remover previamente el material apilado no podía garantizarse la inexistencia de algún rescoldo y esa actuación, una vez que el primer incendio estaba sofocado, era responsabilidad de la empresa afectada.

En tercer lugar, la alusión a la falta de preparación y medios de los titulares de la empresa, para atribuir a los servicios de extinción la responsabilidad sobre el material de la empresa a extraer tampoco parece un argumento consistente. Se trata de una actividad industrial dedicada a la fabricación de un producto que se utiliza precisamente como combustible. **Si la empresa carece de conocimientos y medios para hacer frente a una situación que, desgraciadamente, es posible y potencialmente peligrosa, pone en cuestión su propia capacidad para desarrollar la actividad, y no la capacidad de los servicios de extinción para llevar a cabo su cometido**.

En cuarto lugar, el informe del SPEIS también refleja que la empresa presentaba irregularidades en su proyecto industrial ya que, basándose en el Reglamento industrial (Real Decreto 2267/2004, de 3 de diciembre), un edificio industrial tipo C, de superficie superior a 1.000 m^2, con riesgo alto debería haber contado con un sistema de rociadores automáticos y detección automática; instalaciones de las que la empresa carecía y con las que se podría haber evitado el incendio o, al menos, reducir sus efectos, abundando en la tesis de la actuación negligente de los responsables de la empresa.

En último término, el siniestro ha dado lugar al menos a dos procedimientos judiciales por daños, en los que se ha juzgado la responsabilidad civil de la empresa PSC, y sus compañías aseguradoras. En la fijación de los hechos destaca por su claridad la Sentencia nº 33/2016, de 24 de febrero de 2016, del juzgado de Primera Instancia número 6 de Vitoria-Gasteiz, en la que se solventa la petición del propietario de la nave siniestrada por los daños sufridos en la nave no reparados por la empresa arrendataria. Esta sentencia declara probado lo siguiente:

> El segundo incendio se debió a no haber actuado con la diligencia debida los operarios de la demandada, desoyendo las recomendaciones de los bomberos para evitar la reavivación del fuego, lo que finalmente ocurrió, como era previsible y pudo perfectamente haber evitado la demandada arrendataria. Así resulta de la documental aportada en autos, consistente en atestado e informes de policía y bomberos (especialmente folios 138 a 140 de las actuaciones) y en particular de las testificales de los agentes de policía que comparecieron en juicio, y que de conformidad con lo que se hizo constar en el atestado correspondiente, han confirmado categóricamente que no se presentó denuncia ni se inició de oficio proceso penal para la averiguación de posible

delito relacionado con los incendios objeto de autos al no apreciarse ningún indicio siquiera de que el segundo incendio pudiera haber sido ocasionado por causa distinta de la reactivación del fuego debido a la falta de diligencia de la demandada en la limpieza de escombros y material combustible, y el refresco permanente del lugar del siniestro, tal y como le fue oportuna y claramente indicado que debía proceder, por los bomberos.

No cabe, por tanto, atribuir la responsabilidad de lo sucedido a los servicios de extinción, que actuaron correctamente ejecutando las labores materiales de extinción y dando las instrucciones pertinentes a los responsables de la empresa para consolidar la situación y mantener la seguridad.

DCJA 23/2017 pár. 55 a 74

I) Servicio público portuario

Parece, en consecuencia, justificado que el diseño de unas instalaciones públicas que figuran adscritas intrínsecamente a actividades de servicio público, como son las que concurren en un puerto con actividad recreativa, responda primordialmente a las necesidades funcionales que resulten prevalentes, aun cuando en un lugar como el que concita el presente caso confluyan o puedan concurrir más circunstancialmente otras actividades de tipo diverso.

En este sentido, pocas dudas le suscita a la Comisión **la importancia que adquieren las labores habituales de carga y descarga portuaria en la zona del puerto en donde se produjo el accidente, bien de materiales o de personas, por más que se registre la presencia de otro tipo de actividades (hosteleras, recreativas, turísticas…).**

Por lo tanto, **justificada la incompatibilidad de las características que debe reunir intrínsecamente un muelle con las barreras o elementos de protección que es habitual advertir en el diseño de otra clase de instalaciones públicas con presencia de rampas, niveles o escalones de notable diferencial**, **resulta descartable inferir una causa de imputación de responsabilidad a la Administración portuaria por la configuración dispuesta sobre la actual infraestructura.**

Cobra, por la misma razón, trascendencia que, a fin de exonerar de la misma responsabilidad pública, se constate la presencia de una señalización adecuada capaz de advertir los riesgos que el uso de unas instalaciones abiertas puede entrañar. Del citado informe se desprende igualmente la **existencia de carteles informativos reglamentarios** situados en la entrada al puerto desde la única calle de acceso, en donde se anuncia, juntamente con las dotaciones con que cuenta el puerto, una diversidad de actividades prohibidas y de riesgos advertidos en el uso de las instalaciones portuarias, dirigidas específicamente a las personas que se adentren en el recinto portuario.

Y si las indicadas **advertencias constituyen factor suficiente para entender que se cumple la obligación de advertir a las personas que esporádicamente accedan al recinto portuario de los peligros que en ella puedan encontrar**, **con mayor razón hemos de entender que una persona que es usuaria habitual y, lógicamente, conocedora de la configuración de las instalaciones portuarias por desarrollar su actividad laboral en él debe ser consciente de ello**, adecuando su presencia y movimientos a tales realidades.

En este sentido, no está de más resaltar que **la Administración no se ha limitado a la instalación de señales de aviso, sino que dispone de un reglamento que regula las actividades que se desarrollan en puertos** como el de Armintza: el Decreto 236/1986, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades portuarias (BOPV nº 225; de 17 de noviembre de 1986). Este reglamento, en su capítulo IV, establece las normas de acceso al puerto, entre las que podemos destacar su artículo 31 ("las personas y vehículos que circulen por la zona portuaria lo harán bajo su exclusiva responsabilidad, respetando las señales existentes…"), al igual que su artículo 30 ("el aparcamiento de vehículos en las zonas portuarias estará limitado a los espacios señalados al efecto y a los vehículos que tengan relación con las actividades portuarias"), obligaciones estas incumplidas por el conductor del vehículo siniestrado, conducta que bien pudo haber influido en la producción del siniestro.

Resulta oportuno en este momento comentar la afirmación efectuada por la reclamante en sus alegaciones en el trámite de audiencia relativa a la atribución a la inexistencia del vallado como causa del accidente, contenida en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao de 21 de abril de 2017, dictada en demanda instada por la reclamante para el reconocimiento de las prestaciones que le correspondían como consecuencia de accidente de trabajo.

Conforme recoge la propuesta de resolución, debe afirmarse, en primer lugar, que la sentencia recaída en el procedimiento laboral no vincula a la Administración, por cuanto no analiza —ni, mucho menos, resuelve— los elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración; en segundo lugar, que la lectura atenta de la referida sentencia arroja la conclusión que el accidente acontecido pudo deberse (a) a la falta de visibilidad; (b) la inexistencia de vallado; (c) el despiste del trabajador; (d) otras cuestiones que se desconocen. Todos esos escenarios son barajados —sin que, al contrario de lo que la reclamante recoge en su escrito de alegaciones, se establezca prelación alguna entre ellos— como hechos causales potenciales que derivaron en el daño lesivo mortal y se enmarca en un discurso tendente a negar que nos encontremos ante un supuesto de imprudencia temeraria que podría justificar el rechazo al abono de las prestaciones, en cuyo fundamento jurídico cuarto, tras citar lo que diversas sentencias del Tribunal Supremo entienden como conductas que puedan calificarse como imprudencia temeraria, se concluye:

> …ello conlleva la convicción de que en tales circunstancias no se encontraba el causante para entender una imprudencia temeraria ante su ingesta de alcohol y sus niveles de este en sangre, y solo encontramos una imprudencia simple pues pudo ser la causa la falta de visibilidad, la inexistencia de vallado, el despiste del trabajador ante la hora de salida y volver a su domicilio a comer, y, quizás otras cuestiones que desconocemos y no podemos aventurar…, todo ello determina que entienda este Magistrado que nos encontramos ante un accidente in itinere y por tal debe ser calificado como accidente de trabajo.

Por lo tanto, no cabe concluir que la sentencia declare la inexistencia de vallado como causa del accidente, sino que se limita a incluirlo en un listado de posibles causas o con causas que pudieron determinar el suceso, sin entrar a valorar cuál o cuáles de ellas lo produjeron, puesto que, como se ha explicado, ese no era el objetivo del pronunciamiento judicial, sino, simplemente, declarar la no concurrencia de una imprudencia temeraria.

Por tanto, es evidente que la actuación de la Administración no ha jugado un papel relevante, ni ha sido efecto condicionante ni puede considerarse causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, de donde se deriva la ausencia de daño antijurídico que pueda determinar la responsabilidad de la Administración portuaria.

DCJA 177/2017 pár. 39 a 48

J) Servicios sanitarios

Hay, no obstante, dos cuestiones planteadas en la reclamación sobre las que es preciso detenerse para analizar su posible efecto sobre el retraso en el diagnóstico.

La primera de ellas, y más importante, es el **retraso en la realización de la prueba que, probablemente, hubiera permitido realizar un diagnóstico con anterioridad**. Nos referimos al episodio transcurrido el 26 de junio de 2014, fecha en la que el reclamante acudió al Servicio de digestivo del Hospital Universitario … para realizar una gastroscopia con sedación que finalmente no realizó.

El reclamante refiere que la cita para la prueba era a las 16:00 horas y que esperó a su realización hasta pasadas las 20 horas, momento en el que tuvo que irse para atender a su madre impedida. Sin perjuicio de la exactitud del relato —el informe de digestivo fija la hora de la prueba a las 17:01 horas—, la historia muestra, en un documento manuscrito elaborado por algún miembro del servicio no identificado, que, en efecto, el paciente se marchó ese día sin realizar la prueba, aunque advirtiendo de ello. No hay constancia, sin embargo, del horario en que decidió abandonar el centro. Se añade en el citado manuscrito que "se le entregó volante solicitud de prueba", pero no consta actuación alguna del reclamante dirigida a obtener una nueva fecha para la realización de la prueba. Sí refiere, en sus alegaciones, que quedó a la espera de que le llamaran para realizar la prueba, cosa que, al parecer, no ocurrió. Posteriormente, tampoco acudió a la siguiente cita concertada en el Servicio de digestivo el día 10 de octubre de 2014.

Con ello se interrumpió la atención y, probablemente, se retrasó el diagnóstico. No obstante, es preciso reconocer que **fue el propio reclamante quien interrumpió el proceso y no lo volvió a activar hasta que acudió al Servicio de urgencias, casi un año después.**

Esta Comisión considera que, en determinados supuestos, la inactividad de los servicios sanitarios puede constituir un mal funcionamiento del servicio, incluso con una actuación pasiva del propio paciente. Así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 noviembre 2003 aprecia la responsabilidad de los servicios sa-

nitarios por no poner de inmediato en conocimiento del paciente el resultado de una prueba positiva de melanoma, pese a que el paciente no se había presentado a la consulta que tenía programada.

Por otro lado, partiendo del derecho de autodeterminación del paciente que articula 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, **el paciente puede en todo momento apartarse del proceso asistencial ofrecido en la sanidad pública, renunciando a la misma, y puede igualmente optar por la sanidad privada, sin necesidad de comunicarlo a la sanidad pública. De ahí que tampoco pueda exigirse en todo caso que sea la Administración sanitaria la que, ante la pasividad del paciente, tome la iniciativa y se ponga en contacto con aquél para reanudar la atención o el estudio suspendidos por su causa**. Siendo el propio reclamante quien renunció a la prueba ─al margen de sus legítimos motivos─, no es lógico trasladar sin más a la Administración la responsabilidad de su efectiva ejecución; más aún cuando tampoco acude a la siguiente consulta con el especialista, abandonando el proceso asistencial.

La actuación del recurrente, en el presente caso, rompería un posible nexo causal entre la asistencia sanitaria y el daño alegado puesto que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 (Recurso de Casación 1285/2008), no puede imputarse a la Administración sanitaria un retraso en el diagnóstico cuando la actuación del recurrente, no acudiendo a una visita previa, ha impedido a los servicios sanitarios la apreciación de un agravamiento de la patología que hubiera permitido a los servicios sanitarios tomar las medidas adecuadas.

En estas condiciones, la posible pérdida de oportunidad terapéutica originada por la renuncia a la gastroscopia no puede ser imputada a la Administración sanitaria sino al propio paciente. Este, tras renunciar al estudio previsto, renunció igualmente a la cita posterior con el Servicio de digestivo que habría reactivado el estudio del caso, paralizando así el proceso asistencial hasta que de nuevo él mismo decidió acudir, casi un año después, al Servicio de urgencias. En ese momento, ya presentaba una sintomatología más severa desde dos semanas previas (incremento del reflujo, distensión abdominal, ardor retroesternal con náuseas y algún vómito, hiporexia con pérdida de peso de unos 5 Kg).

DCJA 117/2017 pár. 43 a 50

En principio, las infecciones nosocomiales (es decir, las adquiridas en el hospital o con motivo de haber estado en el hospital) no se tienen que producir y, si se producen, la Administración tiene que responder, ya que se trata de daños previsibles y evitables, resultando antijurídica la infección.

Ahora bien, sucede que pueden producirse infecciones nosocomiales (que no son todas iguales y responden también a diversas causas, a las propias actuaciones clínico-sanitarias, al lugar o material que se emplea en aquellas o a la situación clínica del mismo paciente) aunque se haya hecho todo lo posible para evitarlas, en cuyo caso, si se tomaron todas las medidas adecuadas de acuerdo con la *lex artis*, lo que debe probar la Administración, se ha de considerar que dicho proceso infeccioso constituye un riesgo que el paciente tiene el deber jurídico de soportar.

Es decir, **aun siendo las infecciones hospitalarias un riesgo previsible, no resultan** ─aun adoptando todos los medios de control y prevención que el estado de los conocimientos de la ciencia y la técnica permiten y dado su carácter multifactorial─ **evitables en su totalidad pues, a pesar de la adopción de dichas medidas, algunos pacientes desarrollan dicha complicación, en cuyo caso no cabe atribuir responsabilidad a la Administración, debiéndose trasladar al particular el deber jurídico de soportar el daño.**

Tal y como manifiesta la STS de 6 de julio de 2011 (RJ 2012-629), "no es suficiente con constatar el origen intrahospitalario de una infección para de ello concluir la reprochabilidad de la sepsis al funcionamiento del servicio médico, sino que, para que pueda nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario acreditar el incumplimiento del estándar de rendimiento, que permite el estado del conocimiento, para detectar la presencia del elemento causante de la infección".

En definitiva, **corresponde a la Administración la carga de probar que han sido causas ajenas al servicio sanitario las que han provocado el daño, al haberse adoptado por el hospital todas las medidas precautorias necesarias para evitar el contagio por dichos patógenos.**

DCJA 176/2017 pár. 45 a 49

Gestión de listas de espera

Concluye su análisis afirmando que la permanencia en la lista de espera quirúrgica no ha supuesto un mayor perjuicio para don MAL, desde el punto de vista clínico y laboral, que el generado por la enfermedad en sí mismo, al margen de la espera mantenida.

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 que ha existido una demora excesiva e injustificada en la práctica de la intervención quirúrgica prevista para don MAL, sin que se haya ofrecido explicación alguna para esa demora**.

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 145/2014 ─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 14 de diciembre de 2015 (momento en que se incluyó al paciente en la lista de espera quirúrgica) y que, para cuando se realizó la intervención, el 6 de febrero de 2017, había transcurrido un año y dos meses, habiéndose **superado 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 145/2014, hace suyas las consideraciones formuladas por la Sentencia del Tribunal Supremo (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".

En definitiva, a pesar del reconocimiento de la inevitabilidad de la lista de espera, derivada de la limitación de los recursos del sistema sanitario, la permanencia en las mismas, en todo caso, deberán ajustarse a unos parámetros de razonabilidad y factibilidad atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. Esta exigencia se hace más acusada cuando se sobrepasan los plazos máximos de garantía establecidos normativamente.

Así las cosas, **a la vista de los diferentes informes contenidos en el expediente podemos extraer la conclusión de que 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 el 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 el interesado, al que incumbe la carga de la prueba, ante el resultado de la valoración técnica efectuada por la Inspección médica.**

En el presente caso, si bien se ha acreditado que la intervención se demoró de una manera excesiva desde que fue planificada, **no hay dato o indicio alguno de que esa demora provocara un empeoramiento del estado del paciente ni que requiriera atención urgente por dolor u otro motivo relacionado con dicha patología**. Es de observar que no hay prueba ni dictamen médico que justifique que la demora en la intervención le produjera los dolores que manifiesta, ni que se incrementara el riesgo quirúrgico o disminuyera su éxito o, incluso, causara alguna secuela.

En efecto, el inspector concluye que "el pronóstico funcional de la articulación, no guarda, en principio, una relación directa con el tiempo de intervención" y además afirma que "el tiempo de permanencia en lista de espera no ha supuesto, por sí mismo un empeoramiento o mayor deterioro de su articulación".

Al respecto, el interesado, como ya hemos expuesto, no ha aportado prueba ni dictamen médico que ampare su pretensión. Únicamente manifiesta haber sufrido dolores prolongados e intensos y una baja prolongada, además de argumentar que el alargamiento de la misma le ha producido perjuicios que le pueden llevar a la pérdida de su puesto de trabajo. Todo ello sin mayor justificación, más allá de la remisión de la Resolución del Instituto Nacional

de la Seguridad Social (INSS) que, tras la operación, le reconoce una incapacidad permanente total revisable por previsible mejoría.

Sobre el particular, cabe señalar que, desde el punto de vista laboral, no queda acreditado en que forma el retraso en la operación le ha ocasionado un perjuicio, ya que, durante la permanencia en situación de incapacidad temporal, el reclamante estuvo cubierto por la acción protectora de la seguridad social hasta el 23 de diciembre de 2016, fecha en la que el INSS le dio el alta laboral, con la previsible incorporación posterior al trabajo. Referido a la situación clínica, ya hemos manifestado que nada se ha acreditado al respecto, por medio de los informes técnicos adecuados y suficientes, que permita rebatir el dictamen realizado por el inspector médico. Por lo que no procede el reconocimiento de cantidad alguna por esos motivos.

Por todo lo anterior, a la vista de la doctrina existente en la materia, esta Comisión estima que procede reconocer al reclamante una indemnización como daño moral derivada de la injustificada espera a la intervención. En el presente caso se trataría de compensar la incertidumbre y frustración que una espera excesiva puede provocar en el paciente, ya que permaneció fuera del plazo máximo de garantía otorgado reglamentariamente unos ocho meses, sin que se haya alegado motivo alguno que permita justificar y motivar las causas de dicha demora.

Sobre esta cuestión, cabe señalar que, según reiterada doctrina jurisprudencial, "la reparabilidad del 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", por todas STS de 16 marzo 2002 (RJ 2002\3336). Por ello, en este tipo de supuestos, siempre es preciso ponderar convenientemente todas las circunstancias concurrentes.

En el presente caso cabe reseñar que, a pesar de las manifestaciones del paciente, no existe constancia de que durante la espera el paciente interpusiera queja o reclamación alguna, ni incluso usara el derecho que la asiste de solicitar autorización para ser atendido en un centro diferente. Así las cosas y teniendo en cuenta, además, las cantidades habitualmente reconocidas en este tipo de supuestos se considera adecuado el abono de la cantidad de 2.000 euros en concepto de daño moral.

En definitiva, la Comisión estima que a la vista de la documentación incorporada al expediente existe responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal del servicio sanitario que ocasionó un daño moral que el paciente no estaba obligado a soportar.

DCJA 216/2017 pár. 39 a 58

Por la falta de consentimiento

En los hechos recogidos al inicio del dictamen extraídos del expediente remitido (en especial, de la historia clínica) se constatan las siguientes circunstancias relevantes para nuestro examen.

Constan documentos de consentimiento informados suscritos por el paciente antes de la intervención de catarata y de la de desprendimiento de retina practicada en el ojo derecho. Ambos documentos —cuyo contenido ha quedado parcialmente trascrito en el relato de los hechos— proporcionan una información adecuada sobre los riesgos, complicaciones y alternativas.

Asimismo, consta en el expediente el documento de consentimiento informado para la práctica de la crioterapia en el ojo izquierdo, con la información suficiente sobre los extremos indicados.

En cuanto a las dos intervenciones realizadas en el ojo derecho para la retirada de silicona, el expediente permite acreditar que en ambas don UB fue informado por la médico y prestó su consentimiento, tal y como deriva de las anotaciones de la hoja de evolución correspondientes a los días 24 de julio de 2012 y 2 de abril de 2013, recogidas en el relato de hechos.

En cuanto a la intervención de catarata del ojo izquierdo realizada el 17 de mayo de 2012, la Comisión aprecia que fue practicada sin lesionar el derecho de don UB a contar con una información suficiente, lo que impide estimar la existencia de error o ignorancia en la prestación de su consentimiento que pudiera desacreditar o invalidar éste.

Esta conclusión se apoya en los siguientes hechos acreditados en el expediente: (i) don UB acudió para operarse de cataratas en ambos ojos; (ii) el primer día de consulta se le explicó el pronóstico para las cataratas y lo entendió; (iii) don UB firmó el documento de consentimiento informado para la intervención de cataratas del ojo derecho el 28 de junio de 2011; (iv) manifestó ante la médico, al menos en dos ocasiones (29.11.11 y 15.05.12) que quería operarse de la catarata del ojo izquierdo; (v) la médica dejó anotada esa voluntad en la hoja de evolución así como que informaba al paciente (el 15 mayo, anota: "informo, consiente, meto en LE, cat OI (no dejar miope?)"; y (vi) consta un documento de consentimiento informado para una intervención de catarata firmado por la médico y la esposa de don UB que, aun sin fecha, se encuentra en la historia clínica junto a la solicitud de programación de dicha intervención para el ojo izquierdo, también firmada por la esposa de don UB.

De tales hechos probados la Comisión estima razonable inferir la prestación válida del consentimiento del paciente quien tuvo acceso a un conocimiento suficiente sobre el tipo de intervención (riesgos, complicaciones y alternativas) a la que iba a ser sometido al operarse de la catarata del ojo izquierdo.

Asimismo queda acreditado en el expediente la firma el 20 de mayo de 2014 por don UB del documento del consentimiento informado para la intervención de desprendimiento de retina en el ojo izquierdo (practicada el 22 siguiente).

Al observarse en el seguimiento del postoperatorio diversas complicaciones, el 10 de junio de 2014 se anota en la hoja de evolución "Incluyo para vaciar gas el jueves. Firma papeles" —expresión que figura subrayada—. Dicha intervención se realiza el 12 de junio siguiente.

Después de dicha intervención figuran las de 13 de junio, 26 de junio y 24 de julio —la descripción de cada una se recoge en los hechos—.

Respecto de dichas intervenciones, sin embargo, **la Comisión no ha encontrado en el expediente documentos de consentimiento, ni anotaciones en la hoja de evolución, ni dato alguno que traslade la forma en que se informó al paciente, ni el modo en que este aceptó la práctica de aquéllas.**

Según lo expuesto, denunciada la carencia de consentimientos informados para esas tres intervenciones en el ojo izquierdo —que finalmente terminó con amaurosis—, **la prueba sobre su prestación** (o, en su caso, la de la concurrencia de las circunstancias legales que exoneran la previa obtención del consentimiento) **corresponde a la Administración sanitaria. No obstante, tal información no se encuentra en el expediente remitido.**

Aprecia la Comisión que, aun cuando pueda considerarse que cada intervención se desarrolló sin duda para paliar complicaciones previamente anunciadas en la información que se proporcionó a don UB antes de practicarle la operación de catarata y de desprendimiento de retina en su ojo izquierdo, de acuerdo con el régimen legal del consentimiento informado, **tratándose de intervenciones quirúrgicas** (pues como tales son calificadas en los informes obrantes en el expediente), **debe aquel preceder a cada actuación quirúrgica**. Porque **el hecho de que surja una complicación de las contempladas en la información previa proporcionada al paciente no exime a la Administración sanitaria de recabar el consentimiento informado, si la complicación es una de las que, de acuerdo con la regulación legal de aquél, así lo exige** (tal y como por otra parte se hizo en el proceso asistencial seguido con el ojo derecho**)**.

De la información que traslada el expediente la Comisión no puede inferir que don UB pudo haber obtenido por otras vías la información relevante sobre cada tipo de intervención, sus riesgos y alternativas, a fin de poder aplicar, en su caso, el criterio de razonabilidad y flexibilidad de la exigencia del consentimiento que admite la jurisprudencia.

La aplicación de las reglas de la distribución de la carga de la prueba y la del vigente régimen legal del consentimiento informado lleva a la Comisión a apreciar la existencia de un mal funcionamiento de la Administración sanitaria, al no quedar acreditado que don UB fuese informado, con carácter previo a la práctica de las tres últimas intervenciones en su ojo izquierdo, de los riesgos, complicaciones y resultados negativos que podían conllevar para su salud, así como de las alternativas —si las hubiera— para tratar su dolencia.

En orden a la determinación de la cuantía indemnizatoria, lo primero que cabe decir es que la cantidad pedida en la reclamación (400.000 euros) parece a todas luces desproporcionada e irrazonable (al no venir apoyada en argumento o valoración alguna).

En segundo lugar, su elevado importe permite considerar que se anuda, en realidad, al perjuicio causado por las secuelas y sus consecuencias en la vida diaria de don UB.

Al margen de que, como deriva del expediente, la agudeza visual en el ojo derecho es de 0,6 (no hay, por tanto, una pérdida de visión en este ojo como la que afirma la reclamación), el perjuicio que se alega no puede ser indemnizable, porque no ha resultado acreditada ninguna infracción de la *lex artis* en la asistencia (diagnósticos, intervenciones, seguimiento postoperatorio y tratamientos dispensados) prestada al paciente, sino que únicamente se ha advertido una irregularidad en la prestación del consentimiento respecto de las tres últimas intervenciones en el ojo izquierdo.

De consuno con una doctrina unánime, la Comisión reitera en sus dictámenes que el daño consistente en la privación de la capacidad de decisión del paciente ─con conocimiento de los riesgos, complicaciones y alternativas─ es un daño moral y, como tal, tiene un intenso componente subjetivo que hace muy difícil su cuantificación.

El sentido desestimatorio de la propuesta elaborada por el órgano instructor ha impedido que durante la instrucción se haya analizado cualquier aspecto indemnizatorio lo que no ayuda a la determinación del *quantum.*

La Comisión parte de las cantidades (20.000, 30.000, 35.000 euros) que viene otorgando la jurisprudencia (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril de 2012 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 29 de junio de 2003) en aquellos supuestos en los que únicamente concurre la ausencia de consentimiento informado y la asistencia sanitaria prestada ha sido la adecuada, como sucede en este caso.

Pero, como es obligado siempre en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, la Comisión debe asimismo tomar en cuenta las concretas circunstancias que presenta cada caso.

En el analizado, **la deficiencia advertida en la prestación del consentimiento por el paciente se produce en la fase final de un proceso asistencial largo y complicado, en el que además está adecuadamente acreditado que las intervenciones principales (cataratas y desprendimiento de retina) se practicaron habiendo recibido don UB la información adecuada sobre sus riesgos, complicaciones y alternativas.**

Tras haberse operado de la catarata del ojo derecho, don UB manifestó su voluntad de ser operado de la catarata del ojo izquierdo. Durante ese proceso asistencial, desgraciadamente, se sucedieron diversas complicaciones.

Precisamente para intentar neutralizar los efectos negativos de dichas complicaciones se realizaron las tres intervenciones en las que se ha detectado la omisión. Por ello, **la infracción** en la prestación del consentimiento que concurre en el caso **ha de calificarse de parcial** (pues no se proyecta sobre todo el proceso asistencial) **y de leve, en tanto acaece cuando la parte principal de la asistencia** (operación de cataratas y de desprendimiento de retina) **ya se había realizado y se había desarrollado sin ninguna deficiencia respecto de la información proporcionada** a don UB y a su esposa de forma continua, completa y esencialmente comprensible.

Expuesto cuanto antecede la Comisión atendiendo a las características que concurren en la deficiencia de funcionamiento detectada, estima adecuado fijar la cantidad indemnizatoria en 6.000 euros.

DCJA 10/2017 pár. 117 a 142

Tampoco cabe plantear alguna posible infracción en relación con el consentimiento informado correspondiente a la segunda intervención, pese a no constar la firma del paciente, por dos motivos. En primer lugar, el daño por el que se reclama, tal y como se ha argumentado, no tiene relación con esta intervención, que se ejecutó correctamente y obtuvo buenos resultados, dentro de sus posibilidades.

Lo anterior sería suficiente para excluir una petición indemnizatoria por este motivo pero, además, en segundo lugar, tal y como reconoce el propio reclamante en sus alegaciones, figura en la hoja de evolución una anotación que evidencia que la información sí fue facilitada. Se anotó concretamente lo siguiente: "No esta bien. El dolor localizado en AAC. Igual convendría Re-IQ. Explico riesgos y beneficios y las pocas expectativas de cara a la mejoría evidente (…)". Incluso señala que "veo una debilidad … por acortamiento de clavícula que no mejorará tras la IQ–se lo explico. Creo que sí mejorará el dolor localizado en zona cicatricial (…)".

No cabe, por tanto, **considerar una mala praxis relacionada con el consentimiento informado, ya que, además del documento incorporado a su historia —aunque sin firma—, consta en su historia que el paciente fue informado por el especialista sobre la intervención, explicándole también sus limitadas expectativas.**

DCJA 73/2017 pár. 79 a 81

El argumento reproducido en el párrafo anterior, unido a "la presencia de una hipertensión ocular postoperatoria, documentada, y cuya entidad es calificada como muy frecuente por el autor de la intervención de catarata", le lleva a considerar entonces que se ha producido un déficit en la información previa que ha de suministrarse a los pacientes, esto es, que "los riesgos que han de ser informados no son los de la intervención de catarata, sino esos mismos adecuados a la situación concreta del paciente". **Entiende, sin embargo, la Comisión que la obligación de información que se concreta en el "consentimiento informado" no puede alcanzar a lesiones o consecuencias que no se hallan vinculadas a la patología por la que se interviene —o cuya vinculación con ella no está suficientemente acreditada ni documentada—, sino que tal obligación debe ceñirse a las consecuencias previsibles relacionadas con aquella.**

DCJA 87/2017 pár. 46

En este supuesto, del examen de la documentación incorporada al expediente se concluye, a juicio de la Comisión, que **la reclamante fue informada adecuadamente de la histerescopia ambulatoria que se le practicó, de los riesgos y complicaciones de la colocación del DIT y de las alternativas y que los aceptó expresamente suscribiendo el documento de consentimiento informado**. Así consta en el historial médico (folio 97).

Como afirma la Inspección médica:

> En el apartado previo de Consideraciones médicas se informa de que el método de anticoncepción Essure se comercializa en nuestro país desde el año 2001. A la paciente le colocaron los dispositivos intratubáricos el 23 de noviembre de 2004. Firmó el documento de Consentimiento informado para la colocación de los dispositivos en junio de 2004. En el apartado de riesgos y complicaciones del citado documento constan los conocidos entonces.

Como es evidente, **en dicho documento no podían hacerse constar las complicaciones que podrían aparecer a largo plazo, porque en el año 2004 no se tenía noticia de tales complicaciones** (solo habían pasado tres años desde la comercialización del Essure, tras obtener las autorizaciones pertinentes de las autoridades españolas).

Es cierto que la SEGO ha modificado el documento de consentimiento informado y ha aprobado una guía de actuación ante un paciente que refiera problemas con el Essure, pero lo ha hecho recientemente en el año 2016, distinguiendo las complicaciones y riesgos a corto plazo y los "efectos adversos a largo plazo que en ocasiones requieren la retirada de los dispositivos" (que no los reiteramos porque son los que relaciona la inspectora médica en sus informe).

De ahí que tampoco podamos compartir la existencia de una mala praxis derivada de la falta de consentimiento informado, pues entendemos que **la información facilitada fue correcta, leal y veraz, pues era la disponible en ese momento, esto es, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia en que la intervención se llevó a cabo.**

Por todo lo anterior, en virtud de lo razonado, se estima que no hay responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, porque el daño alegado no puede imputarse a la asistencia sanitaria proporcionada a doña RGS.

DCJA 89/2017 pár. 77 a 82

Dicho lo anterior, entiende la Comisión que ha quedado, asimismo, demostrado que la lesión del nervio espinal accesorio (que constituye el XI par craneal) es uno de los riesgos frecuentes de la intervención quirúrgica a la que se sometió a doña RQS el 5 de mayo de 2015 (exéresis de adenopatía cervical). Señala así el inspector en las consideraciones médicas que traslada a su informe que "las cifras estadísticas reflejan que el nervio espinal accesorio es el más frecuentemente implicado en lesiones de tipo iatrogénico de todos los nervios periféricos: el 11 %". Y precisa más adelante, cuando se refiere a las causas de la lesión del XI par (folio 144):

a) Causas yatrogénicas: Es la más frecuente de todas las lesiones yatrogénicas en nervios periféricos, un 11 % de las mismas y suponen la principal causa de lesión del espinal, aproximadamente el 93 %. Debido a su recorrido, cualquier intervención en el triángulo posterior del cuello hace al nervio vulnerable tanto a la escisión como a la tracción. La disección radical de cuello y la biopsia de nódulos linfáticos (el 80 %) constituyen la mayoría de los casos (…).

En definitiva, se ha probado en este caso que **el daño sufrido por la paciente resulta la consumación de uno de los riesgos frecuentes de ese tipo de intervenciones. Por ello, entiende la Comisión que la paciente debía ser informada de forma expresa de la existencia de tal riesgo antes de prestar el consentimiento para someterse a ella.**

El expediente traslada que la información sobre los riesgos fue completa y que tuvo lugar mediante el documento de consentimiento informado que suscribió la paciente (folio 61) y que le fue explicado. Se entiende así que **el riesgo finalmente consumado se encuentra comprendido dentro del formulado en ese documento de la siguiente forma:** "**las secuelas propias de la extirpación del tumor que dependen de su localización exacta**".

No obstante, a juicio de la Comisión, **la información así proporcionada (sin que existan otros datos que confirmen que se facilitara otra complementaria más concreta sobre el riesgo de lesión del nervio espinal o incluso de estructuras nerviosas) resulta insuficiente, dada la naturaleza y frecuencia del riesgo a que se expuso la paciente** (según ha explicado el inspector médico).

DCJA 95/2017 pár. 61 a 64

Conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras muchas, Sentencia de 2 de octubre de 2012), la posible existencia de una vulneración de la *Lex artis ad hoc* producida por una falta en la prestación del consentimiento informado **deviene irrelevante y, por tanto, no da derecho a indemnización cuando** —como aquí sucede— **el resultado dañoso por el que se reclama no tiene su causa en el acto médico o en la asistencia médica respecto de la que se aduce la deficiente prestación del consentimiento.**

DCJA 100/2017 pár. 136

Ante la constatación de la **ausencia en el expediente del documento de consentimiento informado relativo a la específica intervención a que fue sometida** doña MCS, no puede la Comisión eludir la normativa y la doctrina jurisprudencial relativas al derecho de los pacientes a la información médica.

(…)

La única prueba de que disponemos para valorar la virtualidad del consentimiento que, según la traumatóloga del Hospital …, otorgó la paciente en base a la información que le facilitó verbalmente (llegando, incluso a suscribir un documento de consentimiento informado en su presencia, cuando se hallaba en la URPA en los momentos previos a dicha intervención —y que, al parecer, se habría extraviado—) es su versión explicada en el informe de 9 de noviembre de 2016 que antes hemos transcrito.

En la medida en que dicho informe no viene avalado con ninguna otra prueba, ni siquiera una anotación en el historial médico de la paciente —quien contradice la postura de la facultativa—, a juicio de la Comisión y siguiendo la doctrina jurisprudencial imperante, por sí solo no es suficiente para tener por probado que se facilitara a la paciente la información que demanda la mencionada Ley 41/2002.

En cuanto a la realidad de la existencia de información sobre la intervención (su técnica, riesgos, alternativas…) como se ha visto, la jurisprudencia no equipara la ausencia de documento escrito con inexistencia del mismo, sino que hace recaer la carga de la prueba en quien afirma que tal información fue facilitada a la paciente. Pero existe una posición judicial dominante conforme a la que **esa prueba ha de alcanzar, al menos, por su objetividad, a la constancia en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, de que se ha proporcionado esa información y se ha obtenido el consentimiento** (entre otras, cabe citar la STS, Sala Civil, de 29 de mayo de 2003, RJ 2003\3916).

Comprende la Comisión las dificultades aducidas por la traumatóloga para hacer constar en la historia clínica de la paciente la información, en su caso, facilitada en los momentos iniciales de la asistencia (situación agravada, además, por la derivación de la paciente desde otro hospital y por no acudir esta, inicialmente, al Servicio de traumatología del Hospital … y mantener contacto telefónico con la especialista), pero **sí podía haberse trasladado al historial médico la entrega del documento de consentimiento informado y su firma por la paciente cuando se hallaba en la URPA.**

Por lo que concierne a las consecuencias de la falta de información a la paciente que ha de entenderse producida en la consulta planteada, conforme a lo expuesto, ha de recordarse que la Comisión viene considerando (dictámenes 242/2016, 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros), al igual que la jurisprudencia, que la inexistencia de consentimiento informado constituye por sí misma una mala praxis, un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario.

La posición de la Comisión en esta materia, como se ha advertido, coincide con la de una jurisprudencia consolidada. Cabe citar, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: la de 2 octubre del 2012 ─RJ 2012\9270─, las de 30 de septiembre y 27 de diciembre de 2011, de 22 de octubre de 2009 ─RJ 2009\7632─, de 13 de julio de 2007 ─RJ 2007\6862─, que recuerda la de 26 de marzo de 2002 ─RJ 2002\3956─, que resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina).

Al abordar la extensión de la obligación indemnizatoria por ese funcionamiento anormal de los servicios sanitarios ha de tenerse en cuenta que, como venimos señalando en estos casos, nos hallamos ante un **daño moral**, indemnizable con independencia de que el acto médico en sí mismo se acomodara o no a la praxis médica, siempre que exista una relación causal entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente.

La indemnización se asocia, de esa forma, **no a las consecuencias lesivas derivadas del acto quirúrgico ─aunque puedan actuar como uno de los criterios moduladores para fijar la indemnización─, sino a la lesión al derecho de autodeterminación del paciente, al impedirle decidir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, si quería o no asumir los riesgos inherentes a la intervención a la que se le iba a someter**. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado la privación de información como equivalente a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral (sentencia de 28 de marzo de 2011 ─RTC 2011,37─).

En esa dirección se pronuncian también el Tribunal Supremo y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (entre otras, Sentencias del TSJPV de 17 de junio de 2015 ─JUR 2015\208141─, de 27 de octubre de 2010 ─JUR\2010\403298─ y la de 24 marzo de 2006 ─JUR 2006\167668─).

DCJA 104/2017 pár. 67 a 81

En definitiva, se ha probado en este caso que el daño sufrido por la paciente no resulta de una mala praxis sino que constituye la consumación de uno de los riesgos del procedimiento anestésico a que fue sometida la paciente.

Con esa premisa, procede analizar la información que recibió doña MBBC sobre dicho procedimiento anestésico y sus riesgos.

Una lectura del documento de consentimiento informado para la anestesia suscrito por doña MBBC (folios 187 y 188) nos permite deducir que **la paciente no fue informada del riesgo finalmente materializado**, consistente en una neuropatía por toxicidad de anestésicos locales.

Como reconoce el inspector médico, el formulario de consentimiento informado para la anestesia suscrito por la paciente es el genérico que se entrega para cualquier tipo de intervención quirúrgica bajo anestesia. Por ese motivo no se recoge el riesgo específico a que nos referimos.

En efecto, el documento contempla en su apartado C los riesgos y complicaciones generales de cualquier tipo de anestesia locorregional, sin mencionar la neuropatía por toxicidad de los anestésicos. **Ello es así porque no se ha adaptado el documento a la concreta técnica o procedimiento anestésico locorregional** (mediante bloqueo axilar) **que se empleó en este caso y que tiene unas características singulares**, según ha explicado el Servicio de anestesia del Hospital ….

Ante la falta de certeza resultante de ese documento respecto a que se prestara de forma suficiente la información sobre unos riesgos que, por sus consecuencias, debían poder ser valorados por la paciente para que pudiera ser calificado de informado su consentimiento, **tampoco consta acreditado mediante anotación alguna en su historia clínica que se cumpliera con la obligación que impone específicamente la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y obligaciones en materia de información y documentación clínica de autonomía del paciente** (artículo 4 en relación con el artículo 2), en los términos que establecen sus artículos 8, 9 y 10.

El contenido de la información que debe ser facilitada al paciente en los supuestos no exceptuados del artículo 9.2 de la ley citada, según su artículo 10.1, debe comprender, como **información básica: los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones**.

Por lo que afecta al ámbito y alcance de la información que debe facilitarse, cabe distinguir entre riesgos típicos y atípicos (en relación con la frecuencia y la previsibilidad de tales riesgos ─que no deben ser confundidas─).

Según la jurisprudencia mayoritaria, los riesgos típicos son aquellos inherentes a la actuación médica propuesta, con independencia de la frecuencia probabilística o estadística con la que se materialicen; **son los riesgos asociados al acto médico y que pueden producirse, sin posibilidad de ser evitados, incluso con una correcta praxis médica**. Al ser riesgos inherentes al acto médico son previsibles (por ello los riesgos típicos se conocen también como **riesgos previsibles**).

Ahora bien, como hemos dicho, **no debe confundirse la previsibilidad de un riesgo con la frecuencia en su materialización** (un riesgo puede ser típico o previsible, por ser inherente a un acto médico, y, sin embargo, no producirse frecuentemente en la práctica, y viceversa).

Asimismo, han de diferenciarse los **riesgos inciertos o improbables (o sea, los atípicos o imprevisibles)** de los que, pese a ser inherentes a una determinada actuación, se manifiestan con poca frecuencia y tienen una reducida tasa de probabilidad (STS, sala 3ª, de 4 de diciembre de 2012 ─RJ 2013\1508─).

En relación con esa necesaria disociación entre tipicidad de los riesgos y frecuencia de su manifestación, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323) combate la argumentación de la sentencia de instancia, que se pronunciaba en estos términos: "aceptada por la paciente la intervención en los términos expuestos y previa aquella información de riesgos… no cabe hablar ante la imprevisibilidad de la complicación surgida, de falta de información, ya si no es posible conocer, o conjeturar lo que ha de suceder (eso es, prever), es claro que no cabe disponer medios fuera de los ordinarios, normales o previsibles, para evitar una contingencia 'infrecuente y no previsible'". Entiende el Tribunal Supremo que su razonamiento no es admisible "siquiera por la elemental razón de que **el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico**".

Respecto al deber de informar a los pacientes en el supuesto de riesgos previsibles o típicos, pero poco frecuentes ─como es el caso que nos ocupa─, esa sentencia recuerda la de 22 de junio de 2004 (RJ 2004\3958), que advierte una contradicción insalvable en el razonamiento del tribunal de instancia: "como el porcentaje de posibilidades de la necrosis era muy bajo, la falta de información sobre ese riesgo sería intranscendente, conclusión inaceptable porque supone tanto como exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos".

En cuanto a la relevancia y alcance del consentimiento informado, son igualmente reseñables las STS del orden contencioso-administrativo de 27 de septiembre de 2011 (RJ 2012\941), 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\5102) y 22 de junio de 2012 (RJ 2012\8440), que, en la dirección apuntada, destacan: "la importancia del consentimiento informado se vislumbra al haber sido plasmado en el Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la aplicación de la medicina y la biología…, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Y en el mismo quedó establecido que un derecho del paciente es conocer los riesgos y consecuencias de una intervención quirúrgica. No establece diferencias entre riesgos raros o riesgos frecuentes… Por ello **debe comprender los posibles riesgos conocidos que puedan derivar de la intervención, las posibles complicaciones y las probables secuelas**".

Dichas sentencias (al hilo de una constante jurisprudencia) señalan que "**No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales**. Se incluye por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar. Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento".

En definitiva, la circunstancia de que el riesgo en una intervención sea poco probable —como en el caso que ahora analizamos—, **no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo, a fin de que pueda tomar en consideración todas las contingencias posibles.**

En el supuesto analizado, de lo informado por el Servicio de anestesia implicado y por el inspector médico se deduce que el procedimiento anestésico elegido tiene unas características específicas pues se realiza mediante "bloqueo axilar selectivo guiado por anestesia y neuroestimulación", en el que se va depositando en cada uno de los nervios visualizados por ecografía una cantidad de anestésico. **A ese proceso anestésico le son inherentes también unos riesgos determinados y singulares** (independientes de los genéricos de cualquier anestesia locorregional), **de los que se debía haber informado a la paciente**.

La STS, Sala 3ª, de 16 de enero de 2007 (RJ 2007\1220) recuerda que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos". **Aplicado al caso, una información a la paciente del riesgo inherente a la técnica anestésica podría, tal vez, haber determinado su rechazo y la elección de otro tipo de anestesia.**

El propio inspector médico ha reconocido que no se previeron los riesgos específicos de la técnica anestésica empleada porque el documento de consentimiento informado facilitado a la paciente era un modelo genérico.

No obstante, entendemos que es extensible a todo acto médico incluido en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 la advertencia que realiza el Tribunal Supremo, Sala 3ª, ante esos formularios genéricos en su sentencia de 19 de diciembre de 2007 (RJ 2007\9154), dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, recordando la sentencia de esa sala de 21 de marzo de 2007: "si la exigencia del consentimiento informado no quiere convertirse en una mera rutina formularia sino que responda a la realidad de ofrecer al paciente la posibilidad de plena información que le permita adoptar una decisión en orden a la prestación sanitaria a recibir, **es necesario que el documento en que se presta el consentimiento por el paciente no constituya un simple documento de consentimiento informado genérico, sino que se adecúe a las necesarias exigencias de concreción en cuanto a la específica operación quirúrgica a la que aquel paciente va a ser sometido**".

De todo lo expuesto colegimos que **la Administración sanitaria no ha demostrado que informara a la paciente de los riesgos inherentes** (y por tanto, típicos) **al concreto procedimiento anestésico que le fue aplicado, uno de los cuales se consumó y causó la lesión por la que reclama; por más que ese riesgo en su manifestación más gravosa** (irrecuperabilidad de la lesión) **fuera muy poco frecuente, según los datos que se han facilitado**.

Alcanzada la conclusión de que la paciente no fue adecuadamente informada de los riesgos a que se hallaba expuesta con la anestesia, se ha de recordar que, como venimos señalando (dictámenes 242/2016, 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros), de acuerdo con un criterio jurisprudencial consolidado (como recuerdan las STS de 26 de mayo de 2015 —RJ 2015\3132— y de 2 de octubre del 2012 —RJ 2012\9270—), **la falta de dicha información constituye per se una mala praxis que pone de manifiesto un funcionamiento anormal del servicio sanitario. Esa mala praxis causa un daño moral que da lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial, siempre, claro está, que se haya producido algún daño como consecuencia de la actuación médica.**

Al abordar la extensión de la obligación indemnizatoria por ese funcionamiento anormal de los servicios sanitarios también recordamos que **en estos casos ha de tenerse en cuenta que ese daño moral es indemnizable con independencia de que el acto médico en sí mismo se acomodara o no a la praxis médica, siempre que exista una relación causal entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente.**

La indemnización se asocia, de esa forma, no a las consecuencias lesivas derivadas del acto médico —aunque puedan actuar como uno de los criterios moduladores para fijar la indemnización—, **sino a la lesión al derecho de autodeterminación de la paciente, al impedirle, en este caso, decidir con conocimiento y de acuerdo con**

sus propios intereses y preferencias (y con independencia de los riesgos propios de la intervención quirúrgica) **si quería o no asumir los riesgos inherentes a la técnica anestésica propuesta para la cirugía.**

En esa dirección se pronuncian también el Tribunal Supremo y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (entre otras, STSJPV de 17 de junio de 2015 ─JUR 2015\208141─, de 27 de octubre de 2010 ─JUR 2010\403298─ y la de 24 marzo de 2006 ─JUR 2006\167668─).

Hay que tener presente, además, que la determinación de la cuantía indemnizatoria de los daños morales, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, tiene un innegable componente subjetivo, sin que existan parámetros o módulos objetivos para su valoración. Ello conduce a ponderar todas la circunstancias que concurren en el caso, entre las que se encuentran las consecuencias lesivas, la pérdida de oportunidad y el riesgo que asumió el paciente que no recibió la debida información (resulta ilustrativa, respecto a esta cuestión, entre otras muchas, la STS de 13 de noviembre de 2012 ─RJ 2013\1659─).

Expuestos los criterios anteriores, no puede obviarse que, como consecuencia de la técnica anestésica utilizada en la intervención practicada a la paciente sin haber recibido la adecuada información sobre sus riesgos, ha sufrido una parálisis completa del nervio radial izquierdo, con pérdida de extensión activa de la muñeca y de dedo. Asimismo, se ha visto inmersa en un proceso asistencial y de fisioterapia, sin resultados favorables ni recuperación de movilidad.

Pero hay que valorar también en el presente supuesto que la intervención en que se produjo esa lesión estaba indicada, así como que el procedimiento de anestesia fue correcto, como se ha puesto de relieve en los informes emitidos en el procedimiento. Ha de ponderarse, igualmente, la adecuada atención y seguimiento a la paciente una vez manifestado el daño.

En la determinación de la cuantía indemnizatoria adquiere singular relevancia el hecho de que se ofrecieron a doña MBBC **alternativas quirúrgicas** (transferencias tendinosas) como única posibilidad de obtener alguna mejoría de la lesión (no se menciona la curación), **que**, sin embargo, **la paciente no aceptó** (anotaciones que constan en el evolutivo de los folios 143 y 144). La reclamante justifica ese rechazo ahora en el procedimiento alegando una cuestión nueva ─no documentada en su historia clínica─ referida a la contraindicación de las intervenciones propuestas para el síndrome de túnel carpiano que padece.

En atención a esas circunstancias, la Comisión estima razonable fijar la cuantía indemnizatoria en seis mil euros (6.000 €).

DCJA 141/2017 pár. 78 a 107

Tal y como se ha adelantado, tras la debida instrucción, y **una vez atribuida la dolencia a la materialización de un riesgo poco frecuente pero posible derivado de la actuación quirúrgica,** la reclamante discute las conclusiones del Inspector médico referidas al consentimiento otorgado para esas actuaciones quirúrgicas.

Según la reclamante, "la lesión del nervio sensorial radial superficial, complicación no frecuente pero posible, no venía especificada en ningún momento en el consentimiento informado, folio 276, en el cual únicamente se nos dice cuál es la intervención que se iba a practicar, pero en modo alguno se nos especifica cuáles son los riesgos existentes. En definitiva, a diferencia de lo que dice el instructor del caso, en el folio 553, cuando nos habla de que la lesión del nervio sensorial radial superficial es una complicación potencial posible y de la cual era consciente la paciente, no es cierto, pues si se observa el consentimiento el mismo es genérico y sin especificación alguna sobre dichas cuestiones".

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

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

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

En presente caso, a efectos de analizar adecuadamente la cuestión, es preciso realizar una serie de precisiones previas unidas a las diferentes intervenciones realizadas a doña MALC.

Una vez diagnosticada la tenosonivitis de Quervain y tras fracasar el tratamiento conservador, se propuso a la paciente intervenir quirúrgicamente. La primera intervención se realizó el 9 de agosto de 2013 mediante liberación de APL y EPB.

En la historia clínica incorporada al expediente figura un impreso de consentimiento informado del Servicio de traumatología en el que únicamente aparece una firma en el apartado destinado a la identificación del paciente —no identificada con su nombre— y la firma del médico identificado como Dr. …. **Este impreso no identifica la intervención quirúrgica a realizar y tampoco se han cumplimentado los espacios establecidos para informar sobre el objeto de la operación o las alternativas y riesgos aparejados a su ejecución.** Su fecha es de 9 de abril de 2013, por lo que es el único documento del expediente que puede ser vinculado a la intervención realizada en agosto de 2013. Ahora bien, esta Comisión entiende que la información incluida en ese documento no sólo es insuficiente, sino que carece de todo valor para acreditar la información realmente facilitada al paciente sobre la intervención.

La segunda intervención dirigida a liberar la tendinitis se produjo el 21 de noviembre de 2013. En este caso, el impreso de consentimiento informado vinculado a la intervención data del 11 de noviembre de 2013. El impreso identifica la identidad de la paciente y la intervención como "Revisión quirúrgica recidiva de Quervain". Ahora bien, **aunque este impreso incluye afirmaciones admitiendo haber recibido la información sobre los riesgos posibles y remotos y alternativas posibles, lo cierto es que ninguna de estas cuestiones, esto es, los riesgos y las alternativas, se identifican en el impreso dando lugar a un consentimiento** "**en blanco**", que no acredita el cumplimiento de lo establecido en 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. Recordemos que esta ley tiene como objetivo ayudar al paciente a tomar decisiones, dentro de las opciones posibles, de acuerdo con su propia y libre voluntad.

El artículo 8.3 de esta ley establece con claridad que el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior —en este caso, intervención quirúrgica—, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

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

La falta de constancia escrita del adecuado cumplimiento de ese deber obliga a la Administración sanitaria a acreditar de cualquier otra forma fidedigna el correcto cumplimiento del deber de informar al paciente. La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión (STS de 26 de febrero de 2004, recaída en el recurso 8656/1999 y la STS de 22 de junio de 2005, en el recurso 4295/2001) no excluye el valor de la información facilitada verbalmente pero, en esos casos, también ha declarado que corresponde a la Administración, como decimos, acreditar haber facilitado esa información. En cualquier caso, la Administración sanitaria tampoco ha realizado esfuerzo alguno en este sentido, limitándose a apreciar —tanto el inspector médico como la propuesta de resolución— que el paciente firmó el consentimiento informado.

En contraste con estas actuaciones, y para evidenciar el diferente tratamiento que puede darse a esta cuestión sobre un mismo paciente, el propio expediente incluye los impresos correspondiente a los consentimientos informados para el tratamiento de síndromes de comprensión nerviosa —aunque sin fecha— y otro para las liberaciones nerviosas en síndromes canaliculares —este último formalizado el 5 de junio de 2015— en los que pueden apreciarse indicaciones relativas al preoperatorio, posibles complicaciones y alternativas, todo ello de forma concreta y comprensible y que, a juicio de esta Comisión, sí responden adecuadamente a las exigencias de la ley y la jurisprudencia.

En cualquier caso, **la complicación materializada y causante del daño sufrido por doña MALC tiene su origen en las intervenciones practicadas para tratar la tenosinovitis de Quervain; intervenciones sobre las que la Administración sanitaria no ha acreditado haber informado adecuadamente a la paciente sobre el riesgo finalmente materializado.**

(…)

En el concreto supuesto que nos ocupa, el informe del inspector médico afirma, en sus consideraciones médicas y en el concreto análisis del caso, que la lesión del nervio sensorial radial superficial es una de las complicaciones potenciales de la cirugía dirigida a tratar la tendinopatía de Quervain, mientras que la Administración sanitaria no ha acreditado, insistimos, haber informado de ese riesgo —ni de cualquier otro asociado a la intervención— a la paciente. Esa lesión limita enormemente la funcionalidad de la mano derecha de doña MALC, consecuencia de lo cual se le ha reconocido un grado de discapacidad del 42 % y una incapacidad permanente total para su profesión habitual (cuidadora de ancianos).

Nos encontramos además ante una información que, en una situación como la que nos ocupa, en la que la paciente no presenta un riesgo vital, sino que únicamente aspira a mejorar su calidad de vida, el conocimiento de los potenciales riesgos que conlleva la intervención puede resultar determinante a la hora de adoptar su decisión.

Alcanzada la conclusión de que **la paciente no fue adecuadamente informada de los riesgos a que se hallaba expuesta con esas intervenciones quirúrgicas**, se ha de insistir en que, como venimos señalando (dictámenes 242/2016, 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros), de acuerdo con un criterio jurisprudencial consolidado (como recuerdan las STS de 26 de mayo de 2015 —RJ 2015\3132— y de 2 de octubre del 2012 —RJ 2012\9270—), la falta de dicha información constituye *per se* una mala praxis que pone de manifiesto un funcionamiento anormal del servicio sanitario. **Esa mala praxis causa un daño moral que da lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial**, **siempre, claro está, que se haya producido algún daño como consecuencia de la actuación médica.**

(…)

Expuestos los criterios anteriores, no puede obviarse que, como consecuencia de las intervenciones practicadas para tratar la tenosinovitis de Quervain sin haber recibido la adecuada información sobre sus riesgos, **la unidad mano-muñeca de doña MALC ha sufrido una pérdida funcional severa, secundaria al dolor y a la rigidez de muñeca-dedos por el desuso mantenido durante tanto tiempo. Asimismo, la reclamante se ha visto inmersa en un proceso asistencial paliativo del dolor y con el objetivo de mejorar la funcionalidad de la mano con resultados escasos, a los que une en su reclamación —aunque sin una acreditación suficiente— un cuadro de ansiedad y, como consecuencia de su actual situación, se le ha reconocido un grado de discapacidad del 42 % y una incapacidad permanente total para su profesión habitual (cuidadora de ancianos).**

Pero hay que valorar también en el presente supuesto que la intervención en que se produjo esa lesión estaba indicada, y que se planteó tras el fracaso de terapias más conservadoras, que no habían logrado eliminar o reducir el dolor y las limitaciones **asociadas a la tendinopatía**, tal y como se ha puesto de relieve en los informes emitidos en el procedimiento. **Ha de ponderarse, igualmente, la adecuada atención y seguimiento a la paciente tras la confirmación del daño**, hasta agotar todas las posibilidades paliativas.

En atención a esas circunstancias, la Comisión **estima razonable fijar la cuantía indemnizatoria en veinte mil euros** (20.000 €).

DCJA 159/2017 pár. 51 a 76

Trasladado a nuestro caso es evidente, con carácter general, que **al encontrarnos ante una prueba diagnóstica invasiva estamos ante la necesidad de que exista un consentimiento informado firmado por el paciente**. Ahora bien, dado la particularidad del caso, pueden surgir dudas sobre la validez de su emisión en supuestos en los que, como en el presente, nos podemos encontrar ante una especie de consentimiento tácito, concluyente, según los actos del paciente.

Si bien dichas dudas parecen despejarse al observar la opinión que, en un supuesto similar, manifestó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) en su Sentencia de 2 de noviembre de 2016. En ella afirma que era

necesario el consentimiento expreso al no constar que la paciente hubiera firmado el documento correspondiente al consentimiento informado, a pesar de haber firmado la hoja de solicitud de ingreso en programación quirúrgica no urgente en la que se hace constar el diagnóstico.

DCJA 181/2017 pár. 74 a 75

Por la praxis

Expuestas las precedentes consideraciones, el examen del concreto caso planteado ha de partir de los términos en que se ha formulado la reclamación. El reclamante alega que ha existido un **error de diagnóstico de un cáncer de colon inexistente, al interpretar incorrectamente el resultado de una colonoscopia que, además, no era completa y con un informe de biopsia del Servicio de anatomía patológica que no apreciaba la presencia de tal tumor. Afirma que, con posterioridad, en vez de realizarle otra colonoscopia, se le sometió a una intervención quirúrgica innecesaria, mediante laparotomía, y añade que, al no encontrar tumor alguno, se le practicó en el propio quirófano una colonoscopia que ratificó su inexistencia.**

El reclamante aporta, en apoyo de su pretensión, un informe médico-pericial elaborado por un médico licenciado en medicina y cirugía, experto en valoración del daño corporal, miembro de la Sociedad española de valoración del daño corporal y título de especialista en oncología.

En ese informe, además de determinar las secuelas, emite su parecer en el siguiente sentido: "Después de valorar la documentación aprecio que el paciente RAA no recibió diagnóstico y tratamiento adecuado". Apoya esa conclusión en el razonamiento que expresa de esta manera:

> La primera actuación por parte del servicio de aparato digestivo Dr. LH fue correcta, solicitando un estudio de colonoscopia, posteriormente hubo un error de diagnóstico al interpretar el resultado de la colonoscopia por parte de la Dra. ME al diagnosticar una neoplasia de colon estenosante a 50 centímetros del margen anal, además de no realizar una colonoscopia completa, al llegar solo a la mitad del colon trasverso.
>
> El resultado de la anatomía patológica reflejó un patología benigna edema y cambios inflamatorios/ausencia de lesión tumoral de la lesión a 50 centímetros del margen anal.
>
> Con un resultado de biopsia negativa para lesión tumoral y con una colonoscopia incompleta, el Dr. S intervino a don RAA realizándole una laparotomía exploratoria con colonoscopia intra operatoria, máxime teniendo en cuenta que la primera había sido incompleta y que el estudio anatomopatológico era negativo para lesión tumoral, lo lógico hubiera sido haber hecho una nueva colonoscopia previa a la intervención, como la que le realizaron durante la intervención quirúrgica y posteriormente a la cirugía el 20 de noviembre de 2014.
>
> En este caso existió el nexo causal adecuado entre el error diagnóstico y el daño final, se comprobó la relación causa efecto entre la conducta médica y el perjuicio sufrido por el paciente, se actuó de manera negligente/imprudente o imperita; Fue una conducta inadecuada o desacertada por parte de los médicos que causó un perjuicio en la salud del paciente.

El examen por la Comisión del caso así planteado requiere abordar las cuestiones suscitadas en relación con el funcionamiento del servicio sanitario a la vista de los datos que aportan las historias clínicas del paciente y de los diferentes informes emitidos en el procedimiento (además del informe pericial de parte, el del servicio implicado y el de la Inspección médica).

Hay que recordar que la prueba pericial tiene por objeto suministrar al órgano resolutorio los elementos de conocimiento, estudio o experiencia —de los que carece dicho órgano— para que pueda tomar su decisión, pero sin transferir al perito la decisión de los aspectos de la cuestión que exigen conocimientos técnicos (en ese sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de septiembre de 2012 —RJ 2012\9234—).

Sostiene, en primer lugar, el perito de la parte reclamante que, aunque la actuación inicial por parte del Servicio de aparato digestivo (solicitar un estudio de colonoscopia) fue correcta, posteriormente hubo un error de diagnóstico al interpretar el resultado de la colonoscopia como una neoplasia de colon estenosante a 50 centímetros del margen anal.

Para tratar ese supuesto error de diagnóstico —del que derivarían las actuaciones médicas posteriores— la Comisión quiere insistir en dos consideraciones previas. La primera concierne a que no debe olvidarse que, como recuerdan los órganos judiciales (entre otras, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de 30 de diciembre de 2013 —JUR 2014\39994—), pese al análisis retrospectivo que se efectúa en este tipo de reclamaciones, "la medicina asistencial no parte del diagnóstico definitivo para, en base al mismo, intentar encuadrar la sintomatología del paciente con dicho diagnóstico, sino que su labor es justo la contraria. La medicina asistencial está basada en la confirmación de la hipótesis diagnóstica en base a los síntomas y signos que presenta el paciente en el momento de la valoración médica. En base a esta hipótesis se establece un procedimiento diagnóstico, en el que pueden incluirse exploraciones más complejas o complementarias (analíticas, pruebas de imagen, técnicas endoscópicas, intervencionistas o quirúrgicas). Resulta inadecuado juzgar la actuación médica realizada en el pasado, desde una perspectiva del caso a posteriori, cuando el diagnóstico ha sido ya confirmado. Lo que debe valorarse es si en el momento en que se efectuó la atención médica, y con los datos disponibles, se estableció un procedimiento adecuado y de acuerdo a la lex artis".

Y, en segundo lugar, como se ha advertido al exponer los rasgos generales del instituto de la responsabilidad patrimonial, a la Administración no le es exigible más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. Lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que, en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente (así es doctrina jurisprudencial reiterada: STS de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo de 2007).

Como ha puesto de relieve la sala de lo civil del Tribunal Supremo (sentencia de 18 de febrero de 2015), en una línea doctrinal que entiende la Comisión trasladable a este caso, "en una medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido al estado de la ciencia médica en ese momento, de forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, solo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones notoriamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. Asimismo, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen".

Nos hallamos así ante un "**criterio de normalidad**" de los profesionales sanitarios que **permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, criterio que es fundamental.**

Realizadas las anteriores precisiones, aprecia la Comisión que la afirmación del perito de la parte reclamante sobre el error de diagnóstico inicial (emitido a la vista de la primera colonoscopia practicada al paciente), se ampara exclusivamente en el resultado final, a la vista de todas las pruebas realizadas, sin efectuar un análisis crítico de la interpretación de las imágenes tomadas durante esa colonoscopia (folio 310 del expediente), a las que se remiten tanto el servicio implicado, como la inspectora médico informante: "Durante el ingreso se realizó una colonoscopia urgente mediante la que se diagnosticó una neoplasia estenosante a 50 cm del margen anal, de la que se recogieron imágenes iconográficas (F. 310). Los Jefes de Servicio y Sección del HU (Hospital Universitario), confirman en su informe la presencia de estenosis a ese nivel (F. 68)".

Lo cierto es que, como se ha dejado constancia en el apartado del dictamen dedicado a los hechos, el expediente traslada una impresión del endoscopista sobre la colonoscopia del 20 de mayo de 2014 que se encuentra fundamentada y justifica el diagnóstico de sospecha: "A 50 cm del margen anal se observa neoformación dura al tacto con la pinza de biopsia, friable y con ulceraciones, que ocupa el 100% de la circunferencia estenosándolo y permitiendo el paso del endoscopio a 13 mm, biopsio y remito para estudio anatomapatológico". En la misma prueba, además de esa masa anormal (neoplasia), se observaron divertículos aislados en sigma.

La Comisión no puede, sin otros datos, **considerar que esa primera impresión diagnóstica fuera notoriamente errónea, debida a una falta de diligencia**.

A continuación, a la vista de los términos de la reclamación y del informe pericial que la acompaña, ha de valorarse la actitud médica de llevar a cabo una laparotomía exploratoria para asegurar esa primera impresión diagnóstica y

realizar el tratamiento reparador de la eventual lesión, en su caso. A juicio del reclamante, con apoyo en el dictamen pericial que aporta, lo procedente habría sido realizar una nueva colonoscopia, porque es un "método mucho más incruento que una cirugía por laparotomía".

Osakidetza no discute —ni tampoco puede hacerlo la Comisión— que, a la vista del resultado final de esa laparotomía exploratoria, que no reveló la existencia de una lesión estenosante, dicha intervención era innecesaria y así lo expresa también la inspectora médica en su informe.

Pero **lo auténticamente relevante en este caso es dilucidar si, con los datos de que disponían los profesionales médicos en el momento de adoptar su decisión, la indicación de la laparatomía exploradora fue indebida (dado que la biopsia de la muestra tomada en la colonocopia no evidenció infiltración tumoral**) y, por ello, la decisión de llevarla a la práctica supuso una vulneración de la *lex artis* y generó un daño antijurídico al paciente, al no estar obligado a soportar la intervención (durante la misma no se produjo ningún otro daño añadido al propio de la cirugía).

En relación con esa cuestión, la Comisión no puede obviar que el informe del jefe del Servicio de cirugía del HU manifiesta que concurrían los siguientes hechos, que contribuyeron a adoptar la decisión ahora cuestionada por el reclamante: "1) El paciente tiene Hª clínica de sangrado por el ano. 2) En la colonoscopia se evidencia una lesión. 3) La lesión produce estenosis. 4) La biopsia negativa no excluye una neoplasia, puede estar tomada en vecindad de la lesión. 5) El diagnóstico de estenosis ya justifica, como se le explica y firma en consentimiento informado, la laparotomía exploradora independientemente de la biopsia".

La actitud médica de practicar la laparotomía, según el jefe del Servicio de cirugía, en presencia de una lesión estenosante con diagnóstico endoscópico, fue correcta, se tratara de neoplasia maligna o no.

Por su parte, la inspectora médica, tras explicar en las consideraciones previas que mediante la colonoscopia se pueden diagnosticar la mayor parte de las enfermedades que afectan al tracto digestivo inferior (intestino grueso) y permite obtener un diagnóstico exacto para el tratamiento de la enfermedad, así como realizar tratamientos terapéuticos, como extirpación de pólipos, se detiene en el análisis de las colonoscopias incompletas (en las que no se logra explorar la totalidad del colon, como ocurrió en la realizada a don RAA).

Expone las distintas causas a que pueden responder las colonoscopias incompletas: "colon redundante o tortuoso (principalmente el colon sigmoide), enfermedad diverticular, masas obstructivas y estenosis, angulación o fijación de las asas colónicas, adherencias debido a cirugía previa, espasmos, pobre preparación colónica (…)".

Seguidamente señala que "representan un dilema clínico porque las estrategias para el manejo y evaluación de estos pacientes varían" (soporta sus afirmaciones en la literatura científica que cita) y que ante una colonoscopia incompleta debe evaluarse la causa o causas implicadas. Para el caso de que exista una lesión obstructiva o un segmento enfermo del colon "la lesión puede ser extirpada y el estudio completado con una colonoscopia intra o perioperatoria".

En el exhaustivo análisis médico del caso que realiza la inspectora, en atención a las consideraciones médicas previas vertidas en su informe, valora la decisión médica de no realizar una nueva colonoscopia y, en su lugar, proceder a la laparatomía exploratoria. Y se pronuncia en el sentido de que la asistencia sanitaria recibida por don RAA en el HU (Hospital Universitario) fue adecuada y ajustada a la *lex artis*, con la siguiente argumentación:

> Si analizamos a posteriori los hechos, es posible que realizar una nueva colonoscopia antes de la intervención quirúrgica hubiese evitado la realización de la laparotomía, en la que no se encontró lesión alguna. No obstante, no debe olvidarse que las colonoscopias incompletas representan un dilema clínico, y las estrategias para el manejo de estos pacientes varían. La principal consecuencia de una colonoscopia incompleta es dejar de diagnosticar lesiones relevantes, lo que es importante si el objetivo de la colonoscopia es el diagnóstico y tratamiento de pólipos y lesiones premalignas. En estos casos, debe valorarse la repetición de la exploración o el empleo de otras pruebas como la colonografía por TAC, para completar el estudio de la totalidad del colon. La continuación del estudio del colon, no obedece a la necesidad de confirmar el diagnóstico de una lesión.
>
> En el supuesto de una lesión obstructiva diagnosticada durante una colonoscopia incompleta, como es el caso que nos ocupa, algunos autores afirman que la lesión puede ser extirpada y el estudio del resto del colon, puede completarse con una colonoscopia intra o perioperatoria. Por consiguiente, en este tipo de situaciones, el repetir la colonoscopia antes de la intervención quirúrgica, no es un criterio compartido por todos los expertos.

Es necesario tener en cuenta que el resultado de la biopsia de la lesión había objetivado edema y cambios inflamatorios inespecíficos, siendo negativa para el diagnóstico de cáncer. Este resultado fue explicado al paciente en CCEE (Consultas Externas) de Cirugía el 05/06/2014. En el evolutivo de ese día se recoge lo siguiente: "explico existencia de lesión estenosante sintomática y la no filiación como maligna en la AP (anatomía patológica). El paciente entiende y acepta la cirugía y riesgos. Firma CI (Consentimiento Informado)" (F.236). Asimismo, en el informe posquirúrgico del 02/08/2014, se reitera lo siguiente: "se explica el diagnóstico endoscópico (neoplasia estenosante de colon) así como la no filiación como maligna en el estudio anatomopatológico, pudiendo ser la causa de la estenosis benigna (enfermedad diverticular). El paciente entiende los riesgos de la cirugía y de no operarse y acepta la cirugía" (F. 29-30). Existe pues una discrepancia entre la afirmación de D. RAA de haber estado 94 días con un diagnóstico de cáncer inexistente y lo recogido en la historia clínica.

Cabe señalar que el tratamiento de la estenosis sintomática de colon secundaria a enfermedad diverticular es quirúrgico. La cirugía también se recomienda en el caso de duda en el diagnóstico de cáncer, puesto que en ocasiones el diagnóstico diferencial entre el cáncer y la estenosis sigmoidea secundaria a enfermedad diverticular puede ser difícil. Asimismo, se ha señalado que las biopsias tienen una alta tasa de falsos negativos para el cáncer de colon en estadio inicial y para la displasia de alto grado. Finalmente, tal y corno afirma el Dr. MB, Jefe del Servicio de Cirugía, en su informe relativo al caso, la biopsia negativa no excluye el diagnóstico de cáncer, puesto que puede estar formada en la vecindad de la lesión.

En base a lo explicado en los párrafos anteriores, se considera que la actitud terapéutica adoptada por el Servicio de Cirugía fue adecuada al estado de la ciencia, aunque la intervención resultase innecesaria.

A la vista de los datos que se facilitan en los informes periciales, la Comisión considera que la Administración sanitaria ha explicado razonablemente la decisión adoptada, con los datos con que contaban, de practicar a don RAA la intervención discutida.

Se puede, si acaso, apreciar un exceso de celo en la actuación médica utilizando una técnica (y descartando otras) con el fin de asegurar un diagnóstico de sospecha, inducido por lo observado al realizar la primera colonoscopia, y así poder proceder en el acto a un eventual tratamiento de la lesión advertida. Pero ese exceso de celo, con una finalidad justificada médicamente, no puede etiquetarse de mala praxis.

DCJA 82/2017 pár. 31 a 54

Entiende la reclamante que ha existido un funcionamiento anómalo de la Administración sanitaria cuando **se le realizó** el 4 de junio de 2013 **una transfusión de sangre en el Hospital …, que era incompatible con la suya** y, por ello, le causó un daño, que inicialmente se manifestó con fiebre y orina hematúrica, y después dio origen a un fallo renal agudo y a una pancreatitis necrohemorrágica que requirió cirugía urgente.

De forma más concreta expone que se solicitó una valoración por parte del Servicio de hematología del HU de la transfusión realizada en el Hospital … y se detectó que "tuvo lugar una panaglutinación, presentándose panaglutina en la sangre", por lo que se diagnosticó a la paciente en dicho HU un "fracaso renal agudo causado por la transfusión".

Se puede advertir que la parte reclamante, pese a verter en sus escritos consideraciones médicas, no ha aportado ninguna prueba ni informe médico pericial en apoyo de su pretensión, por lo que la reclamación carece de un soporte técnico que la avale.

Dicho lo anterior, la Comisión prosigue su análisis, para el que, como se deduce de lo ya señalado, solo cuenta con los datos técnicos de carácter médico ofrecidos en los informes e historias clínicas relativos a doña PTBM facilitados por Osakidetza, y con la valoración que efectúa la Inspección médica. Asimismo, la Comisión dispone de las aclaraciones realizadas por dicho órgano en su informe adicional de 28 de abril de 2017, en respuesta a las concretas cuestiones planteadas para facilitar el entendimiento de determinados aspectos relacionados con el caso.

(…)

La Comisión acepta, por su coherencia y rigor técnico, la valoración del caso que efectúa la Inspección médica, expresada ya en su informe de 17 de junio de 2014 y ratificada posteriormente, a la vista de los protocolos de aplicación, en su último informe de 28 de abril de 2017. Conforme a ella, **la paciente se hallaba en una situación**

de urgencia transfusional pero no de "**urgencia extrema**" (esta situación se produce **cuando la transfusión ha de ser inmediata y sin esperar a la realización de las pruebas de compatibilidad, de lo que, además, habría que informar, en su caso, al paciente o familiares, con los riesgos asumibles, información que no consta haberse realizado** en este caso).

La opinión técnica del inspector médico viene avalada, además, por la forma de proceder en este caso de la Sección de inmunohematología y hemoterapia del HU cuando la paciente fue derivada a ese centro hospitalario desde el Hospital ….

Así, en el informe de ese servicio del HU emitido en el procedimiento (folio 103) se hace constar que el 7 de junio de 2013 se recibió en el Servicio de transfusión, perteneciente al Servicio de hematología y hemoterapia de dicho hospital, una petición de transfusión de 2 concentrados de hematíes desleucocitados (CHD) para doña PTBM y que, al realizar las pertinentes pruebas cruzadas de compatibilidad entre el suero de la paciente y las unidades de CHD a transfundir, su resultado fue positivo (o sea, incompatible). Por ello, se realizó el estudio inmunohematológico correspondiente y se detectó en el suero de la paciente la presencia de un "Anticuerpo irregular de especificidad Anti-Tj(a)". En esas circunstancias, y ante la necesidad de que la paciente fuera transfundida, se realizaron las gestiones pertinentes para obtener sangre compatible (ante la hermana y el Centro Vasco de transfusiones y tejidos humanos). Esas gestiones fueron exitosas y permitieron que la paciente fuera transfundida sin problemas, siendo eficaces todas las transfusiones realizadas en el HU.

De acuerdo con los criterios señalados por la Inspección y por la Sección de inmunohematología y hemoterapia del HU, a juicio de la Comisión **la explicación del Servicio de hematología del Hospital … no es completa ni precisa, cuando considera, en primer lugar, que la paciente se hallaba en una situación de extrema urgencia, que eximía de realizar pruebas de compatibilidad, y, en segundo lugar, que la paciente sufrió una reacción transfusional, de la que se hallaba advertida en el documento de consentimiento informado suscrito de forma previa a recibir la transfusión**.

La Comisión deduce de los informes del inspector que se encuentra justificado que: I) con los antecedentes de la paciente y con independencia de la patología psiquiátrica, en la situación clínica en que se encontraba (ingresada en centro hospitalario y bajo control médico), **la urgencia transfusional permitía una demora para realizar las pruebas de compatibilidad necesarias**; II) **la paciente presentó una incompatibilidad sanguínea en transfusión** (esto es, una "reacción inmune entre antígenos y anticuerpos de donante y receptor") **y no una reacción adversa transfusional de las previstas en el documento de consentimiento informado** suscrito por la hermana de la paciente, como sostiene el Servicio de hematología del Hospital …; y III) **en el documento de consentimiento informado** suscrito para la transfusión sanguínea en el Hospital … (folios 64 y 65) **constan los riesgos transfusionales asociados a una reacción adversa, pero no a una incompatibilidad sanguínea** (como, por ejemplo, el fracaso renal que padeció la paciente).

En conclusión, **las pruebas de compatibilidad y los estudios adicionales realizados en la Unidad transfusional del Hospital … no fueron suficientes y se omitió la prueba de compatibilidad entre el suero de la paciente y los concentrados de hematíes a transfundir, por lo que se produjo un funcionamiento anómalo** de los servicios sanitarios, que produjo un daño a doña PTBM que no estaba obligada a soportar.

DCJA 123/2017 pár. 45 a 63

Cabe afrontar, en segundo lugar, **la denuncia de una falta de información u oscurantismo durante el proceso asistencial**. El reclamante entiende que el trato ofrecido por Osakidetza en este aspecto no ha sido, con carácter general, adecuado. Entrando en cuestiones más concretas, se refiere a dos momentos en los que solicitó, sin obtenerlo, información sobre el estado de su ojo izquierdo. La primera de ellas en consultas oftalmológicas del Hospital … y la segunda, ya formalmente, a través de un escrito presentado en el Servicio de Atención al Paciente. También considera que los informes elaborados y entregados al paciente tras las dos intervenciones realizadas en el Hospital … los días 4 y 19 de octubre no reflejan la realidad, pues ambos informes refieren una evolución favorable del paciente que no se corresponde con la realidad.

El informe del **inspector médico también valora como insuficiente la información trasladada al paciente en los informes relacionados con las intervenciones practicadas** en el Hospital … los días 4 y 19 de octubre y constata la falta de respuesta tras la petición de información ante el Servicio de Atención al Paciente.

De inicio, se ha de reconocer tanto la obligatoriedad como la importancia de suministrar a todo paciente información adecuada y suficiente durante el proceso asistencial. Esa obligación se ha plasmado legalmente en 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, que somete toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica al respeto a la dignidad de la persona humana, la autonomía de su voluntad y su intimidad (artículo 2.1).

El artículo 4 de la ley se refiere al derecho a la información asistencial, afirmando lo siguiente:

> 1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
>
> 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
>
> 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

En el ámbito autonómico, la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, ya establecía con anterioridad en su artículo 10 que "el sistema sanitario de Euskadi garantizará el desarrollo y aplicación de todos los derechos y deberes de carácter instrumental y complementario que deriven de la regulación legal del derecho a la protección de la salud, potenciando, entre otros, el máximo respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad de las personas en sus relaciones con los servicios sanitarios, así como la observancia de la obligación de dejar constancia escrita de todo proceso diagnóstico o terapéutico, y de recabar el consentimiento correspondiente, previas las condiciones necesarias de información".

En desarrollo del citado marco legal, el Decreto 147/2015, de 21 de julio, por el que se aprueba la Declaración sobre derechos y deberes de las personas en el sistema sanitario de Euskadi, incluye entre los derechos de los pacientes el de recibir la información disponible sobre su salud con motivo de cualquier actuación en el ámbito de la misma, de forma comprensible y adecuada a las circunstancias y a la capacidad del o de la paciente (artículo 4.b); a la información y a la obtención de copia de los datos de salud que consten en su historia clínica en los términos previstos en la legislación vigente y a que el acceso a dicha información por otras personas se realice únicamente en los supuestos y con las garantías previstas en el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de salud en materia de documentación clínica (artículo 5.b) y; a recibir los informes clínicos y los certificados acreditativos de su estado de salud en los supuestos previstos en el mencionado Decreto 38/2012, de 13 de marzo (artículo 5.c).

No es discutible, por tanto, que todo paciente tiene derecho a recibir de forma adecuada y comprensible toda la información asistencial relacionada con su caso. Dentro de esa información, ha cobrado mayor protagonismo en relación con la actividad sanitaria todo lo relacionado con el consentimiento informado, aspecto íntimamente relacionado con el derecho de autodeterminación del paciente, y cuyo incorrecto tratamiento es considerado por la jurisprudencia como una mala praxis médica.

Ahora bien, **si ya apenas se discute que en el caso de un indebido tratamiento del consentimiento informado, el perjuicio** —considerado como daño moral— **del paciente se presume producido siempre y cuando de la actuación médica para la que se ha prestar ese consentimiento se haya derivado un daño, esa presunción no puede extenderse automáticamente a cualquier información médica que no se haya facilitado al paciente, o se haya facilitado de modo incorrecto.** Aunque no pueda excluirse que un indebido tratamiento de la información asistencial pueda generar un perjuicio indemnizable, no será suficiente con alegar un defecto en la transmisión de esa información, sino que será preciso acreditar, como ocurre siempre que se analiza la responsabilidad patrimonial, que el funcionamiento, en este caso anormal, del servicio sanitario, ha producido un daño al particular.

En el presente caso, **la cuestión que plantea el reclamante no está relacionada con el consentimiento informado, sino con la información asistencial general, a la que el paciente tiene derecho en todo momento y no**

sólo a la hora de afrontar una actuación médica más o menos opcional o invasiva en la que debe asumirse algún riesgo.

Sin embargo, aunque ha quedado acreditado que lo plasmado en dos de los informes emitidos ─los correspondientes a las intervenciones de octubre de 2012─ no es correcto, y que la Administración sanitaria tampoco atendió la solicitud del ahora reclamante de un informe sobre el estado de su ojo izquierdo, tampoco podemos compartir su conclusión, ni podemos entender que haya acreditado haber sufrido un daño singular como consecuencia de los errores que atribuye a la Administración.

A la vista de lo analizado en el expediente, y especialmente de lo señalado por el propio reclamante, **la Comisión estima que, pese a los defectos de los informes señalados** ─claramente insuficientes o erróneos─, **el paciente sí dispuso de información constante y correcta sobre el proceso asistencial.** Cuestión distinta sería si los citados informes, incluidos en su historia, hubieran provocado una actuación posterior errónea sobre la base de lo que en ellos se afirmaba, pero ha de quedar claro que eso no ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa.

Claro ejemplo es lo ocurrido en la intervención de 4 de octubre de 2012 en el Hospital …. El reclamante alude a la incorrecta información suministrada en ese informe porque indica de modo lacónico que la evolución fue favorable pero, por otro lado, el propio reclamante reconoce, en el escrito presentado para solicitar el cambio de facultativo, que estando sedado se le informó que la operación se había suspendido debido a una hemorragia producida por una rotura de una pequeña vena.

En ese escrito, el propio reclamante analiza el proceso asistencial desde el diagnóstico hasta el 5 de diciembre de 2012 e incluye un comentario sobre cada una de las actuaciones realizadas. Estos comentarios acreditan cómo, contrariamente a lo que concluye, sí se le fue facilitando la información que se disponía en cada momento. Cuestión distinta es que esa información no le dejara satisfecho.

En cuanto a la suspensión de la primera intervención, prevista para el 29 de septiembre de 2012, el reclamante señala que "La doctora B, después de mirarme me informa de que tengo una lesión muy grave en la retina y que aún no puede decirme nada" (folio 127).

En relación con el informe emitido con ocasión de la intervención de 4 de octubre de 2012, el reclamante añade como anotación al mismo que se le informó de que la operación se había suspendido, debido a una hemorragia producida por una rotura de una pequeña vena. Añade que el facultativo repitió posteriormente esa misma explicación en presencia de su mujer (folio 128).

En relación con la consulta de 15 de octubre de 2012 en consultas externas de oftalmología del Hospital …, añade que el facultativo habló con el anestesista para que le recibiera y rellenar así un informe puesto que en esa ocasión le iban a dormir entero y la operación duraría varias horas (folio 129).

En cuanto al informe emitido con ocasión de la intervención realizada el 19 de octubre de 2012, el reclamante expone que no está de acuerdo con el motivo del ingreso porque el diagnóstico de desprendimiento de retina se produjo el día 25 de septiembre en el Servicio de urgencias. Recuerda que la anterior intervención se tuvo que suspender por una hemorragia y refiere deducir que en esta intervención se trató de continuar lo iniciado el 4 de octubre (folio 130).

En relación con las consultas de 20 y 22 de octubre de 2012 en consultas externas de oftalmología del Hospital …, señala que le desprendieron el parche del ojo izquierdo en el Servicio de urgencias y le informaron que aún era pronto para saber nada. El día 22 refiere que el doctor R le dijo que todo iba bien (folio 131).

En relación con la consulta de 29 de octubre de 2012 en consultas externas de oftalmología del Hospital …, señala que en esa revisión el facultativo lo informó que había una "pequeña ulcerita y un pequeño desprendimiento de la retina" y que continuara con el tratamiento (folio 132).

En relación con la consulta de 7 de noviembre de 2012 en consultas externas de oftalmología del Hospital …, señala que el facultativo le informa que "la ulcerita parece que ha remitido y que el desprendimiento continúa". Se le informó asimismo de la existencia de impurezas en el ojo y que en otra consulta se le limpiaría con láser (folio 133).

Finalmente, en relación con la consulta de 5 de diciembre de 2012 en consultas externas de oftalmología del Hospital …, reconoce que se le vuelve a decir que sigue la retina desprendida (folio 135).

Este proceso, descrito bastante detalladamente por el propio reclamante, demuestra que en todo momento estuvo informado de la situación real de su enfermedad, sin perjuicio de que la evolución no fuera como él esperaba y de que la información no se pudiera suministrar al ritmo que él consideraba adecuado. Lo que se desprende de sus propias observaciones es que se le fue informando de la situación atendiendo a la evolución de la enfermedad y de acuerdo con las condiciones particulares que se presentaban en cada uno de los momentos descritos.

Se ha de advertir asimismo que, tal y como hemos señalado, el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, prevé que, con carácter general, la información se facilitará verbalmente, si bien debe dejarse constancia de la misma en la historia clínica.

Los defectos apreciados en los informes relacionados con las intervenciones practicadas en octubre de 2012 en el Hospital …, así como la falta de respuesta ante una petición expresa y concreta de información por parte del reclamante, constituyen, evidentemente, un funcionamiento anormal de la Administración, pero no se ha acreditado que esas actuaciones hayan producido un daño real al reclamante puesto que, por un lado, se le aplicaron todos los medios al alcance de Osakidetza para afrontar su dolencia ─incluidos recursos privados sufragados por Osakidetza─ y, por otro lado, se le fue informando sobre todo el proceso asistencial de forma verbal, tal y como él mismo ha descrito.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Comisión no aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial. Consideramos que la pérdida de agudeza visual en el ojo izquierdo del reclamante no tuvo su origen en la actuación de los facultativos de la sanidad pública, sino que fue consecuencia del desprendimiento de retina sufrido por aquél, que resultó complicado. Por otro lado, tampoco se aprecia daño alguno derivado de los informes relacionados con las intervenciones practicadas en el Hospital …, ni de la falta de respuesta ante la petición de información realizada por el reclamante, ya que este tuvo en todo momento información verbal, constante y adecuada sobre su situación asistencial.

DCJA 196/2017 pár. 58 a 82

K) Urbanismo

La reclamante parece entender que toda actuación de la Administración que haya causado un perjuicio a los particulares y haya sido anulada por los tribunales acarrea, como consecuencia automática, la responsabilidad patrimonial y la obligación de indemnizar el daño causado.

Sin embargo, **la ley no establece una automaticidad entre la anulación del acto y la responsabilidad de la Administración, sino que la hace depender de la existencia o no de un deber de jurídico de soportar el daño por parte de quien lo sufre**.

La LRJPAC dispone en su artículo 142.4 que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización.

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 5-2-1996 (RJ/1996/987), interpretando el alcance del citado artículo inició una corriente jurisprudencial que es doctrina consolidada hoy día. Entiende el Tribunal Supremo en la citada sentencia que la regulación del artículo 40 ─hoy artículo 142.4 LRJPAC─ no supone la exoneración de la responsabilidad de la Administración en los supuestos de anulación de resoluciones administrativas, sino la posibilidad de que tal anulación sea presupuesto inicial u originador para que tal responsabilidad pueda nacer, siempre y cuando se den los restantes requisitos exigidos con carácter general para que opere el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Entiende el alto tribunal que con la específica mención a los supuestos de anulación de actos o resoluciones administrativas la ley trata de establecer una diferencia entre los supuestos de daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y aquellos otros en los que el daño evaluable e individualizado derive de la anulación de un acto administrativo, centrando el debate, en estos supuestos, en la antijuridicidad de la lesión o, lo que es lo mismo, en la ausencia del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación, con la sola exigencia de que se respeten

los aspectos reglados que puedan existir, con lo que en estos supuestos no hay duda de que, siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, no puede hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio. Estaremos pues ante un supuesto en el que existe una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

Pero tal **obligación de soportar el daño por parte del particular ha de extenderse también a aquellos supuestos en que en la aplicación de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución**. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y, por tanto, faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La STS de 14 de julio de 2008 (RJ/2008/3432) señala los diferentes supuestos que en esta materia pueden darse a la hora de resolver por parte de la Administración, en orden al nacimiento de la responsabilidad patrimonial, razonando que el panorama no es igual si se trata del ejercicio de acciones discrecionales, en la que la Administración puede optar entre diversas alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 CE, que si actúa con poderes reglados, en los que no dispone de margen de apreciación, limitándose a ejecutar los dictados del legislador. Y ya en este segundo grupo, habrá que discernir entre aquellas actuaciones en las que la predefinición agotadora alcanza todos los elementos de la proposición normativa y las que, acudiendo a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, impelen a la Administración a alcanzar en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes, para comprobar si a la realidad sobre la que actúa le conviene la proposición normativa delimitada de forma imprecisa. Si la solución adoptada se produce dentro de los márgenes de lo razonable y de forma razonada, el administrado queda compelido a soportar las consecuencias perjudiciales que para su patrimonio jurídico derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la antijuridicidad de la lesión (sentencias de 5 de febrero de 1996, RJ 1996, 987; 24 de enero de 2006, RJ 2006, 734; 13 de enero de 2000, RJ 2000, 659; 12 de septiembre de 2006, RJ 2006, 6346 ; 5 de junio de 2007, RJ 2007, 4991; 31 de enero de 2008, RJ 2008, 1347; y 5 de febrero de 2008, RJ 2008, 1351).

También resulta posible que, ante actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, proceda el sacrificio individual, no obstante su anulación posterior, porque se ejerciten con los márgenes de razonabilidad que cabe esperar de una Administración pública llamada a satisfacer los intereses generales y que, por ende, no puede quedar paralizada ante el temor de que, si revisadas y anuladas sus decisiones, tenga que compensar al afectado con cargo a los presupuestos públicos, en todo caso y con abstracción de las circunstancias concurrentes.

La STS de 5 de noviembre de 2010 (RJ 2010/7934) señala que **el examen de la antijuridicidad no debe hacerse desde la perspectiva del juicio de legalidad del acto que fue anulado, cuya antijuridicidad resulta patente por haber sido así declarada por el tribunal correspondiente, sino desde la perspectiva de sus consecuencias lesivas en relación con el sujeto que reclama la responsabilidad patrimonial, en cuyo caso ha de estarse para apreciar dicha antijuridicidad a la inexistencia de un deber jurídico de soportar** dichas consecuencias lesivas de acuerdo con el art. 141.1 de la LRJPAC.

Y, en fin, la STS de 1 de diciembre de 2009 (RJ/2010/368) señala que **no basta con la mera anulación para que nazca el deber de reparar, sino que la lesión puede calificarse de antijurídica y, por ende, de resarcible únicamente si concurre un plus consistente en la ausencia de motivación y en la falta de racionalidad del acto administrativo que, a la postre, se expulsa del ordenamiento jurídico.**

Trayendo al caso que nos ocupa la doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad patrimonial deducible en supuestos de anulación en vía administrativa o judicial de resoluciones administrativas (artículo 142.4 LRJPAC), analizada en los apartados anteriores, **la Comisión considera que no cabe imputar al Ayuntamiento de Muxika responsabilidad por el Acuerdo de 19/1/2012 de no aprobación inicial del proyecto de Plan Parcial, dado que se sustentó en motivos razonados y razonables.**

Así, el informe técnico externo contratado por el ayuntamiento señalaba que el proyecto contradecía lo dispuesto en las Normas Subsidiarias en relación con los accesos al sector, parte de los cuales han de ser realizados en el término municipal de Gernika-Lumo; la protección del medio ambiente en lo referente a las fases de desarrollo, e igualmente en cuanto a la realización de desmontes y rellenos con impacto ambiental y paisajístico negativo, debiendo, además, obtenerse previamente a su aprobación la declaración de calidad del suelo.

La resolución municipal añade a las anteriores objeciones la señalada en el estudio previo del Departamento de Medioambiente de la Diputación Foral de Bizkaia, que advierte que el proyecto da información incompleta y vacilante en lo que respecta al agua que consumiría el nuevo *industrialdea*.

La Sentencia del TSJPV de 18/12/2012 estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la hoy reclamante y anula la resolución municipal, con las siguientes consideraciones: (I) en cuanto a los accesos al sector desde Gernika, las Normas Subsidiarias prevén completar los accesos en dos fases, una provisional al inicio de las obras y otra definitiva a su finalización, por lo que en este momento no es exigible la previsión de tales accesos; y (II) en cuanto a las demás objeciones puestas por el ayuntamiento, entiende que, pudiendo ser subsanadas durante la tramitación del proyecto, procede aprobarlo inicialmente.

La Resolución municipal de 5/12/2013, en cumplimiento del Auto de 24/4/2013 que resuelve como medida cautelar la prosecución de la tramitación, acuerda continuar la tramitación del expediente de aprobación del Plan Parcial mediante la exposición pública y acuerda también introducir en el proyecto siete condiciones, entre las que se incluyen las señaladas en el Acuerdo de 19/1/2012 de denegación de la aprobación inicial.

Impugnado tal acuerdo por BISA, la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV resuelve, como se ha dicho, mediante Auto de 20/3/2014, estimar parcialmente el incidente de ejecución, declarando la nulidad de las condiciones primera y quinta, desestimando el incidente en lo demás.

De lo anterior se deduce que **la mayor parte de las objeciones puestas en la Resolución municipal de 19/1/2012 a la aprobación inicial del Plan Parcial resultaban acordes con la ordenación urbanística, y que únicamente razones de celeridad o procedimentales —podían ser subsanadas a lo largo de la tramitación del expediente— fueron las que determinaron la anulación de la resolución**.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2015 (RJ/2015/1272) —que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Muxika contra la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV de 18/12/2012— **señala la doctrina jurisprudencial relativa a la aprobación inicial de los instrumentos del planeamiento** recogida en la sentencia del mismo tribunal de 18/10/2012 (RJ 2012, 11356):

> En cuanto al derecho al trámite que asiste a los particulares para presentar ante la Administración proyectos de planeamiento de desarrollo, de cuya cualidad participan los Planes Parciales, y que éstos se sometan a la tramitación prevista en las normas, es jurisprudencia de esta Sala, recogida entre otras en las STS de 17 de marzo de 2009 (RJ 2009, 3084) (al igual que habíamos hecho en dos anteriores y similares de 12 de marzo de 2009) y en las más recientes de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8613) y 26 de octubre de 2011 (RJ 2012, 1566) que:
>
> 1.- Los particulares tienen derecho a la tramitación de los Planes que se deban a su iniciativa y que, en consecuencia, la Administración no debe cercenar “a limine” y sin mayores argumentaciones esa tramitación. Dicho en otras palabras, no cabe reconocer discrecionalidad alguna que permita omitir los fundamentos de una denegación que, sin ellos, legitimaría en la práctica la arbitrariedad o la discriminación al tiempo de hacer o no posible la iniciación del expediente.
>
> 2.- El acto de aprobación inicial es un acto de trámite del procedimiento cuya resolución vendrá determinada por la aprobación definitiva del plan. No constituye un acto automático y debido, sino que implica una toma de posición, siquiera del carácter inicial, respecto de una determinada realidad urbanística y su normativa, o lo que es lo mismo, supone una primera valoración de esa realidad proyectada en el plan o proyecto de que se trate, que como tal puede resultar positiva, dando paso así a los siguientes trámites del procedimiento, pero que muy bien puede resultar negativa, por considerar jurídicamente inadecuada la iniciativa de planificación urbanística cuya tramitación se pretende, en cuyo caso procederá denegar la aprobación inicial, y ello tanto cuando tal iniciativa provenga de la propia administración como de los particulares, claro está que dicha denegación sólo se justificará jurídicamente, cuando las deficiencias o defectos observados no puedan subsanarse o suplirse

durante la sustanciación del procedimiento…

De ello se deduce que **la aprobación inicial de un instrumento urbanístico no es discrecional, pero tampoco constituye un acto automático y debido, sino que implica una toma de posición, siquiera del carácter inicial, que puede ser positivo o negativo,** en cuyo caso procederá denegar la aprobación inicial, aunque dicha denegación habrá de darse cuando las deficiencias o defectos observados no puedan subsanarse o suplirse durante la sustanciación del procedimiento.

La regulación legal relativa a la aprobación inicial de los planes parciales (artículo 95.2 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo), establece que "el Ayuntamiento acordará o denegará motivadamente la aprobación inicial del plan parcial".

Teniendo en cuenta los hechos y razones jurídicas señaladas, **la Comisión considera que la resolución municipal de desestimación de la aprobación inicial del Plan Parcial argumentó suficientemente las contradicciones que observaba entre el proyecto normativo y el planeamiento general, debiendo de resolver sobre conceptos jurídicos indeterminados, como la posibilidad o no de subsanación de contradicciones durante la substanciación del procedimiento, por lo que la Comisión considera que constituye una resolución razonada y razonable, no antijurídica, debiendo, por ende, la mercantil BI SA soportar el eventual daño producido.**

DCJA 4/2017 pár. 31 a 52

Fijado el marco legal, la cuestión a dilucidar es si, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, el daño alegado ha sido o no consecuencia del funcionamiento del servicio público en la relación de causa a efecto que resulta presupuesto imprescindible para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, si existe tal relación causal, habrá que analizar si el daño causado ha de reputarse antijurídico, esto es, que el administrado tenga el deber jurídico de soportarlo.

Dado que las licencias de actividad y de construcción son firmes y la construcción se ha llevado a cabo conforme a lo establecido en las mismas, sus efectos o virtualidades no pueden ser ignoradas mientras no sean anuladas.

Por otra parte, **la única forma de oponerse al otorgamiento de la licencia de primera ocupación solicitada**, a fin de que no se ponga en funcionamiento el servicio de suministro de combustibles, **es la iniciación de los trámites de la revisión de oficio de las autorizaciones previas,** conforme a lo dispuesto en el artículo 244 de la LSU.

Además, dado que en el presente caso la responsabilidad administrativa se articula en base al funcionamiento anormal del servicio público (error de la Administración al contradecir con el otorgamiento de las licencias la regulación del PGOU relativa a las distancias mínimas entre los depósitos y surtidores y el suelo residencial), **tal error jurídico y la consecuente anulación de los actos a que ha dado lugar no puede ser asumido por el ayuntamiento sino una vez llevado a cabo la revisión de oficio de tales actos.**

En el presente caso, habiendo advertido **el ayuntamiento** que las licencias concedidas a MAG infringen lo dispuesto en el artículo 5.05.09 del PGOU de Vitoria-Gasteiz, **viene obligado a iniciar procedimiento de revisión de oficio**, a tenor de lo dispuesto en el artículo 244 de la LSU.

DCJA 49/2017 pár. 33 a 37

En cuanto a la relación causal entre el daño infringido y el funcionamiento de los servicios públicos, cuya existencia es imprescindible para poder establecer la responsabilidad patrimonial de la Administración, la reclamante entiende que desde que fue aprobada por silencio administrativo el día 13 de diciembre de 2004 la solicitud de disolución de la EUC, al municipio correspondía hacerse cargo de los gastos provenientes del mantenimiento de viales, aceras, parques y jardines, del alumbrado, abastecimiento de agua potable, alcantarillado y depuración de aguas residuales y recogida y gestión de basuras del que se encargaba hasta entonces la entidad urbanística, por lo que el daño antijurídico que no tienen obligación de soportar es el importe de los gastos efectuados con la finalidad del mantenimiento de tales servicios.

El ayuntamiento, por su parte, considera "que tras la disolución de la Comunidad de Propietarios …, y extinción de las obligaciones de conservación de la urbanización impuestas por el planeamiento urbanístico, **el Ayuntamiento** de Mungia **asumió las obligaciones de conservación de los elementos de dominio y uso público** de la Urbanización … ─que según se indicaba en el art. 13.1 de los Estatutos de la disuelta Comunidad de Propietarios … comprendían la red viaria y los espacios definidos en el planeamiento como parques y áreas libres comunitarias─, **correspondiendo conforme a lo previsto en el art. 39.1 de los Estatutos de la disuelta Comunidad de Propietarios … y arts. 197.3 y 199.1 LSU a los propietarios que formaron parte de la comunidad, como titulares del patrimonio común de la urbanización, las obligaciones de conservación de los elementos de dominio y uso comunitario** de la Urbanización … ─que según se indicaba en el art. 12.1 de los Estatutos de la disuelta Comunidad. de Propietarios … comprendían las instalaciones y edificaciones construidas sobre las parcelas de propiedad comunitaria, así como las redes de los servicios urbanísticos".

Continúa el razonamiento del ayuntamiento: "…las instalaciones, edificaciones comunitarias y servicios urbanísticos de carácter comunitario implantados en la Urbanización …, no han sido transmitidos ni recepcionados por el Ayuntamiento de Mungia, por lo que no son de titularidad pública ni, por consiguiente comportan, con arreglo a lo establecido en art. 197.3 LSU obligación de conservación y mantenimiento alguna por parte del Ayuntamiento de Mungia, debiendo indicarse al respecto que en el supuesto de las urbanizaciones particulares para que las obras de urbanización, redes de servicios, instalaciones, y edificaciones de titularidad privada pasen a ser de cargo de la Administración se precisa de forma inexcusable la cesión de aquellas conforme a lo dispuesto en los arts. 67 y180 RGU y 197.1 LSU, previéndose expresamente en el artículo 197.3 LSU que las obras de urbanización de titularidad privada serán siempre conservadas y mantenidas por sus propietarios, ya sean individuales o en comunidad…".

Pero **en relación con los gastos** presentados por la Comunidad de Propietarios CIMB **relativos al mantenimiento de la vialidad y los jardines**, **el ayuntamiento considera que tales gastos fueron realizados por los vecinos de la urbanización a su conveniencia, y no sólo sin autorización del ayuntamiento, sino desentendiéndose de la advertencia municipal de que tales actuaciones no correspondía llevarlas a cabo a los vecinos sino al ayuntamiento.**

A este respecto, **la Comisión entiende que el municipio viene obligado a prestar los servicios urbanísticos que venía costeando la EUC**, desde el día 13 de diciembre de 2004, **día en que fue autorizada de forma tácita la disolución de la EUC, dado que el hacerse cargo de tales servicios es la condición para que pudiera autorizarse la disolución de la EUC, autorización que no puede ser atacada al haber resuelto la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV**, **en sentencia de 6-6-2011, con carácter firme, anular el acuerdo municipal que declaraba lesivo el acto administrativo generado por silencio administrativo positivo.**

El ayuntamiento ha de hacerse cargo de los servicios esenciales que afectan a los vecinos de la Urbanización …, de la misma forma que lo hace con los vecinos de cualquier otra parte del municipio, **debiendo entenderse que los convenios, instrumentos urbanísticos y estatutos que regulaban la gestión de estos servicio por la EUC han quedado derogados con la asunción del Ayuntamiento de la prestación de los servicios que gestionaba la EUC**, estando ante un supuesto de conservación de las obras de urbanización contemplado en los números 1 y 2 del artículo 197 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), no en el número 3 del mismo artículo como entiende el ayuntamiento, habiéndose producido en virtud del silencio positivo la recepción de todas las instalaciones mediante las que se gestionaban los servicios esenciales por parte de la EUC.

Como señala la sentencia nº 393/2012, de 4 de noviembre de 2015, de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV (RCA nº 905/2012), de la *causa decidendi* de las sentencias que abundan en la causa cabe concluir que la autorización municipal de disolución de la EUC presupone o implica:

> 1.- La conformidad del Ayuntamiento con el estado de conservación de la urbanización y su recepción tácita en las condiciones existentes en la fecha de la autorización.
>
> 2.- La extinción de los deberes de conservación y mantenimiento de la urbanización que correspondían a la EUC con anterioridad a la autorización otorgada para su disolución.
>
> 3.- La efectividad de la cesión de la urbanización al Ayuntamiento con los consiguientes deberes de conservación.

Así, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de 19-4-2006 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Bilbao ─que estimando la demanda falló que se había producido la autorización presunta por silencio positivo

para la disolución de la EUC por haberse hecho cargo el ayuntamiento del mantenimiento de la urbanización—, se recoge:

> En relación con el supuesto de excepción en cuanto a la consideración del silencio positivo por encuadrarse la solicitud de la disolución de la Entidad Urbanística de Conservación dentro del denominado derecho de petición, tal argumento no cabe admitirse por este Juzgador por cuanto no estamos ante un supuesto de derecho de petición, pues la Entidad Urbanística de Colaboración recurrente está solicitando a la Administración la disolución de la misma y la consiguiente obligación de conservar y mantener la urbanización por parte de la Administración Local, obligación a la que con carácter general ésta está obligada, sin perjuicio de la existencia de estas entidades previstas por la normativa urbanística cuando así se imponga por el Plan ordenación o por las bases de un programa de actuación urbanística o por disposición legal y mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar a la obligación de conservación por parte de los propietarios a través de las entidades urbanísticas de colaboración.

Y del fundamento jurídico cuarto de la misma sentencia interesa recoger los siguientes párrafos:

> …En orden a la disolución, del artículo 30 del Reglamento de Gestión Urbanística resulta que la disolución de las Entidades urbanísticas colaboradoras se producirá por el cumplimiento de los fines para los que fueron creadas y requerirá, en todo caso, acuerdo de la Administración urbanística actuante, no procediendo la aprobación de la disolución de la Entidad mientras no conste el cumplimento de las obligaciones que estén pendientes. El Ayuntamiento demandado podría haber contestado, bien admitiendo la disolución de la Entidad de Conservación o bien denegándola en base a la pervivencia de las circunstancias concurrentes cuando se constituyó dicha Entidad Urbanística de Conservación.… Todo lo anteriormente argumentado ha de dar lugar a la **estimación del recurso en el sentido de considerar que la autorización solicitada por la actora para proceder a la disolución de la Entidad Urbanística de Conservación** "Comunidad de Propietarios …" **por asumir dichas obligaciones el Ayuntamiento de Mungia se ha autorizado por silencio positivo**.

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV de 11-5-2009, que confirmó la anterior del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Bilbao, se recogen los siguientes párrafos:

> …Si repasamos el expediente administrativo a los folios 1 a 9 obra el escrito que D. JJGP en calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios …, presenta ante el Ayuntamiento de Mungia el 13 de septiembre de 2004, solicitando que "a) Previos los trámites oportunos, se autorice la disolución de la EU de Conservación 'CPM', de conformidad con lo establecido en el art. 38.1.a de sus Estatutos, al asumirse por la Corporación Municipal las obligaciones de conservación. B) Comunicación a la DFB… de la adopción de la autorización…"; peticiones que se sustentan en la consideración de que las obligaciones de conservación y mantenimiento de la urbanización asumidas por la Comunidad en virtud de convenio o acuerdo entre las partes en 1972 no pueden ser indefinidas, sino que están sometidas a plazo, transcribiendo al efecto distinta jurisprudencia...
>
> …La Sentencia de instancia confirma el deber de la Administración local de conservar y mantener las redes y dotaciones públicas, y en base a ello descarta el ejercicio del derecho petición por parte de la E.U.C. Comunidad de Propietarios …, cuando insta al Ayuntamiento de Mungia a la disolución de la entidad urbanística previa asunción de las obligaciones de conservación…
>
> …**Como alega el Ayuntamiento apelante, la autorización de disolución de la entidad urbanística sólo puede ser consecuencia de la asunción por parte de la entidad local de los deberes de conservación y mantenimiento de la urbanización, deberes que se constituyen en lo verdaderamente trascendente de la petición formulada y que descartan el ámbito de las peticiones graciables, pues son exigibles en derecho**…

En el fundamento jurídico segundo de la sentencia de 19-10-2010 de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV se dice:

> Por sentencia firme se reconoció obtenida por silencio administrativo la autorización de disolución de la entidad urbanística de conservación, lo que supone no sólo la extinción de su deber de conservación de la urbanización para el futuro, sino además la conformidad municipal con el estado de conservación de la urbanización y el reconocimiento de que no existen deberes pendientes, toda vez que el art. 30.2 RGU dispone que no

procederá la aprobación de la disolución de la Entidad mientras no conste el cumplimiento de las obligaciones que están pendientes, lo que equivale a la recepción la urbanización en las condiciones en que se encuentre, sin posibilidad de exigir a los propietarios la inversión necesaria para que la misma alcance el nivel exigible de acuerdo con los criterios generales vigentes para el resto de la urbanización del municipio.

La sentencia de 18-9-2012 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Bilbao, confirmada por la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV de 11-7-2014, razona que:

> Aquella declaración, efectuada en la resolución que confirmó en grado de apelación la decisión de instancia de tener obtenida la autorización consistorial para la disolución de la E.C.U., supone indudablemente en su traducción práctica, a criterio de este Juzgador, que esa asunción por parte del Ayuntamiento de Mungia de los deberes de conservación y mantenimiento de la urbanización había operado al tenerse por concedida la autorización de disolución, de ahí que tan sólo reste constatar si la disolución acordada subsiguiente a la autorización municipal ya obtenida para ello se atempera a las previsiones estatutarias diseñadas al efecto y a la observancia de la normativa de aplicación a la cuestión.

La sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV el día 11-7-2014, confirmatoria de la anterior del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 5 de Bilbao, señala que:

> Dicho planteamiento (el defendido por el Ayuntamiento en cuanto a la supuesta lesividad de la autorización presunta por la falta de cumplimiento de los requisitos para poder haber autorizado la disolución de la entidad urbanística) está abocado al fracaso…
>
> Es decir, que el acuerdo municipal de 24/09/2009 que declaró lesivo el acuerdo tácito de autorizar la disolución de EUC, fue anulado por sentencia firme de la Sección 1ª de esta Sala número 385/2011, de 6 de junio, dictada en el recurso de apelación número 1101/2010, y el recurso de lesividad declarado inadmisible por sentencia firme de esta Sala nº201/2014, de 8 de abril.
>
> **Por tanto, el acuerdo municipal por el que se autorizó la disolución de la EUC por cumplimiento de sus fines es firme, y no puede ser desconocido ni reinterpretado por el Ayuntamiento volviendo a suscitar el incumplimiento de los deberes de conservación de la urbanización, ya que ello debió hacerlo al autorizar la disolución, y si no lo hizo consintió en el cumplimiento de los fines por la EUC.**

Y como última cita jurisdiccional sobre el significado y comprensión de la asunción del mantenimiento de la urbanización y prestación de los servicios esenciales por parte del ayuntamiento, interesa recoger los siguientes razonamientos de la sentencia nº 393/2015 de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV, Sección primera, de 4 de noviembre de 2015 (JT 2016\978):

> Las Entidades de Conservación de las obras de urbanización constituidas por trasformación de una entidad preexistente que las haya ejecutado, ─como en el caso la preexistente Junta de Compensación─, en base al artículo 25 del RGU, no son ni pueden ser titulares de las redes de dotaciones locales que se encuentren a su servicio, verdadero soporte físico y técnico de servicios públicos de competencia de las Administraciones Públicas, ─articulo 26 LRBRL─, no afectos al uso público, y sí tan solo asumir su mantenimiento y conservación (de manera tendencialmente temporal como veremos) en base a los artículos 68 y siguientes de dicho reglamento.
>
> Dice dicho precepto que:
>
> 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, (sobre conservación de las obras de urbanización y el mantenimiento de las dotaciones e instalaciones de los servicios públicos de cargo de la Administración actuante, una vez que se haya efectuado la cesión de aquéllas), quedarán sujetos los propietarios de los terrenos comprendidos en el polígono o unidad de actuación a dicha obligación, cuando así se imponga por el Plan de Ordenación o por las bases de un programa de actuación urbanística o resulte expresamente de disposiciones legales.
>
> 2. En el supuesto del número anterior, los propietarios habrán de integrarse en una Entidad de conservación.
>
> Añade el Artículo 69 que;
>
> 1. La participación de los propietarios en la obligación de conservación y mantenimiento de las obras de ur-

banización, dotaciones e instalaciones de los servicios públicos, cuando no esté a cargo de la Administración actuante, se determinará en función de la participación que tuviesen fijada en la Junta de Compensación, en el proyecto de reparcelación o, en su caso, en la que se hubiere fijado en la Entidad de conservación.

2. Si sobre las parcelas se hubiesen constituido regímenes de propiedad horizontal, la contribución de los propietarios en la referida obligación de conservación y mantenimiento se determinará por la cuota de participación con relación al total del valor del inmueble que tenga asignada en cada comunidad.

Ese es por tanto el régimen, ─y no desfiguración interna alguna respecto del mismo─, que ha regido las obligaciones de la ECU …, desde su constitución hasta su extinción, y desde esa lógica del ordenamiento urbanístico imperativo ha de apreciarse lo que los Estatutos de la ECU, ─para su momento y periodo de vida útil─, establecieran.

Por tanto, y a la vista del texto que aparece a los folios 658 a 688 de estos autos ─Tomo III─, que el artículo 12 de dichos Estatutos incluyera las redes de los servicios urbanísticos entre los elementos de "propiedad común" a la espera de una eventual recepción por el Ayuntamiento de Mungia, (que no cabría esperar si realmente fuesen del verdadero dominio privado civilista), y los contrapusiera a los "elementos de propiedad privada" ─artículo 11º─, y a "los elementos de dominio y uso público" del artículo 13º, destinados a la red viaria y a parques y áreas libres comunitarias, no ofrece otra interpretación que la de que estos últimos conllevaban la inmediata apertura al uso público precisada de una cesión de parcelas superficiales como la que la representación del Ayuntamiento demandado describe en relación con las nº 598 y 600.

No cabe, por ello en medida alguna deducir de los instrumentos rectores de la ECU y de sus obligaciones, que las concernientes al mantenimiento de las redes dotacionales de servicios nunca se viesen afectadas por la evolución jurisdiccional en torno a la extinción por no estar vinculadas a elementos de cesión obligatoria, sino de estricta titularidad demanial de los copropietarios de …. Antes bien el documento de compromiso suscrito el 29 de diciembre de 1.972 entre los propietarios y el Ayuntamiento, ─f. 654 a 657─, deja patente en su indicativo romano IV que a los copropietarios se les transmitía por subrogación, "la obligación de conservar los espacios viales y de parques y jardines públicos así como de las obras de urbanización" (con subrayado que ponemos para destacar la coincidencia de la obligación de conservación respecto de ambos objetos).

En suma, los Estatutos, ya perdido su vigor y aneja capacidad de disciplinar las relaciones internas de la ECU, carecen de la fuerza ordenadora que nunca han detentado para contraponerse al régimen jurídico público urbanístico que ha quedado descrito, y sus eventuales faltas de concordancia con el mismo, ─que como hemos argumentado, no entendemos esenciales ni inconciliables─, no pueden merecer otra acogida que la que corresponde a documentos con plasmaciones de la legalidad urbanística propias de la época en que se formularon y sensiblemente más primarias que las que el intérprete actual puede deducir de una larga evolución posterior.

En la misma perspectiva deben situarse las previsiones sobre el carácter "indefinido" de tales deberes de conservación y mantenimiento, derivado del artículo 5º de los mencionados Estatutos, pues si ya el concepto no expresa sino la ausencia de un plazo definido de extinción, la actual legislación del suelo lo delimita.

Así el artículo 197 de la LSU del País Vasco 2/2006, de 30 de Junio, tras destacar en su apartado 1 que "la urbanización es, desde el comienzo de su ejecución en el régimen público, y desde su entrega y recepción por la administración en el régimen privado, una obra de titularidad pública que conlleva el deber de conservación por parte del ayuntamiento", añade en su apartado 2 la obligación excepcional de los propietarios de los terrenos de la U.E de costear la conservación de las obras de urbanización e instalaciones públicas de la misma "cuando así se imponga, de forma justificada y necesariamente con carácter temporal, por el planeamiento o por el programa de actuación urbanizadora...".

En suma, muy al margen de las invocaciones estatutarias y de ciertas manifestaciones prácticas de la relación entre los propietarios integrantes de la ECU y el Ayuntamiento codemandado a lo largo de los años, las redes comprendidas en las cargas de la urbanización de la legislación del suelo de 1.976/1978, y de la actualmente vigente, ─hoy art. 147 LSU─, no pueden pertenecer, ni permanecer su conservación en el ámbito privado de los parcelistas, a desdén de que las entidades de conservación constituidas "ad hoc" hayan desaparecido del escenario, y solo cabe con ello ratificar el sentido general que en anteriores Sentencias de esta Sala se ha atribuido a dicha extinción.

Consecuentemente, **no puede aceptarse la posición del Ayuntamiento** de Mungia **relativa a que la autorización de disolución de la EUC no supone la asunción por su parte de la prestación de los servicios urbanísticos que la entidad viene gestionando**, salvo los relacionados con la vialidad y los jardines públicos, **por lo que existe en este aspecto relación causal entre la actividad o falta de ella de los servicios municipales y el daño que alega la reclamante**.

En relación con los gastos correspondientes a mantenimiento de la red viaria y los espacios definidos como parques y áreas libres, consta en el expediente que el ayuntamiento se ha opuesto a las autorizaciones solicitadas por la Comunidad de Propietarios CIMB para realizar obras en el citado ámbito, advirtiendo de que tiene asumida la gestión de tales servicios, por lo que los gastos correspondientes de la comunidad de propietarios no resultan indemnizables.

Por tanto, **el daño al que ha de responder el Ayuntamiento** de Mungia **es el relativo las cantidades pagadas por los conceptos alumbrado, red de agua, basura y personal, con exclusión de los correspondientes a vialidad y jardinería,** correspondientes al período de 7 de febrero a 31 de diciembre de 2016, **dado que la acción para reclamar los anteriores ha prescrito.**

DCJA 152/2017 pár. 81 a 97

La parte reclamante basa su reclamación en que los servicios técnicos municipales exigieron de la Junta de Compensación, para la recepción de las obras de urbanización, la ejecución de un acceso peatonal a las parcelas comprendidas en el eje 2 y 13 del sector **que cumpliera los requisitos de accesibilidad, y estuviera dotado del correspondiente alumbrado**.

Tras realizarse el acceso peatonal, una vez concedidas las licencias de obra y edificadas las parcelas, y específicamente la primera de ellas, parcela número 23, se **"puso de manifiesto la inutilidad de la obra exigida por los Servicios Técnicos Municipales**, que entre otras cosas, suponía la imposibilidad de acceder desde el vial a la propia parcela, al encontrase con un muro, con todo lo que ello conllevaba de imposibilidad de acceso. La solución que se planteó fue la de tener que proceder a derruir lo ya construido, para posibilitar el acceso referenciado".

El daño ha consistido "en exigir la realización de determinado tipo de obras a la Junta de Compensación, no estando prevista su ejecución en el Proyecto de Urbanización, y ello a pesar de la oposición manifestada por los Servicios Técnicos de la Junta de Compensación, con el resultado de que una vez ejecutadas, y satisfecho su valor, se han demostrado inútiles, y carentes de cualquier utilidad".

En la propuesta de resolución **el ayuntamiento entiende que**, en este caso, **falta el nexo causal porque no se ha probado que fueran los servicios técnicos municipales quienes dieran la orden o impusieran la obligación de ejecutar la solución técnica concreta que finalmente se llevó a cabo,** sino que esta fue propuesta por la propia junta y tales servicios se limitaron a informarla desde el punto de vista de la legalidad urbanística.

Muchas y variadas son las cuestiones que plantea el asunto pero para su adecuado análisis entendemos que debemos comenzar por dilucidar cuáles son las obligaciones que en esta materia tiene la Administración local.

Antes es conveniente recordar que la legislación urbanística contempla en el artículo 48 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana (TRLSRU), aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, una serie de supuestos indemnizatorios, cuyo sustrato común es la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, ello no impide que pueda surgir la responsabilidad patrimonial por otros motivos no relacionados expresamente en la citada ley, a la vista de las obligaciones que deba cumplir el ayuntamiento y en el supuesto de que se aprecie la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público que presta en materia de urbanismo.

También que, **pese a que la Junta de Compensación insiste en que la realización del paseo peatonal con dotación de alumbrado no estaba prevista en el proyecto de urbanización**, aprobado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Sopelana el 26 de septiembre de 2011, **lo cierto es que no se reclama por dicha exigencia sino por haber resultado inservible la obra**.

Es más, del expediente se deduce que en la ejecución material de las obras de urbanización se han exigido determinados ajustes por la existencia de deficiencias en el proyecto, sin que se haya cuestionado su procedencia. La propia

Junta de Compensación alude a algunas de ellas ("modificaciones en las señales de tráfico previstas, el soterramiento de los centros de transformación, la escollera, la doble acera en la parte Sur del Sector, la impermeabilización y recogida de aguas en la parte central, para evitar las inundaciones de la vivienda sita junto a las casetas de obra, etc.", folio 98), al igual que la arquitecta municipal ("no estaba acreditado en el proyecto de urbanización el tema del ruido, del cumplimiento de los niveles acústicos y hubo de pedirle también que tenían que tramitar el cumplimiento acústico" folios 241 y 242).

En principio, los programas de actuación urbanizadora constituyen el instrumento previsto por el artículo 152.1 LSU para regular y organizar el desarrollo y ejecución de las actuaciones integradas en suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable sectorializado, debiendo establecer, entre otros, los siguientes contenidos: el régimen de ejecución pública o privada y su sistema de actuación (letra b) y la totalidad de las obras a realizar y de las cargas de urbanización y la estimación aproximada de su coste (letra d).

Sin embargo, la disposición transitoria tercera LSU, tras adaptar los sistemas de actuación y renombrar al sistema de compensación como sistema de concertación (párrafo 1), exime de la previa tramitación y aprobación de un programa de actuación urbanizadora para el desarrollo de actuaciones integradas sobre cualquier clase de suelo que a la fecha de entrada en vigor de la ley cuenten con ordenación pormenorizada aprobada definitivamente (párrafo 2).

Ello supone, en tales casos, que para el desarrollo de la actividad de ejecución de actuaciones integradas sea suficiente con la aprobación, además del planeamiento urbanístico idóneo para establecer la ordenación pormenorizada, del proyecto de urbanización y proyecto de reparcelación (artículo 135 LSU).

El Plan Parcial del Sector Residencial … en Sopelana fue aprobado definitivamente mediante Orden Foral del Departamento de Relaciones Municipales y Urbanismo 917/2004, de 15 de junio (BOB nº 59, de 30 de marzo de 2005), y el Pleno del Ayuntamiento de Sopela ratificó el Texto refundido de la normativa urbanística relativa al Plan Parcial del Sector Residencial … el 28 de abril de 2015 (BOB nº 94, de 20 de mayo de 2015).

El artículo 194.1 de la LSU dispone que los proyectos de urbanización son proyectos de obras que definen los detalles técnicos de las obras de urbanización. Se redactarán con precisión suficiente para poder ser ejecutados, eventualmente, bajo la dirección de técnico distinto a su redactor. Para ello deberán incluir, ex artículo 194.3 de la LSU, una memoria descriptiva de las características de las obras, planos de proyecto y de detalle, mediciones, presupuesto y pliego de condiciones de las obras y servicios, además de los estudios, programas y planes de seguridad y calidad que procedan.

Se podría decir que la LSU los caracteriza con arreglo a una concepción consolidada en el urbanismo, tal y como queda reflejado en la STS de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/9773):

> El art. 15 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 1976, nos dice qué es un Proyecto de Urbanización: es simplemente un proyecto de obras que tiene por finalidad llevar a la práctica los Planes Generales Municipales en el suelo urbano, los Planes Parciales y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento. No pueden contener determinaciones sobre ordenación, ni régimen del suelo y de la edificación y deberán detallar y programar las obras que comprendan, con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas por técnico distinto de su autor. Tampoco podrán modificar las previsiones del Plan que desarrollan, pero pueden efectuar las adaptaciones exigidas por la ejecución material de las obras. Deben ir acompañados de memoria descriptiva, plano de situación en relación con el conjunto urbano, planos de proyecto y de detalle, mediciones, etc. Son instrumentos para el desarrollo de las determinaciones que el Plan prevea en cuanto a obras de urbanización, vialidad, abastecimiento de agua, alcantarillado, etc. En la ejecución material de las obras se pueden efectuar las adaptaciones de detalle exigidas por las características del suelo y subsuelo, sin que ello suponga alteración de las determinaciones sobre ordenación o régimen del suelo o de la edificación de los predios afectados por el proyecto, porque, en tal caso sí deberá aprobarse, previa o simultáneamente, la correspondiente modificación del Plan [arts. 67 a 70 del Reglamento de Planeamiento (RCL 1978\1965 y ApNDL 13921)]. Es clásica la doctrina que se ha referido al Proyecto de Urbanización como proyecto de obras en sentido técnico, sin auténtico contenido normativo o planificador, sino con un marcado carácter técnico-instrumental para el desarrollo de la actividad precisa en orden a la ejecución de las obras de infraestructura, equipamientos y servicios, que excluye, desde luego, toda posible determinación sobre ordenación o régimen del suelo o de la edificación y que impide también toda modificación de las previsiones del plan que ejecuta, salvo en el supuesto antes citado [SS. 24 marzo y 12 junio 1987 (RJ 1987\3805 y RJ 1987\6126), 27-9-1990 (RJ 1990\7396), etc.].

Es evidente que los ayuntamientos tienen una indudable responsabilidad en la correcta ejecución de las obras de urbanización.

En ese sentido, la exposición de motivos de la LSU alude a una "recuperación de la iniciativa pública en las actividades urbanísticas, especialmente a través de la iniciativa municipal. El urbanismo se configura como una función pública municipal al servicio del interés general, y no como la forma de adquisición privada de las plusvalías urbanísticas". Y respecto al título V señala que "la responsabilidad de la ejecución del planeamiento pasa a ser exclusivamente pública, si bien se garantiza la participación privada, en régimen de concertación directa con la Administración o bien de libre concurrencia, mediante la figura del agente urbanizador y, en su caso, del agente edificador".

Más precisamente, el artículo 2.1.b) de la LSU dispone que el urbanismo es una función pública que tiene por objeto la ordenación, programación, dirección, supervisión, control y, en su caso, ejecución de la transformación urbanística del suelo mediante la ejecución de la ordenación urbanística que se materializa en sus urbanización y edificación. El artículo 132 LSU contempla que las administraciones públicas, en sus respectivas esferas de competencia, dirigirán, inspeccionarán y controlarán la participación y colaboración privada en la ejecución del planeamiento, para exigir y asegurar que se produce de conformidad con los planes y los programas de actuación y los demás instrumentos y acuerdos aprobados para su ejecución, así como, en su caso, con los correspondientes proyectos técnicos de obras; y el artículo 204.1 LSU dispone que corresponde a los ayuntamientos velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y de las normas y demás instrumentos que la complementan y desarrollan para cumplir las finalidades y promover los principios proclamados en la misma.

Según el artículo 140.2 LSU las actuaciones integradas pertenecen a la esfera de actuación pública, son responsabilidad de las administraciones públicas según sus respectivas competencias, y pueden desarrollarse en régimen de ejecución pública o privada. A tenor del artículo 141.1.b) LSU el régimen de ejecución privada supone la participación de la iniciativa privada en la ejecución del planeamiento, bajo la dirección, inspección y control de la Administración actuante; y con arreglo al artículo 141.2 LSU, en el régimen de ejecución privada los terrenos objeto de una actuación integrada no adquieren la condición de solares hasta que, además de estar efectivamente dotados y servidos por los correspondientes servicios, estén ejecutadas y entregadas a la Administración local las obras de urbanización propias de la actuación y las infraestructuras de integración y conexión de esta con su entorno establecidas en la programación de la misma.

En este caso, **el sistema de actuación escogido por el Plan Parcial es el de compensación** (en la LSU**, denominado concertación**), lo que **implica un régimen de ejecución privada en el que son los propietarios los que toman la iniciativa para transformar el suelo y se constituyen en Junta de Compensación/Concertación**.

Eso supone que la junta, ex artículo 163.2 LSU, "asumirá la ejecución del planeamiento y será directamente responsable frente al ayuntamiento de la ejecución completa de la urbanización de la unidad de ejecución, así como del cumplimiento de las restantes cargas urbanísticas de la actuación, repercutiendo los gastos correspondientes a la totalidad de los propietarios adjudicatarios de parcelas resultantes en la proporción y modo establecidos en el proyecto de reparcelación".

Esto es, **una de las principales obligaciones de la junta es la de ejecución material de las obras de urbanización en los términos que establezca el planeamiento urbanístico, obras que debe costear y repercutir en los propietarios de los terrenos comprendidos en la unidad de ejecución**.

Constituyen cargas de urbanización, como prevé el artículo 147.1.a) LSU, **entre otras, las obras de vialidad, que comprenden en todo caso las de explanación, afirmado y pavimentación de calzadas, las de construcción y encintado de aceras, incluyendo las obras precisas para facilitar su accesibilidad a las personas de movilidad reducida, y las de construcción de las canalizaciones para servicios en el subsuelo de las vías o de las aceras.**

Con tales previsiones legales, **no hay duda de que la Administración municipal debe velar, ejerciendo una tutela activa, por la correcta ejecución de las obras de urbanización.**

Incluso, en el supuesto de que incumpliera ese deber, y destacadamente, sin exigir el cumplimiento de los compromisos y garantías necesarios para que las infraestructuras de las urbanizaciones se lleven a cabo, la STS de 3 de junio de 2008 (RJ 2008/5546) declara que ha de responder por su funcionamiento anormal y defectuoso ejercicio de sus competencias, "por las carencias y defectos de las infraestructuras y servicios urbanísticos existentes en la urbanización".

Pues bien, **a juicio de la Comisión**, en el supuesto que se examina, **el ayuntamiento ha desplegado esa actividad de control de una forma inadecuada a la vista de lo sucedido.**

Ha quedado acreditado que impuso, siquiera verbalmente, la realización de un acceso peatonal porque el proyecto de urbanización no aseguraba una entrada, que fuera accesible peatonalmente, a cada una de las parcelas.

En concreto, el informe jurídico refiere que el artículo 1.17.f) del Plan Parcial del Sector … establece literalmente, en cuanto a los accesos a las parcelas privadas, lo siguiente:

> Las parcelas situadas tras una zona verde contarán con entradas peatonales accesibles tal y como dispone la normativa de accesibilidad, que deberán resolverse en él proyecto y en las obras de urbanización.

Las arquitectas municipales así lo han reconocido, realizándose el oportuno requerimiento a la Junta de Compensación, y si bien descartaron la primera propuesta del redactor del proyecto de urbanización y director de la obra, aceptaron la segunda, que finalmente fue la ejecutada.

En aquel momento los servicios técnicos municipales sostuvieron que la urbanización pública debía garantizar que las parcelas tuvieran un acceso peatonal que cumpliese la ley de accesibilidad (en el proyecto de urbanización no se enlazaba peatonalmente la calle pública con la parcela privada porque había entre una y otra una franja verde y el "acceso a la línea de separación público, privada tiene que tener garantía de que peatonalmente es accesible").

Lo que esta Comisión considera correcto, siendo factible, en principio, en conjuntos de viviendas unifamiliares, como creemos que es el caso (a la vista de los planos), que el itinerario accesible que comunique la entrada a la zona privativa de cada vivienda con la vía pública conecte entre sí las viviendas unifamiliares con la vía pública con un único itinerario accesible o que cada una de las viviendas unifamiliares cuente con su propio itinerario accesible, pero tal decisión debe venir determinada por el proyecto de urbanización ya que forma parte de las previsiones que deben ser resueltas por este.

Como dice muy esclarecedoramente en su apartado IV la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo (si bien dicha Ley ha sido derogada la idea que refleja sigue plenamente vigente):

> El régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que —en los términos en que la configure la legislación urbanística en el marco de esta Ley— es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa. En este sentido, si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendar a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad.

Sin embargo, **a la vista de los problemas que ha generado el camino construido, esos mismos servicios técnicos municipales no han puesto serios reparos** (si bien se trata de otras arquitectas) **al derribo del camino peatonal y han aceptado la procedencia de otra solución técnica para los accesos a las parcelas privadas, que no puede ser otra (desde luego no consta que se haya propuesto una distinta) que la de que sean los proyectos de cada parcela los que la resuelvan, esto es, en el proyecto de edificación que se redacte para la construcción de cada una de las viviendas.**

En definitiva, nos basta ahora con concluir que **se aprecia un funcionamiento anormal de la Administración en el ejercicio de sus facultades de vigilancia y control de la acción urbanizadora porque ha impuesto una solución que se ha revelado innecesaria y en la práctica inviable e inservible, con la inutilidad sobrevenida de las obras y del desembolso económico que ha supuesto para la Junta de Compensación costearlas, sin que deba soportar ese perjuicio económico.**

Ahora bien, **en el nexo causal interfiere de forma intensa la propia actuación de la Junta de Compensación, aunque no hasta el punto de romper el nexo causal**.

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).

La actuación municipal, a cuyo cambio de criterio anudamos el efecto dañoso, ha venido condicionada por el proyecto ejecutado por la Junta de Compensación, por el arquitecto redactor del proyecto de urbanización y director de la obra, que obviamente no es alguien ajeno a la Junta de Compensación, sino el agente que, por encargo de la Junta de Compensación, ha redactado el proyecto del paso peatonal y ha dirigido su ejecución material.

No existe ninguna duda de que la Junta de Compensación debía proyectar y realizar la obra y tampoco de que la proyectó y ejecutó efectivamente (a tenor de lo declarado por el jefe de obra de la empresa contratada, folio 232, "había un mini proyecto hecho, sobre unos planos, unas cotas y unas coordenadas y nosotros lo ejecutamos según la documentación" que nos fue entregada).

La Junta de Compensación ha hecho suyos tales trabajos ya que han sido realizados por una persona que ha elegido y en la que ha confiado, a fin de cumplir con los requisitos de accesibilidad de las fincas.

Tampoco se discute que la **inutilidad del paseo peatonal devino de una deficiente verificación de las rasantes de las parcelas privadas, en un terreno en pendiente**, porque con las cotas trazadas para su construcción se convirtió en prácticamente imposible el acceso rodado a aquellas.

Correspondía al arquitecto redactor del proyecto de urbanización y director de la obra garantizar la funcionalidad del paseo peatonal, es decir, que sirviera para dotar de accesibilidad a las parcelas, formulando una propuesta técnicamente viable, debiendo comprobar las cotas y, en definitiva, la adecuación de la obra proyectada a las características orográficas del terreno.

Una de las principales obligaciones del arquitecto al redactar el proyecto es conocer las peculiares condiciones del terreno sobre el que se va a realizar la obra, y el que dirige la obra debe modificar el proyecto siempre que advierta alguna deficiencia en el mismo porque de lo contrario será responsable de los defectos o vicios de lo construido.

En este sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo civil, de 6 de abril de 2006 (RJ 2006, 5323):

> La planta de sótano se proyectó por el Arquitecto Superior, que llevó a cabo la alta dirección de la obra, y dicho elemento constructivo se ejecutó por el Constructor, debiendo aquél haber previsto todos los aspectos constructivos que impidieran la entrada de aguas y humedades en el sótano, aunque dicho Arquitecto no realizara el Proyecto de la urbanización colindante, no obstante lo cual debió diseñar la forma en que se construyera un sistema de evacuación de las aguas pluviales, así como prever la cota de construcción de la rampa en relación con la del terreno de la urbanización y la de la calle, e igualmente el nivel freático de las aguas respecto a esos elementos y la previsión de la impermeabilización y realización de aceras exteriores para que el agua no entrara al interior, así como la forma de dirigir las aguas interiores, procedentes de cubierta, y lo relativo, en aquél sentido, a los muros, así como el drenaje; o haberlo adicionado, todo ello, durante la obra, en el Libro de Órdenes, en cuanto que éste, en esos aspectos, complementa las omisiones o incluye las modificaciones al Proyecto, si éste es incompleto.

Cuando los defectos de la obra afectan a los elementos constructivos hasta hacerlos inservibles y cuando los mismos, además, se manifiestan de una forma evidente y grave, la mera existencia de tales defectos ya pone de relieve un claro incumplimiento, tanto en la proyección como en la ejecución material de la obra.

La Junta de Compensación argumenta para eludir su propia responsabilidad que ya advirtió de la falta de idoneidad de la solución propuesta a los servicios técnicos municipales, aviniéndose a ejecutarla porque de lo contrario el ayuntamiento no concedería a los propietarios las licencias de obra.

Pero no consta de forma fehaciente que se dirigiera al ayuntamiento para formular tales reservas a la obra, ni que, una vez conocidas, fueran rechazadas por los servicios técnicos municipales, ni que estos siguieran sosteniendo la procedencia de ejecutarla aun a sabiendas de su inutilidad.

En cualquier caso, las discrepancias entre el ayuntamiento y la Junta de Compensación sobre el contenido del proyecto de urbanización y las soluciones constructivas debían ser resueltas por el ayuntamiento, en tanto que entidad encargada de la dirección, inspección y control de las obras, pero sus decisiones eran recurribles, al igual que lo son cualesquiera otras que adopta en el ejercicio de sus funciones.

En definitiva, ha sido la Junta de Compensación la que proyectó y materializó un paseo peatonal que ha tenido que ser derribado por sus graves deficiencias técnicas.

Si bien ello no excluye la responsabilidad municipal, esta concurrencia de causas nos lleva a atemperar el *quantum indemnizatorio* en una proporción que, a falta de un criterio para determinarla de otra forma, la fijamos en un 50 %.

Estando acreditadas, mediante las correspondientes facturas, el importe de la obras de construcción del paseo peatonal y alumbrado, que ascienden a 52.218,97 €, y el de las obras de demolición del mismo, que ascienden a 5.926,58 €, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de la Junta de Compensación del Sector … de 29.072,77 €.

De acuerdo con el artículo 34.3 LRJSP, "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística...". En este caso, la revisión de la citada cantidad no es posible porque conforme a los índices de garantía de la competitividad publicados, este ha resultado negativo.

DCJA 200/2017 pár. 43 a 93

V. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas

Entrando en el análisis de la concreta reclamación formulada, **ha de dejarse constancia, primero, de que la empresa ASL funda su reclamación en que, ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos recogidos en los pliegos de condiciones, así como con la subrogación de contratos de trabajadores de años anteriores, "se ve en la obligación de presentar renuncia expresa"**. Afirma, de forma taxativa, que "no se trata de una renuncia voluntaria sino provocada por la actuación municipal: inflexible con el cumplimiento del Pliego y ocultista respecto de otras obligaciones que ya conocía que existirían y a asumir por las adjudicatarias".

La reclamante detalla las actuaciones administrativas controvertidas, mencionando, en primer lugar, que **el ayuntamiento estableció en los pliegos que regían el contrato unos requisitos que eran incompatibles con la existencia de subrogaciones en las relaciones laborales preexistentes**, "manifestando públicamente, que se habían eliminado las mismas, para facilitar la contratación de colectivos con dificultades para el acceso al mercado de trabajo, lo cual unido a la falta de publicación en los pliegos de la relación de personas con derecho a subrogación, conllevó la lógica interpretación por parte de la empresa, de que no existía personal con derecho a subrogación (…)".

En suma, expone la reclamante en esa dirección que:

a) Conforme a las determinaciones contenidas en los pliegos, resulta imposible prestar el servicio contratado con la concurrencia de las dos obligaciones que se contienen: la legal de subrogación y la propia de los pliegos, por cuanto supone duplicar en personal y los gastos, convirtiéndose en una "licitación imposible".

b) De no atenderse a ambas contrataciones se hubiera producido alguna vulneración de la legalidad vigente: o del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) o del pliego de condiciones.

c) A la empresa finalmente adjudicataria, tras su renuncia, no se le exigió lo previsto en los pliegos, siendo un supuesto flagrante de agravio comparativo entre ambos, pues se ocultó a una de las ofertantes el verdadero alcance económico de la contratación, y, ante esa misma respuesta municipal, la reclamante habría aceptado

la adjudicación.

Las condiciones que ha detallado, en su opinión, hacían imposible la ejecución del contrato de servicios para el que había sido seleccionada como oferta más ventajosa, lo que motivó su renuncia.

De lo anterior colige que se le han irrogado unos daños entre los que incluye —como se ha indicado más arriba—, además del coste de los trabajos de preparación de la oferta, otros conceptos, como el de beneficio empresarial y otros, cuya indemnización, ya de inicio —y sin perjuicio de otras consideraciones— observa la Comisión que no serían indemnizables con arreglo a los términos en que se articula la reclamación.

Al llevar a cabo el análisis de dicha reclamación, con carácter previo, procede enmarcarla de forma adecuada, al apreciar la Comisión que **la actuación administrativa anómala a la que asocia la reclamante su pretensión indemnizatoria se ubica en un procedimiento de contratación administrativa** en el que ha participado y que dispone de su normativa reguladora específica (singularmente, el TRLCSP), en la que se contemplan los mecanismos de impugnación y corrección de esa actuación.

Al hilo de lo anterior cabe recordar que, como ha dicho la Comisión en otras ocasiones, la responsabilidad patrimonial de la Administración no es una vía alternativa a la de la impugnación de los actos o disposiciones administrativas (dictámenes números 56/2014, 144/2007, 3/2002, 4/2002 y 276/2001, entre otros).

Cuando lo discutido es la actividad jurídica de la Administración, y no su actividad material, ámbito natural de la institución, **el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial requiere que se haya declarado la incorrección jurídica del acto o disposición administrativa, sin la cual el daño no podrá reputarse antijurídico**. E incluso, en tal caso será de aplicación el parámetro que establecía el artículo 142.4 LRJPAC, y ahora el artículo 32.1 de la citada Ley 40/2015, según el cual, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas "no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización" (no resulta preciso realizar su exégesis en este momento).

La acción de responsabilidad patrimonial, en fin, no permite determinar si un acto ha sido dictado infringiendo el ordenamiento jurídico y si, como consecuencia de ello, se ha producido, en su caso, un perjuicio sobre el particular, que este no tiene la obligación de soportar.

Como expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 9 de febrero de 2001 (RJCA 2001\571):

> (…) el hecho determinante del nacimiento de la responsabilidad patrimonial en ningún momento puede ser considerado antijurídico debido a la presunción de validez de los actos administrativos, según la cual todo acto administrativo goza de las presunciones de acierto, veracidad y legalidad, lo que se traduce en el principio «favor acti» y en que la carga de la prueba incumbe a quien discute la legalidad del mismo debiendo pechar con las consecuencias de su falta (STS 21-2-1990, 20-6-1990, 8-4-1992), presunción de legalidad que deriva de un conjunto de datos de entre los cuales ha de destacarse el de la actuación desarrollada siguiendo el procedimiento legalmente establecido cuya tramitación tiene su reflejo en el correspondiente expediente (3-2-1992).

Aunque, conforme a lo ya señalado, **no corresponde a la Comisión pronunciarse sobre la legalidad de la actuación de la Administración en la tramitación del procedimiento de contratación administrativa**, **sí se considera oportuno, con el fin de mejorar las futuras contrataciones, efectuar una advertencia relativa a que dicha tramitación no ha resultado ejemplar**, lo que no ha facilitado, en este caso, a los licitadores la interpretación de los pliegos rectores de dicho procedimiento.

Sirva de muestra que, en relación con la principal cuestión que subyace en la reclamación de responsabilidad patrimonial, referida a las condiciones en que debía ejecutarse el contrato en la materia de los medios personales, **el expediente no acredita el cumplimiento por el órgano de contratación de la obligación prevista en el artículo 120 del TRLCSP. Así, ante un contrato en el que el adjudicatario tiene la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, no ha facilitado ese órgano, como debía, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de subrogación del personal en ese concreto contrato.**

Pero la empresa ASL debía haber utilizado los instrumentos que el TRLCSP pone a disposición del licitador para combatir esa irregularidad —que, en este caso, le condicionaba su oferta en el procedimiento de licitación y su viabilidad—, **mediante la impugnación del pliego de condiciones particulares**, como le permite el artículo 40

de ese texto legal [a través del recurso especial en materia de contratación, que es la vía adecuada por estar incluido el tipo de contrato de que se trata dentro del supuesto del subapartado b) del párrafo 1 de dicho precepto].

Son varias las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) que han anulado los pliegos y, por ende, la licitación, cuando se advierte la omisión de los datos previstos en el artículo 120 del TRLCSP o cuando se aprecia que la información es incompleta, insuficiente para la finalidad pretendida de que los licitadores dispongan de los referidos datos para elaborar su oferta. Entre ellas, cabe citar las resoluciones nº 879/2014, de 28 de noviembre de 2014, y nº 96/2015, de 20 de enero de 2015. En esa última resolución se afirma que "los pliegos que rigen la licitación o la documentación complementaria deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato", añadiendo que "es doctrina de este Tribunal que la obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios".

Cuando no se han activado los medios que se encuentran previstos en la normativa sobre contratación en el sector público, no corresponde a esta Comisión declarar la nulidad de los pliegos que rigen la contratación (ni siquiera interpretarlos).

Conforme a esa premisa, incluso si, como pone de manifiesto la reclamante, la adjudicación del contrato a la empresa DESL se produjo de manera arbitraria, por ser la anterior contratista y disponer de medios personales, con dispensa de otras determinaciones previstas en los pliegos, podía haber impugnado tal adjudicación a través del citado recurso especial.

Sin embargo, la empresa ASL, **en lugar de activar esos mecanismos en defensa de sus intereses, optó por retirar su oferta, una vez seleccionada, quedando vinculada a ese acto y a sus consecuencias.**

Sin perjuicio de lo anterior y retomando el debate que plantea la reclamación, la Comisión, una vez puesto de manifiesto el incumplimiento por el órgano de contratación del artículo 120 del TRLCSP, aprovecha la ocasión para apuntar que **del expediente podría llegar a deducirse que ASL era sabedora de la obligación de subrogarse en el personal de contratas anteriores y disponía de datos que le permitían conocer los términos en que había de realizarse la subrogación controvertida.**

En primer lugar, se puede extraer la conclusión de que la empresa estaba en condiciones de percibir el alcance de la obligación de subrogación (cuestión de ámbito laboral, indisponible por los pliegos de licitación pública, que, no obstante, deben incluir tal previsión, como hace la cláusula 37 del pliego de condiciones particulares) del hecho que conocía el convenio de aplicación en el que se prevé tal obligación y la forma en que opera. Según afirma en su escrito de reclamación, presentó su oferta en base a lo establecido en los pliegos del concurso, teniendo como criterio para calcular los costes de salarios y gastos sociales a cuenta de la empresa las retribuciones previstas en el convenio de aplicación (antecedente de hecho cuarto).

Hay que tener en cuenta que nos hallamos ante un supuesto de subrogación convencional (establecida en un convenio colectivo estatutario), en cuyo caso, como recuerda la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25 de marzo de 2015, la subrogación será exigible en los términos exigidos por el convenio colectivo y respecto de los sujetos que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación, conforme a lo que dispone el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Es por ello que "Lógicamente, las condiciones en que deba producirse la subrogación no las fija el pliego de condiciones, sino el Convenio Colectivo aplicable que, recordemos, tiene garantizada 'fuerza vinculante' por el art. 37.1 de la Constitución".

La forma de conjugar esa subrogación con la regla general del apartado 1 de la cláusula 37 del pliego de condiciones administrativas particulares podría resolverse haciendo uso de la modulación que permite el subapartado 1.2 de esa cláusula, siempre en consideración, también, al pliego de prescripciones técnicas, que en sus apartados 2.2 y 5 concreta el personal mínimo necesario en cada complejo deportivo en atención a las diferentes tareas a realizar.

E incluso, entiende la Comisión que, en última instancia, ante la ausencia o falta de claridad de la información sobre los medios personales para llevar a cabo el contrato, necesaria para establecer los términos en que la licitadora concurría al procedimiento y para definir su oferta, la reclamante podía haberla recabado, estando justificado el uso del derecho a solicitar la información adicional a que se refiere el artículo 158 del TRLCSP. En ese sentido se ha

pronunciado, por ejemplo, el Consejo de Estado en su Dictamen 464/2014 de 23 de julio de 2014. En ese dictamen, además, dice:

> Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el no ejercicio por (…) de su derecho a reclamar información adicional al amparo de los artículos 120 y 158 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tiene unas consecuencias parecidas al no levantamiento de una carga. Cabe citar, en este sentido, el dictamen nº 909/92, de 21 de julio de 1992, del Consejo de Estado, que, refiriéndose a la obligación del contratista de acudir al acto de la comprobación del replanteo, y con invocación expresa de la figura de la carga, dijo que "el contratista no podrá formular reclamaciones basadas en circunstancias adversas que no se habrían producido si hubiese presenciado la comprobación del replanteo y formulado las oportunas reservas". En el presente caso, si (…), conociendo la existencia de un conflicto laboral que la anterior contrata había notoriamente mantenido durante meses con sus trabajadores, no reclamó de la Administración contratante, como era su derecho, toda la información sobre los respectivos contratos de trabajo que hubiera creído necesitar, no puede pretender ahora que la Administración la indemnice de las consecuencias económicas de su decisión de acudir a la licitación del contrato (…).

En definitiva, **la empresa**, por su parte, **debía haber desplegado una especial diligencia antes de realizar y presentar su oferta para valorar los costes del personal con el que ejecutar el contrato; valoración que adquiría una especial relevancia en un procedimiento de contratación en que los medios personales eran la principal aportación de la contratista.**

Pese a tal pronunciamiento, la Comisión quiere dejar claro que en ningún caso la Administración municipal queda exenta del cumplimiento del deber impuesto en el artículo 120 del TRLCSP, cuya reparación, en los supuestos de incumplimiento, resulta singularmente complicada cuando, adjudicado y formalizado un contrato, el nuevo adjudicatario tiene conocimiento de que la relación de trabajadores o de los datos incluidos en los pliegos no corresponden con la realidad.

De lo expuesto se deriva que, dado que la empresa reclamante retiró su oferta del procedimiento de licitación —con los eventuales daños que ello le haya deparado— **y que la viabilidad jurídica de los actos de la Administración municipal no ha sido descartada en vía administrativa o jurisdiccional, esos posibles daños alegados por la reclamante no reúnen el carácter de antijurídicos, requisito indispensable para que pueda prosperar su reclamación.**

DCJA 42/2017 pár. 49 a 73

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO

I. Ámbito de la potestad revisora

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.

La ley quiere que se trate de actos definitivos en vía administrativa bien porque ponen fin a la susodicha vía (artículo 109 LRJPAC y artículo 52.2 LBRL) bien porque, siendo susceptibles de recurso administrativo (artículo 107 LRJPAC), no han sido impugnados. La idea es que el acto no pueda ser sometido a revisión por el cauce ordinario, que no es otro que el recurso administrativo.

En este caso, **el interesado ha identificado como acto objeto de revisión un acto que puede considerarse en este momento definitivo: la Resolución** de 28 de marzo de 2011 del Viceconsejero de Administración y Servicios **por la que se nombran funcionarios de carrera con la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana a los aspirantes que superaron el proceso selectivo** convocado por Resolución de 11 de febrero de 2008 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco (el acto de anuncio también identificado como objeto de revisión se limita a formalizar su notificación a los interesados).

Decimos esto porque **cuando instó la revisión**, el 22 de julio de 2013, **todavía podía haber sido revisado por el cauce ordinario, en tanto que se había interpuesto en plazo un recurso administrativo contra un acto previo, el de calificación de los méritos de los aspirantes por parte del Tribunal Calificador**, que además había sido estimado por Sentencia 100/2013, de 14 de febrero de 2013, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, resolución judicial que, una vez adquirida firmeza, obligaba a baremar de nuevo el historial profesional de todos los aspirantes.

En tanto que producida esa baremación por Acuerdo de 13 de mayo de 2014 del Tribunal Calificador, no se ha producido su modificación en el sentido pretendido por el solicitante, nada cabe objetar sobre el cumplimiento del primero de los requisitos para la revisión.

Ello no obstante, es importante reseñar nuevamente que la Resolución de 28 de marzo de 2011 del Viceconsejero de Administración y Servicios pone fin al procedimiento selectivo pero, como ya hemos dicho anteriormente, **el verdadero objeto de revisión lo constituye la base primera de la convocatoria aprobada mediante Resolución de 11 de febrero de 2008, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, porque establece un cupo de reserva a mujeres del total de las plazas convocadas.**

El segundo requisito que debe reunir **la acción de nulidad por el cauce de la revisión de oficio es que sea instada por alguien que tenga legitimación**, esto es, que tenga interés, requisito exigido para la revisión a instancia de parte por el artículo 102.1 LRJPAC. Ese interés no es otro que el que reclama el artículo 31.1.a) de la LRJPAC ya que solo pueden promover un procedimiento como interesados los que sean "titulares de derechos o intereses legítimos individuales y colectivos".

Este requisito debe ser, además, **exigido con rigor cuando a raíz del resultado del proceso selectivo se pretenden combatir las bases, pese a que estas quedaron consentidas y firmes.**

Las bases pueden ser objeto de un enjuiciamiento completo, sin limitación alguna sobre los motivos de ilegalidad que se pueden hacer valer, si se recurre directamente la convocatoria, **y ser objeto de un enjuiciamiento indirecto, a través del acto que las aplica**, pero solo si incurren en una causa de nulidad de pleno derecho, como puede ser que infrinjan el derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas.

Esa apertura se ha justificado con la idea de que será a su conclusión cuando se podrá apreciar si ha sido la aplicación de tal base la que ha causado efectivamente la lesión del derecho fundamental, siendo lo pretendido por el interesado su reparación o restablecimiento.

Pues bien, en la vía excepcional de la revisión de oficio, **será preciso también demostrar,** antes que nada, por parte de quien la insta, **que ha sido la aplicación de la base que se reputa contraria al derecho de igualdad la que le ha ocasionado la lesión que se quiere revisar, privándole del acceso a la plaza.**

Si bien no es óbice procesal que quien insta la revisión no haya recurrido en tiempo y forma la convocatoria, ni tan siquiera el acto que culmina el proceso selectivo, tampoco cabe aceptar que, atendida la insubsanabilidad del vicio y la imprescriptibilidad de la acción, la solicitud de revisión pueda servir en cualquier momento, sin restricción de clase alguna y a conveniencia de cualquier aspirante que haya participado en la convocatoria, para depurar un acto cuyos efectos se han consumado y que, de no haberse producido la infracción, tampoco hubiera tenido derecho a acceder a la plaza en cuestión.

Por lo que se refiere a actos con destinatario plural y de doble efecto —como es el caso del que es objeto de la solicitud revisora—, razones de seguridad jurídica apoyan la preservación de su firmeza con la máxima severidad salvo que indubitadamente acuda a la vía de revisión un interesado que se ha visto privado de su derecho por la infracción y concurra una causa de nulidad de pleno derecho.

En la tramitación del procedimiento, como ha quedado relatado en los antecedentes, esta Comisión solicitó como ampliación del expediente la incorporación del Acuerdo del Tribunal Calificador de 13 de mayo de 2014 que aprueba la relación definitiva de seleccionados por orden de mayor a menor puntuación.

En dicha solicitud se mencionaba que:

> en la relación del Acuerdo del Tribunal calificador de 25 de noviembre de 2009, el aspirante NIP 14503 que corresponde a don MMSC, obtuvo en la relación definitiva de los que habían superado el proceso selectivo, por orden de mayor a menor puntuación, el puesto nº 50, con 75,22 puntos.
>
> En tanto que fueron 50 las plazas convocadas, podría resultar indudable la legitimación pasiva de don MMSC, o si se quiere su interés para instar el procedimiento de revisión, exigido como primer requisito para la revisión a instancia de parte por el artículo 102.1 LRJPAC, sin que sean de aplicación las consideraciones formuladas por la Sentencia 22/2016, de 26 de enero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RCJA 2016/298).
>
> Sin embargo, si bien era apreciable dicho interés cuando formula su solicitud, pudiera resultar cuestionable que el mismo perdure a la vista del Acuerdo adoptado por el Tribunal Calificador de la sesión celebrada el 13 de mayo de 2014, cuya incorporación considera esta Comisión necesaria para poder analizar cuantas cuestiones plantea el expediente y en particular, cuando se invoca la aplicabilidad del artículo 106 LRJPAC.
>
> Ello en la medida en que la propuesta de resolución afirma que: (i) dicho Acuerdo se dicta en ejecución de la Sentencia 100/2013, de 14 de febrero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RCJA 2014/144921), que obligaba a revisar el Acuerdo del Tribunal calificador de 25 de noviembre de 2009, y aplicar los criterios que se desprenden de dicha sentencia al conjunto de interesados, por lo que se refiere a la valoración de los méritos para el ascenso a la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana, y (ii) afirma que si bien la nueva puntuación de don MMSC fue de 82,22, ello no supuso que mejorara su ubicación en la lista final, sino que al revés “pasando de ocupar el puesto nº 50, a ocupar el puesto nº 53. Y ello porque, si bien se incrementó la puntuación obtenida, al afectar la nueva valoración a todas las personas participantes, otra personas le superaron en puntuación y, por ello, en el orden”.

Examinado el Acuerdo de 13 de mayo de 2014, se comprueba que la puntuación definitiva de don MMSC fue efectivamente de 82,22 puntos, al sumársele 7 puntos por el desempeño de tareas, sin embargo ello no supuso que empeorara su ubicación en la lista final (en contra de lo que dice la propuesta de resolución) sino que pasó a ocupar el puesto nº 47, estando incluido, por tanto, en la lista final de las 50 mejores puntuaciones.

A la vista del Acuerdo del Tribunal Calificador de 13 de mayo de 2014, **de declararse la nulidad de la base de la convocatoria que establece el cupo de reserva serían los aspirantes incluidos en la relación final hasta el puesto nº 50 los que tendrían derecho al nombramiento como funcionarios en prácticas, entre los que se encuentra don MMSC.**

DCJA 31/2017 pár. 51 a 67

El Ayuntamiento de Leioa pretende revisar y anular los actos correspondientes a las adjudicaciones provisional y definitiva del contrato de "Redacción del proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo Pinosolo" a la UTE Pinosolo.

Ambos actos fueron adoptados por la sociedad LK, sociedad mercantil de titularidad pública, cuyo capital pertenecía en su totalidad al Ayuntamiento de Leioa.

En principio, tal y como hemos analizado en el apartado dedicado a analizar el procedimiento, los contratos celebrados por las sociedades mercantiles dependientes de las administraciones públicas tienen naturaleza privada ya que, al margen de su objeto y finalidad, la figura del contrato administrativo requiere que una de las partes tenga la consideración de Administración pública, en los términos establecidos por la propia ley. De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 LCSP, los contratos celebrados por los entes, organismos y entidades que no reúnen la condición de administraciones públicas tienen la consideración de contratos privados.

Esta conclusión no debe ser alterada por el hecho de que, como consecuencia de la disolución de LK, el ayuntamiento haya asumido su posición en el contrato. Con la entrada del ayuntamiento el contrato dispondría de los elementos subjetivos y objetivos precisos para ser calificado como administrativo pero, frente a esa situación, debe prevalecer la intervención inicial de una sociedad mercantil. La entrada en el mismo del ayuntamiento se produce mediante subrogación, de donde no pueden entenderse recibidos más derechos y obligaciones que los se derivan del contrato celebrado por LK.

La posibilidad de considerar que la subrogación de una Administración pública en un contrato previamente celebrado por una sociedad mercantil dependiente convertiría en administrativo ese contrato, supondría el acceso de una de las partes a nuevos derechos —los propios de las prerrogativas de la Administración en materia de contratación administrativa— que no han sido contemplados en el contrato original, desvirtuándolo, al dejar en manos de una sola de las partes facultades referidas a la interpretación y el propio cumplimiento del contrato, en contra de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil (CC).

En cualquier caso, **la sociedad** LK **se constituyó como un poder adjudicador**, conforme a lo previsto en el artículo 3.3 de la LCSP, **y el contrato** en cuestión **estaba**, atendiendo a su objeto e importe, **sujeto a regulación armonizada**, tal y como declara el propio pliego de cláusulas (apartado C de la carátula y cláusula 1.2).

Lo anterior supone que, tal y como se ha adelantado en el análisis del procedimiento, la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación provisional o definitiva de este contrato debe efectuarse de conformidad con lo establecido en la LPAC; **regulación que pretende y permite conjugar las exigencias procedentes de las directivas sobre contratación pública con la clásica concepción interna de los "actos separables", sujetos al derecho administrativo incluso cuando la Administración actúa en régimen de derecho privado**.

DCJA 102/2017 pár. 93 a 99

La tramitación simultánea de un proceso arbitral relacionado con este contrato —del cual esta Comisión sólo tiene alguna noticia en esas alegaciones— **no impide al ayuntamiento la revisión del acto**. Se ha debatido por la doctrina y admitido por la jurisprudencia y esta Comisión la posibilidad de tramitación simultánea, en algunos casos, de expedientes de revisión de oficio y de recursos contencioso-administrativos en relación con un mismo acto, pero **se niega la posibilidad de la revisión de oficio cuando un acto administrativo ha sido enjuiciado por los tribunales en virtud de recurso interpuesto en tiempo y forma**.

No obstante, no estamos ante esa situación. El contrato prevé la vía arbitral para resolver las posibles controversias correspondientes a la vida del contrato —efectos y extinción— puesto que, como venimos señalando, se trata de un contrato privado. No obstante, esa cláusula contractual no afecta a las facultades que la LCSP atribuye a la Administración matriz con respecto a la revisión de los actos separables, que se mantienen intactas.

DCJA 102/2017 pár. 144 a 145

De otro lado, según doctrina constante, **el ejercicio de la potestad de revisión de oficio debe instrumentarse a través del procedimiento aplicable al tiempo en que este dé comienzo y, por ello,** tal y como hemos señalado en el análisis del procedimiento, **es correcta la aplicación de la LPAC.**

Sin embargo, **en cuanto al aspecto sustantivo de la revisión debe estarse a la norma vigente cuando se adoptó el acto que se pretende revisar: la infracción que soporte la declaración de nulidad habrá de concurrir en ese momento.**

La razón de esta regla hunde sus raíces, como destaca el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 2124/1994, de 7 de diciembre), **en el principio de seguridad jurídica, que se vería negativamente afectado si se aplicasen supuestos de nulidad con carácter retroactivo** ("la retroactividad formal en la consideración de una causa no prevista en el tiempo en que fueron realizados los hechos, cuya revisión se pretende ahora, conllevaría efectos negativos e indeseables sobre la seguridad jurídica").

Por ello, ya en este examen inicial es obligado destacar que **las tres causas que alega la mercantil en defensa de la nulidad del acto que otorgó la concesión están tasadas en la LPAC, aunque es evidente que en 1912 ni siquiera estaba vigente la norma** (Ley de procedimiento administrativo de 1958) **que sistematizó por primera vez el listado de causas de nulidad administrativas, como ahora las conocemos.**

La mercantil que insta la nulidad no ha realizado el más mínimo esfuerzo argumentativo para salvar tan importante escollo que, en una interpretación estricta de la nulidad, hubiera permitido fundar una inadmisión *a limine* de su acción, pues a ella correspondía razonar si las causas alegadas eran materialmente susceptibles de fundar en un procedimiento autónomo de nulidad (al margen de la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo) la declaración de nulidad de la concesión otorgada.

DCJA 226/2017 pár. 46 a 50

II. Análisis de las causas de nulidad

A) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional

Ahora bien, el segundo requisito que debe reunir la **acción de nulidad** por el cauce de la revisión de oficio es que sea instada por alguien que **tenga legitimación**, esto es, que tenga interés, requisito exigido para la revisión a instancia de parte por el artículo 102.1 LRJPAC. Ese interés no es otro que el que reclama el artículo 31.1.a) LRJPAC ya que solo pueden promover un procedimiento como interesados los que sean "titulares de derechos o intereses legítimos individuales y colectivos".

Este requisito debe ser, además, exigido con rigor cuando a raíz del resultado del proceso selectivo se pretenden combatir las bases, pese a que estas quedaron consentidas y firmes.

Las bases pueden ser objeto de un enjuiciamiento completo, sin limitación alguna sobre los motivos de ilegalidad que se pueden hacer valer, si se recurre directamente la convocatoria, y ser objeto de un enjuiciamiento indirecto, a través del acto que las aplica, pero solo si incurren en una causa de nulidad de pleno derecho, como puede ser que infrinjan el derecho de igualdad en el acceso a las funciones públicas.

Esa apertura se ha justificado con la idea de que será a su conclusión cuando se podrá apreciar si ha sido la aplicación de tal base la que ha causado efectivamente la lesión del derecho fundamental, siendo lo pretendido por el interesado su reparación o restablecimiento.

Pues bien, en **la vía excepcional de la revisión de oficio, será preciso** también **demostrar, antes que nada, por parte de quien la insta, que ha sido la aplicación de la base que se reputa contraria al derecho de igualdad la que le ha ocasionado la lesión que se quiere revisar**, privándole del acceso a la plaza.

Si bien no es óbice procesal que quien insta la revisión no haya recurrido en tiempo y forma la convocatoria, ni tan siquiera el acto que culmina el proceso selectivo, tampoco cabe aceptar que, atendida la insubsanabilidad del vicio y la imprescriptibilidad de la acción, la solicitud de revisión pueda servir en cualquier

momento, sin restricción de clase alguna y a conveniencia de cualquier aspirante que haya participado en la convocatoria, para depurar un acto cuyos efectos se han consumado y que, de no haberse producido la infracción, tampoco hubiera tenido derecho a acceder a la plaza en cuestión.

Por lo que se refiere a actos con destinatario plural y de doble efecto ─como es el caso del que es objeto de la solicitud revisora─, razones de seguridad jurídica apoyan la preservación de su firmeza con la máxima severidad salvo que indubitadamente acuda a la vía de revisión un interesado que se ha visto privado de su derecho por la infracción y concurra una causa de nulidad de pleno derecho.

En la tramitación del procedimiento, como ha quedado relatado en los antecedentes, esta Comisión solicitó como ampliación del expediente la incorporación del Acuerdo del Tribunal Calificador de 13 de mayo de 2014 que aprueba la relación definitiva de seleccionados por orden de mayor a menor puntuación.

En dicha solicitud se mencionaba la Sentencia 22/2016, de 26 de enero de 2016, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RCJA 2016/298), y se apuntaba la evidente analogía existente entre el asunto allí juzgado con el que aquí se plantea.

Se trata del mismo proceso selectivo y el aspirante recurrente figuraba en el Acuerdo del Tribunal calificador de 25 de noviembre de 2009, con la puntuación de 75,14 puntos, situándose en el puesto nº 51, es decir, en un puesto anterior al de don RDB, que con una puntuación de 74,21 puntos se situó en el puesto nº 54.

Hay que decir que la formulación del artículo 31.1.a) de la LRJPAC coincide con la prevista por el artículo 19.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que **es aplicable la doctrina jurisdiccional sobre la legitimación activa en el orden jurisdiccional** que invoca la citada sentencia, incluida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 31 de mayo de 2006:

> La legitimación es un presupuesto inexcusable del proceso e implica en el proceso contencioso-administrativo, como hemos señalado en la doctrina de esta Sala (por todas, sentencias de 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3267) , recurso nº 53/2000 , 6 de abril de 2004 y 23 de abril de 2005 (RJ 2005, 6382) , recurso 6154/2002), una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto, que debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera la jurisprudencia constitucional (por todas, en SSTC núms. 197/88 (RTC 1988, 197), 99/89 (RTC 1989, 99), 91/95, 129/95 (RTC 1995, 129), 123/96 y 129/2001 (RTC 2001, 129), entre otras), pudiéndose concretar algunos criterios interpretativos de la doctrina jurisprudencial en los siguientes puntos:
>
> a) La importancia del interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida coloque al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo al ocasionar un perjuicio, como resultado inmediato de la resolución dictada.
>
> b) Ese interés legítimo, que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, puede prescindir de las notas de personal y directo y al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, éste no sólo es más amplio que aquél y también es autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional ha repercutido o puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona, esto es, verse afectado por el acto o resolución impugnada.

Sobre esa base no tiene ninguna duda el tribunal de que concurre la causa de inadmisibilidad por falta de legitimación activa del demandante:

> … porque, como recogíamos en relación con los antecedentes que hemos trasladado, la convocatoria para en el procedimiento selectivo para ascenso a la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana de la Escala de Inspección de la Ertzaintza, que arrancó con la resolución de 11 de febrero de 2008, se concretó finalmente, en 50 plazas, ello al margen de las reserva de plazas específicas para mujeres, siendo lo relevante que quien fue demandante, ahora apelado, obtuvo una puntuación que supuso estar situado en el puesto 51, por ello fuera de las 50 plazas convocadas y, por ello, en lo que ahora interesa, sin que hubiera podido obtener plaza para

> acceder al curso de ascenso a la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana de la Escala de Inspección.

Siendo también su conclusión final meridiana:

> Con todo ello debemos ratificar la carencia de interés legítimo, de legitimación activa, en la acción de nulidad, en la acción de revisión de oficio que se instó por el apelado, soportada en quiebra del derecho fundamental a la igualdad, por la reserva de plazas específicas para mujeres, en una convocatoria que, finalmente, alcanzó el número de 50 plazas, cuando en el procedimiento alcanzó una puntuación que le situaba en el puesto 51, por lo que en ese ámbito, en relación con las resoluciones que debemos tener presente, no incidía en el recurrente la reserva o no, porque estaba fuera de las 50 plazas convocadas, por lo que no hubiera obtenido plaza para acceder al curso de ascenso en el procedimiento en el que participó.

Cierto es que la Sentencia nº 491/2015, de 28 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no aprecia la falta de legitimación de don RDB (FJ tercero), pero lo hace sobre la base de que son 50 las plazas convocadas, lo cual es correcto, pero sin subsanar el segundo error en el que incurre la sentencia de instancia porque, si bien ésta parte de una premisa válida al constatar que el recurrente obtuvo 74,21 puntos, colocándose en la posición nº 54, y que solo cuatro mujeres nombradas obtuvieron una calificación inferior a su puntuación, argumenta desacertadamente: "lo que implica que aun cuando sus pretensiones fueren estimadas, el recurrente ascendería a la posición 50, quedando fuera de las 30 plazas existentes".

Ocupa la posición nº 54 en la lista definitiva de aprobados, relación a), y dicha lista se confeccionó incluyendo de mayor a menor puntuación a todos los aspirantes, incluidos hombres y mujeres. Su puesto en la misma no depende del número de mujeres seleccionadas, sino de la puntuación obtenida.

De no haber sido aplicable el cupo de reserva a mujeres, hubiera bastado con la relación a), no resultando necesario elaborar las relaciones b.1 y b.2.

Por ello, los aprobados que hubieran obtenido plaza de no aplicarse el cupo de reserva a las mujeres son aquellos cuatro aspirantes incluidos hasta la posición nº 50 que, sin embargo, no han sido seleccionados al aplicarse la preferencia del cupo de mujeres, es decir, aquellos que fueron preteridos por mujeres con menor puntuación y que figuraban en posiciones posteriores al nº 50.

En cualquier caso, **estima la Comisión que lo relevante, en este estadio y a la vista del cauce legal elegido por el interesado (la revisión de oficio), es el resultado final del proceso selectivo, una vez depurados los actos cuya corrección se tuvo que realizar en ejecución de sentencia.**

Por ello, no podemos dejar de atender al dato que traslada el expediente, conforme al cual, la puntuación definitiva de don RDB fue de 80,56 puntos y, si bien ello supuso que mejorara su ubicación en la lista final (en contra de lo que dice la propuesta de resolución), pasando a ocupar el puesto nº 53, ello no fue suficiente para entrar en la lista final de las 50 mejores puntuaciones.

Examinado el Acuerdo del Tribunal Calificador de 13 de mayo de 2014, de declararse la nulidad de la base de la convocatoria que establece el cupo de reserva, serían los aspirantes incluidos en la relación final hasta el puesto nº 50, los que tendrían derecho al nombramiento como funcionarios en prácticas, entre los que no se encuentra don RDB.

Esto es, solo resultaron afectados los aspirantes NIP 14503, 13066, 13482 y 15005, más concretamente, don MMSC, don GBF, don PTI y don BAR, que ocupaban los puestos nº 47, 48, 49 y 50, con una puntuación de 82,22, 81,72, 81,52 y 81,49, respectivamente, quienes vieron decaído su derecho por aplicación del cupo de mujeres a favor de las aspirantes NIP 14507, 14189, 15117 y D34M9, en concreto, doña AISJ, doña IEA, doña SGR y doña PPC, que ocupaban los puestos nº 55, 64, 66 y 73, con 79, 75, 74,68, 74,50 y 66,73 puntos, respectivamente.

La solicitud de nulidad está soportada en la Sentencia 335/2010, de 12 de mayo de 2010, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la que se anula la reserva de plazas a la mujer incluida en la Resolución de 8 de febrero de 2008 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se convoca procedimiento selectivo para el ascenso a la categoría de Suboficial de Investigación Criminal de la Escala de Inspección de la Ertzaintza.

La Comisión entiende que la pretensión de nulidad cuenta, sin duda, de un fundamento sólido, siendo de interés recoger el siguiente pasaje de la sentencia en la medida en que condensa con claridad las razones que llevan al tribunal a dicho pronunciamiento:

> En primer lugar debemos señalar que los datos sobre la situación actual de hombres y mujeres en la Ertzaintza resultan suficientemente explícitos en el informe de impacto en función del género, que no se discute. En dicho informe se ofrece el dato de que únicamente el 10.29 % de los funcionarios en servicio y alumnos de la XXI promoción son mujeres, y únicamente el 5.79 % de los suboficiales de la Ertzaintza son mujeres. Esta es la situación de partida y no resulta discutido que sean precisas acciones positivas para avanzar en el desarrollo de políticas de igualdad. Lo que se cuestiona es que la medida de reservar un número determinado de plazas se ajuste a la legalidad. Resulta, desde luego, ilustrativa la posición que se mantuvo por el Ararteko, y que se ha acompañado como prueba documental, referencia 81/2008/20, y que con cita de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y del art. 20.4.a) y D.A.2ª de la Ley 4/2005 (LPV 2005, 93), se considera que la reserva porcentual de plazas a favor de las mujeres, es contraria a la opción legislativa realizada al abordar la promoción de la igualdad de mujeres y hombres en el acceso al empleo, y desconoce los límites sentados por la jurisprudencia comunitaria. Y que no puede obviarse la configuración legal del acceso al empleo público desde esta perspectiva de igualdad, que únicamente ha dispuesto la prioridad, en caso de existir igualdad de capacitación.

Puede decirse que hay razones que justifican la aplicación de alguna medida de discriminación positiva, pero la articulada por la convocatoria no está prevista en la ley y una "normativa nacional que estableciera una preferencia automática e incondicional resultaría contraria al derecho comunitario".

Siguen su razonamiento las sentencias nº 732/2010, de 26 de octubre, y 55/2011, de 26 de enero, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (RCJA 2011/300 y 2011/5), aunque referidas al procedimiento selectivo para el ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza.

Pero interesa destacar que la primera de ellas incluye una serie de consideraciones añadidas sobre las previsiones legales invocadas por el representante de la Administración, para concluir de la siguiente forma:

> La Sala estima, en consecuencia, que se ha producido una lesión en el derecho fundamental a la igualdad, en relación con el recurrente Sr. (A) , que aprobó con el puesto 120; la lesión, en último término, tiene su origen en las Bases de la convocatoria, al establecer una reserva del 50 % a favor de aspirantes mujeres, lo que llevó a la exclusión del proceso selectivo del Sr. (A), por lo que la Sala entiende que se vio afectado en su derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el art. 23.2 CE y art. 14 CE. Como hemos, explicado anteriormente el recurrente Sr. (B), que obtuvo, el puesto 141, no se encuentra en la misma posición, puesto que sólo había 140 plazas convocadas en total.
>
> Toda vez que no se plantea una impugnación directa de las Bases de la convocatoria, cuya naturaleza jurídica, por otra parte, es la de acto administrativo (y no disposición general), estima la Sala que el pronunciamiento estimatorio debe limitarse a reconocer el derecho del recurrente Sr. (A), que obtuvo el núm. 120 en el anexo 1 del acta de 23.10.07 a proseguir con el procedimiento selectivo y previa acreditación de los requisitos exigidos, ser, en su caso, nombrado funcionario en prácticas, e incorporarse en el siguiente curso de formación que tenga lugar, tras la firmeza de esta sentencia.

Sobre la base de la distinción que realiza dicha sentencia entre los dos recurrentes (el que figura en la lista en puestos que dan derecho a las plazas convocadas y el que figura en una posición posterior), se concluye que don RDB no puede ser nombrado como funcionario en prácticas (al obtener el puesto 53, siendo 50 las plazas convocadas).

Partiendo de que su exclusión fue debida a la puntuación final obtenida en el concurso-oposición, resultando irrelevante la base primera de la Resolución de 11 de febrero de 2008, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, que es la que establece un cupo de reserva a mujeres del total de las plazas convocadas, no procede declarar su nulidad ni emprender su revisión.

Resultaría inaceptable que se revisara el acto cuando no ha quedado afectado el derecho fundamental de don RDB y, menos aún, en el sentido pretendido por aquél, ya que para ello se tendrían que lesionar los derechos de otros aspirantes que han acreditado un mejor mérito y capacidad al estar situados en la lista final dentro de los 50 primeros puestos e, incluso, fuera de tales puestos pero en una posición anterior a la suya.

En definitiva, **procede desestimar la revisión de oficio formulada por don RDB**.

DCJA 30/2017 pár. 61 a 90

El apartado a) del artículo 47.1 LPAC se refiere a los **actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.**

Hemos de comenzar por recordar que para subsumir en tal precepto una pretendida violación, no basta obviamente con la invocación de tal motivo, sino que **ha de darse la concurrencia inequívoca de la violación de un derecho fundamental y que esta afecte medularmente al contenido del derecho.**

En torno a una posible lesión del derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución (CE), como la que aquí se plantea, señalamos en nuestro dictamen 151/2013 que, para la operatividad de tal causa, **resultará preciso que concurran los requisitos que permitan la aplicación del principio de igualdad, esto es, que se trate de situaciones iguales y que la desigualdad sea injustificada, afectando esta de modo patente al contenido del acto** frente al cual se ejerce la potestad excepcional de revisión de oficio.

Recordamos también entonces las especiales cautelas que exige el análisis de las infracciones cometidas en el ámbito de la contratación pública desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad. Como ha argumentado el Consejo de Estado (Dictamen de 11 de julio de 2013, expd. 670/2013), en una posición a la que esta Comisión también se ha sumado, los principios de igualdad de trato y no discriminación, junto con el de libre concurrencia, tienen un carácter vertebrador de toda la regulación relativa a la preparación y la adjudicación de los contratos del sector público.

Por lo tanto, como elemento conformador de dicha regulación, **las reglas dirigidas a la selección del adjudicatario pueden enlazarse, de forma más o menos directa, con la transparencia del procedimiento selectivo** como medio para lograr la objetividad y el tratamiento igualitario de los licitadores, **sin que pueda inferirse de ello que cualquier deficiencia en la formación de la voluntad contractual del sector público conlleve necesariamente una lesión del principio de igualdad** susceptible de amparo constitucional y, por ende, la nulidad de pleno derecho del contrato. En otras palabras, quedaría desnaturalizada la institución de la nulidad radical de los contratos de las administraciones públicas y de los sujetos a regulación armonizada por causas de derecho administrativo si pudieran reconducirse a ella todas las irregularidades del procedimiento de selección del contratista por el mero hecho de que la previsión formal desatendida tuviera su razón de ser en el principio de igualdad de trato, al que se vincula, en última instancia, cualquier exigencia procedimental en el ámbito de tales contratos.

En el caso que nos ocupa, la actuación de algunos de los operadores que han participado en el proceso de selección del contratista ha sido rechazada y sancionada desde la perspectiva de la competencia; perspectiva que, al igual que la contratación, puede enlazarse con el trato igualitario que la Administración y los poderes adjudicadores han de ofrecer a todos los licitadores de un contrato público, aunque más como un medio que como un fin. Al fin y al cabo, la regulación europea de la contratación pública no tiene como objetivo —al menos directo— la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que persigue la eficiencia productiva, para que esta se traslade al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

Por tanto, **la detección de una infracción de la normativa reguladora de la competencia en algunos de los operadores no supone necesariamente** —aunque tampoco pueda descartarse que ocurra— **que se haya provocado sobre otro operador una lesión susceptible de amparo**. Basta con recordar que esas actuaciones han sido rechazadas al margen de sus concretos efectos en el proceso de selección de la mejor oferta, dado que la oferta mejor valorada fue la de la UTE AROS-Viuda de Sanz incluso con la segunda comisión evaluadora, de la que ya no formaba parte los miembros designados por la empresa ARCAIN. Tampoco se ha podido determinar la incidencia real sobre la licitación de la información que se trasladó entre las empresas ARCAIN y AROS. Por tanto, no ha quedado acreditado que, durante el procedimiento de selección, la entidad licitadora haya dado un trato diferente a las empresas licitadoras.

Tampoco la referencia a los artículo 45.1 y 129.2 de la LCSP justificaría acudir a esta causa de nulidad. La propia Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco establece en sus sentencias 44/2016, de 15 de febrero (fundamento segundo), y 104/2016, de 22 de marzo (fundamento sexto), que ni sobre ARCAIN ni sobre las que serían sociedades integrantes de la UTE Pinosolo pesaba en aquellos momentos —cuando se produjo el intercambio de información— el deber emanado de la legislación de contratos administrativos de no comunicarse o intercambiar informaciones técnicas. Considera así la Sala, referido a la posible aplicación del artículo

129.2 de la LCSP, que el mismo no constituye ni genera prohibiciones propias de la general sujeción de los administrados, extramuros de todo procedimiento concurrencial y cuando no existe siquiera oferta o proposición, lo que podría extenderse a los artículos anteriormente aludidos.

La Comisión considera, por tanto, que los actos de adjudicación no pueden ser anulados por esta causa, pues no ha quedado acreditada una lesión del principio de igualdad susceptible de amparo constitucional.

DCJA 102/2017 pár. 102 a 110

La solicitud de nulidad está soportada en la Sentencia 258/2010, de 21 de julio, del Juzgado nº 3 de Bilbao, debiéndose consignar, como ha quedado de manifiesto en este dictamen, que sostiene un criterio interpretativo que es materialmente coincidente con el que posteriormente recogen las sentencias del TSJPV 100/2013, de 14 de febrero de 2013 (con relación a la Sentencia 300/2010, de 15 de diciembre, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Donostia-San Sebastián), y 37/2014, de 22 de enero de 2014 (con relación a la Sentencia 30/2012, de 15 de febrero, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián), referidas al procedimiento de acceso a la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana de la Escala de Inspección de la Ertzaintza, así como con la Sentencia 649/2013, de 27 de noviembre de 2013 (con relación a la Sentencia 312/2011, de 26 de diciembre de 2011, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Vitoria-Gasteiz), que se refiere expresamente al procedimiento selectivo para el ascenso a la categoría de Suboficial de Investigación Criminal de la Escala de Inspección de la Ertzaintza.

La Comisión entiende que la pretensión de nulidad cuenta, sin duda, de un fundamento sólido.

La Sentencia 100/2013, de 14 de febrero de 2013 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (JUR 2014/144921) señala en su fundamento jurídico (FJ) 8º:

> Por todo ello, el entendimiento de la base 9ª, e igualmente el art. 13 del Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco, en su redacción vigente en su momento, como excluyente de todo tipo de valoración en relación con los periodos de servicio prestados en comisión de servicio, en relación con la categoría propia del aspirante, ha de considerarse que es una previsión contraria al art. 23.2 de la Constitución, y que en este caso debe llevar a ratificar la conclusión de la sentencia apelada, con los argumentos complementarios que se han trasladado, para ratificar el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, sin perjuicio de que la Administración, en relación con el procedimiento concurrencial, y en salvaguarda del derecho fundamental a la igualdad, articule la valoración en relación con el conjunto de aspirantes que participaron en el mismo procedimiento.
>
> Todo ello ciñéndonos a las pautas normativas de aplicación en su momento, a la redacción originaria del art. 13 del Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco , dado que ya hemos visto cómo tras la tercera modificación, según Decreto 120/2010, expresamente se valora, en la parte de historial profesional, el desempeño de las tareas en los puestos de trabajo obtenidos por cualquier forma de provisión, que ha de enlazarse con los procedimientos de participación y concurrencia, también en relación con la provisión de puestos en comisión de servicios.
>
> Por tanto, acogiendo en lo fundamental los alegatos de la demanda, en cuanto a la insistencia que en ella se hizo de que, a pesar de las comisiones de servicio que hemos referido, el demandante tenía destino definitivo en plaza de Agente Primero, por lo que no podía excluirse todo tipo de valoración, por lo que en este caso en concreto se debía valorar el tiempo en el que permaneció en la Ertzaintza en tal categoría.
>
> Por todo ello, en conclusión, con los argumentos complementarios que se han trasladado, se desestima el recurso de apelación para confirmar el pronunciamiento estimatorio de la sentencia apelada, como hemos dicho sin perjuicio de que la Administración, para salvaguardar el derecho a la igualdad del resto de participantes, aplique los criterios que se desprenden de esta sentencia al conjunto de interesados, que es lo que se viene a defender con el recurso de apelación, de acogerse la pretensión del demandante/apelado.

Por su parte la Sentencia del TSJPV 37/2014, de 22 de enero de 2014, precisa aún más el sentido estimatorio del fallo en su FJ 2º:

Estamos ante un procedimiento de acceso por promoción interna, y el precepto valora como meritorio el trabajo desarrollado, pero con la cautela de ceñir el mérito al trabajo desarrollado en puestos obtenidos por los sistemas ordinarios de provisión, expresando así la reserva del legislador de segundo grado en relación con los servicios prestados en puestos obtenidos por sistemas extraordinarios, y más concretamente mediante el sistema de comisión de servicios, que, al tiempo de aprobarse el Reglamento de selección y formación, suscitaba reservas y se hallaba cuestionado por la falta de objetividad y ausencia de controles formales en garantía de la igualdad de oportunidades de todos los funcionarios, y que, paradójicamente, hoy se ha generalizado en la Ertzaintza, si bien adornado de ciertos controles objetivos y de la publicidad necesaria.

En esencia, dicha regulación es tributaria del principio de igualdad, persiguiendo que la subjetividad imperante en el sistema de comisión de servicios no representara un privilegio para los funcionarios que pudieran verse beneficiados por tal sistema, frente a la generalidad de los funcionarios excluidos del mismo.

Ahora bien, una cosa es no valorar los servicios prestados en régimen de comisión de servicios para evitar trato de favor, y otra, no valorar los servicios prestados en puestos de categoría superior obtenidos por dicho sistema, ni siquiera como prestados en el puesto de origen obtenido por los sistemas ordinarios, haciendo así de peor condición a quien desempeña tales puestos de mayor nivel.

No estamos, por tanto, ante una impugnación indirecta de la base. La base es correcta y se ajusta al Reglamento al ceñir la valoración de la experiencia a los servicios prestados en puestos obtenidos por los procedimientos ordinarios. Ahora bien, su correcta interpretación exige la valoración de los servicios prestados en puestos de superior categoría, como prestados en los puestos de la categoría de origen, máxime teniendo en cuenta la generalización en la Ertzaintza del sistema de provisión de comisión de servicios.

Para el TSJPV, en suma, se realiza "una interpretación de la base lesiva del derecho a la carrera profesional y contraria al principio de igualdad".

La Comisión ha de recordar que las "condiciones de igualdad" a las que se refiere el artículo 23.2 CE se proyectan no solo en relación a las propias leyes sino también respecto a su aplicación e interpretación (por todas sentencias del Tribunal Constitucional 10/1998, de 13 de enero, y 107/2003, de 2 de junio), **debiéndose excluir toda diferencia de trato en el desarrollo del procedimiento, estando la Administración obligada a dispensar a todos un trato igual.**

En este caso, se ha producido una quiebra en la igualdad de todos los participantes, en la medida en que a algunos se les ha valorado el historial profesional y a otros no, por estar desempeñando un puesto de trabajo de categoría superior en comisión de servicios. Diferenciación irrazonable que ha afectado negativamente en las posibilidades de promoción de don OCF.

Conforme al literal del artículo 72.1 de la Ley 4/1992, de 17 de julio: "En casos excepcionales, y con reserva de su puesto de trabajo, los funcionarios podrán ser asignados en comisión de servicios al desempeño de puestos de trabajo propios de su escala o categoría o a la realización de funciones distintas de las específicas del puesto al que se hallen adscritos. Asimismo, de no existir funcionarios suficientes en la escala y categoría correspondiente, y si las necesidades del servicio así lo exigen, podrán conferirse comisiones de servicios para el desempeño de puestos de trabajo o funciones propias de otra categoría distinta a la de pertenencia, siempre que sean de la misma escala o de la inmediatamente superior".

En ambos casos, cuando se acude al sistema excepcional de la comisión de servicios para atender unas necesidades normalmente urgentes e inaplazables para la correcta prestación del servicio policial y el funcionario policial mantiene la categoría y la reserva del puesto, cuya titularidad obtuvo a través de un procedimiento ordinario de provisión, debe también valorarse el trabajo desarrollado en esas condiciones, con la importante salvaguarda de que lo sea como correspondiente a la categoría de pertenencia.

Si el reglamento de selección y formación y la base del proceso selectivo se orientan a preservar una igualdad de condiciones de los aspirantes, ante el hecho eventual de que el nombramiento en comisión de servicios podría favorecer la adjudicación posterior de la plaza al funcionario designado, lo que en ningún caso pretenden es perjudicarle, impidiendo radicalmente la valoración de su trabajo, esto es, colocándole en un situación peor a la de los demás aspirantes, con el agravante de que frente a aquellos ha demostrado su idoneidad para el desempeño de la plaza a la que opta.

Cabe añadir, finalmente, que si bien la Sentencia del TSJPV 100/2013, de 14 de febrero de 2013 ordena retrotraer las actuaciones a la valoración de los méritos en la fase de concurso para que se incluya dentro del historial de todos los aspirantes el desempeño de tareas en comisión servicios, la Sentencia del TSJPV 37/2014, de 22 de enero de 2014, reconduce dicha valoración únicamente al interesado, no sin antes advertir que:

> La sentencia, al anular la resolución, atiende al caso concreto y no puede sino acordar las medidas de restablecimiento de la situación jurídica individual del recurrente, sin perjuicio de que, una constante doctrina del Tribunal Constitucional, de la que, sin ánimo de exhaustividad, son exponentes las SSTC 10/1998, de 13 de enero, 28/1998, de 27 de enero y 279/2000, de 4 de enero, con fundamento en el principio de igualdad, exige que la Administración haga extensivo el criterio establecido con carácter firme por los órganos de la jurisdicción a todos los aspirantes.

En el caso que se examina, por lo menos existen dos aspirantes que, habiendo participado en el procedimiento selectivo para ascenso a la Categoría de Suboficial de Investigación Criminal de la Escala de Inspección de la Ertzaintza convocado por Resolución de 8 de febrero de 2008, de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, les ha sido valorado el trabajo desempeñado en comisión de servicios en ejecución de la Sentencia 258/2010, de 21 de julio, del Juzgado nº 3 de Bilbao, y Sentencia 649/2013, de 27 de noviembre de 2013, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

En ese contexto, **se concluye que se han aplicado a los participantes dos criterios de valoración diferentes, lo cual, conforme a la doctrina constitucional, supone consagrar una desigualdad de trato contraria al artículo 23.2 CE, siendo una vía idónea para su corrección la revisión de oficio.**

DCJA 147/2017 pár. 76 a 88

En la tramitación del procedimiento convocado por Resolución de 19 de marzo de 2007 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco (Promoción XXI), ha quedado acreditado que don MGG, con número de solicitud 05723, ocupó en la relación definitiva el puesto nº 120 de las personas aprobadas (Acuerdo del Tribunal Calificador de 23 de octubre de 2007), por lo que hubiera sido nombrado funcionario en prácticas si no se hubiera aplicado el cupo de reserva a mujeres (folio 168).

En ese sentido, se encontraba dentro de las 140 plazas convocadas (menos las 9 que quedaron vacantes por falta de candidatos con perfil lingüístico), por lo que cabe ratificar su interés legítimo.

Pero **estima la Comisión que también es relevante**, en este estadio y a la vista del cauce legal elegido por el interesado (la revisión de oficio) en el que debe llevarse a cabo una interpretación estricta de los presupuestos legales, **el hecho de que ya es funcionario de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Agente de la Escala Básica**, nombramiento conferido por la Resolución de 18 de mayo de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, en el procedimiento convocado por Resolución de 30 de julio de 2009, del Director de la Academia de Policía del País Vasco (Promoción XXII).

La revisión sólo debe producirse, insistimos, **cuando las circunstancias del caso revelen la existencia de una auténtico interés en la persona que insta la revisión, no cuando carezca de dicho interés porque no estaría en la relación de personas seleccionadas, ni cuando lo ha perdido sobrevenidamente, al haber obtenido por otras vías el resultado perseguido con la revisión y sin que se vea en qué medida, en su situación actual, la revisión le reporte un beneficio o le evite algún tipo de perjuicio.**

En el escrito de solicitud de revisión de 29 de diciembre de 2014 el interesado esgrime en el FJ 3º que es titular de un interés legítimo en tanto que se le ha denegado "su nombramiento como funcionario en prácticas y, posteriormente, como funcionario de carrera, haciéndolo a aspirantes con menor puntuación que el recurrente y que no deberían haber accedido a esas fases de la oposición" (se entiende que se refiere a las restantes del procedimiento selectivo, es decir, al curso de formación y periodo de prácticas).

Sin embargo, a juicio de la Comisión, **si don MGG carece de forma manifiesta de todo interés cuando lo que pretende es obtener lo que ya tiene**, pues ya es funcionario de carrera de la categoría de Agente de la Escala Básica, **con mayor motivo se constata esa falta de interés cuando lo que persigue es obtener un resultado que resulta de menor utilidad o provecho para él, pues la revisión del acto solo podría llevar a su nombramiento**

como funcionario en prácticas de la categoría de Agente de la Escala Básica, debiendo posteriormente realizar y superar un curso de formación y un periodo de prácticas para obtener el referido nombramiento.

Tanto la Ley 4/1992, 17 de julio, de policía del País Vasco (artículos 51. 53.1 y 54.1), como el Decreto 315/1994, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de selección y formación de la policía del País Vasco (artículo 28 y ss), contemplan para el ingreso en los cuerpos que integran la policía del País Vasco la posible realización, como una fase más del procedimiento, de cursos de formación y periodos de prácticas, que tendrán carácter eliminatorio, individualmente considerados, y su no superación determinará la automática exclusión del aspirante del proceso selectivo y la pérdida de cuantos derechos pudieran asistirle para su ingreso en la correspondiente escala o categoría.

Los aspirantes que acceden a los cursos de formación y periodo de prácticas son nombrados funcionarios en prácticas y permanecen en dicha situación hasta que se produce su nombramiento como funcionario o funcionaria de carrera, o se decreta su exclusión si no los superan.

En aplicación de la citada normativa se redactaron las bases del procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, convocado por Resolución de 19 de marzo de 2007.

La base primera dispone que el procedimiento selectivo, mediante el sistema de concurso-oposición, se complementará, como parte del procedimiento selectivo, con un curso de formación y un periodo de prácticas.

La base decimocuarta señala que las personas seleccionadas serán nombradas funcionarios y funcionarias en prácticas y permanecerán en dicha situación desde el inicio del curso de formación hasta que se produzca su nombramiento de funcionario o funcionaria de carrera o su exclusión del procedimiento selectivo.

La base decimoquinta atribuye al curso de formación y al periodo de prácticas carácter obligatorio y eliminatorio, individualmente considerados, y su no superación determinará la exclusión del procedimiento selectivo y la pérdida de cuantos derechos pudieren asistir a las personas seleccionadas.

La base decimosexta insiste en el carácter obligatorio y eliminatorio del curso de formación, cuyos contenidos, formas de evaluación, superación y duración se determinan en el Plan de Estudios y el Reglamento de Régimen Interior.

En cuanto al periodo de prácticas, la base decimoséptima establece que lo realizarán quienes superen el curso de formación, mientras que la base decimoctava declara que la no superación o declaración de no apto o no apta en el curso de formación o periodo de prácticos determinará la automática exclusión del procedimiento selectivo.

Con arreglo a la base decimonovena el orden de clasificación definitivo del procedimiento selectivo se realizará sumando las calificaciones obtenidas en el sistema selectivo, las del curso de formación y las del periodo de prácticas.

En definitiva, las personas que fueron nombradas funcionarios y funcionarias de carrera de la Ertzainza con la categoría de Agente de la Escala Básica, por Resolución de 11 de enero de 2010 del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, previamente superaron el curso de formación y el periodo de prácticas.

Por ello, **de estimarse la nulidad, la reparación de la lesión padecida por el interesado debería limitarse al reconocimiento de su derecho a incorporarse al siguiente curso de formación y periodo de prácticas que se celebre en la Academia Vasca de Policía y Emergencias.**

Así lo ha resuelto la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País vasco en la Sentencia nº 732/2010, de 26 de octubre:

> La Sala estima, en consecuencia, que se ha producido una lesión en el derecho fundamental a la igualdad, en relación con el recurrente Sr. (A) , que aprobó con el puesto 120; la lesión, en último término, tiene su origen en las Bases de la convocatoria, al establecer una reserva del 50 % a favor de aspirantes mujeres, lo que llevó a la exclusión del proceso selectivo del Sr. (A), por lo que la Sala entiende que se vio afectado en su derecho fundamental a la igualdad, consagrado en el art. 23.2 CE y art. 14 CE. Como hemos, explicado anteriormente el recurrente Sr. (B), que obtuvo, el puesto 141, no se encuentra en la misma posición, puesto que sólo había 140 plazas convocadas en total.
>
> Toda vez que no se plantea una impugnación directa de las Bases de la convocatoria, cuya naturaleza jurídica, por otra parte, es la de acto administrativo (y no disposición general), estima la Sala que el pronunciamiento

estimatorio debe limitarse a reconocer el derecho del recurrente Sr. (A), que obtuvo el núm. 120 en el anexo 1 del acta de 23.10.07 a proseguir con el procedimiento selectivo y previa acreditación de los requisitos exigidos, ser, en su caso, nombrado funcionario en prácticas, e incorporarse en el siguiente curso de formación que tenga lugar, tras la firmeza de esta sentencia.

El fallo de la sentencia declara la nulidad de la base que establecía el cupo en favor de las mujeres y toma las determinaciones necesarias para el restablecimiento íntegro del derecho conculcado, con la adopción de las medidas apropiadas para ello.

En definitiva, **de estimarse la revisión**, **al nombramiento de funcionario de carrera** de la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza realizado por la Resolución de 18 de mayo de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, **se añadiría un nombramiento de funcionario en prácticas de la misma categoría,** derivado del presente expediente, **lo cual carece de sentido**, siendo el primer nombramiento, debidamente formalizado, acorde con los requisitos exigidos para el acceso, al haber completado y superado en esa fecha el curso de formación y el periodo de prácticas.

Tal vez consciente de ello, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia (folios 100 a 104) el interesado reseña la incidencia que ha tenido en su carrera profesional que no fuera nombrado funcionario de carrera como miembro de la XXI promoción, en lo que se refiere a los cursos de ascenso o especialidad a los que hubiera podido presentarse (folio 103), pero olvida, de un lado, que su participación en alguno de ellos solo hubiera sido posible si hubiera superado el curso de formación y el periodo de prácticas antes de su convocatoria, lo que no había sucedido (los celebrados en el año 2010 y 2011), y que en el caso de algunos de ellos ya era funcionario de carrera por lo que tenía abierta su posible participación (los celebrados en el año 2012 y 2013 posteriores a su nombramiento de 18 de mayo de 2012).

Es más, **aun el caso de que fuera procedente la revisión de la Resolución** de 11 de enero de 2010 **del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior, y se decretara su inclusión en el listado de los funcionarios de carrera nombrados en esa fecha, su participación en los procesos de 2010 y 2011 no deja de ser una circunstancia incierta, puramente hipotética, y desde luego resulta materialmente imposible que pudiera obtener como resultado de la revisión el reconocimiento a que le sea concedido el ascenso o la especialidad sin superar el correspondiente proceso selectivo.**

Si atendemos a las demás pretensiones incluidas en el escrito de 29 de diciembre de 2014 (que no han sido corroboradas en el escrito de alegaciones), recogidas en el párrafo 6.a) de los antecedentes, diremos, por lo que se refiere a las retribuciones demandadas, que no se trata de una acción de responsabilidad patrimonial autónoma, siendo viable conforme al artículo 102.4 LRJPAC que el interesado añada a la pretensión de nulidad del acto o disposición la del abono de una indemnización a fin de que le sea reparado el daño sufrido en cualquiera de sus bienes y derechos.

Pero como presupuesto *sine qua non* en esta vía es que previamente se declare la nulidad de pleno derecho del acto o disposición administrativa, y desde luego no existe automaticidad alguna entre la nulidad y la responsabilidad de la Administración, sino que la ley la hace depender de la existencia o no de un deber jurídico de soportar el daño por parte de quien lo sufre. La LRJPAC dispone en su artículo 142.4 que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización.

En este momento es suficiente con reseñar que el interesado no ha aportado siquiera una mínima argumentación sobre la concurrencia de los requisitos para apreciar la existencia de una responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de que dicha cuestión, en el contexto en el que ha sido planteada, resulta enteramente accesoria a la principal, a la que no debe contaminar ni interferir, debiendo ser examinada, en su caso, una vez se haya declarado la nulidad de la Resolución de 12 de enero de 2010 del Viceconsejero de Administración y Servicios, y se haya reconocido a don MGG el derecho a ser incluido en la relación de funcionarios de carrera nombrados en ese acto.

En cualquier caso, puede anticiparse que lo que impide nuevamente que pudiera ser considerado a todos los efectos funcionario de carrera en esa fecha, con el reconocimiento de las retribuciones correspondientes, tal y como reclama, es el hecho de que no había superado el curso de formación y el periodo de prácticas, sin que por tanto pudiera ser nombrado funcionario de carrera. Obviamente ninguna reclamación formula a su debido abono cuando los superó y fue nombrado por la Resolución de 18 de mayo de 2012, de la Viceconsejera de Administración y Servicios.

En cuanto a los demás derechos que pudieran corresponder a los funcionarios que fueron nombrados por la Resolución de 12 de enero de 2010 del Viceconsejero de Administración y Servicios, estos no se especifican, sin que proceda realizar un reconocimiento absolutamente abierto e indeterminado, carente de un contenido cierto y concreto.

En resumen, **no se ve que cuál podría ser el efecto positivo o negativo actual o futuro, pero cierto, que la nulidad del acto podría producir en su esfera jurídica.**

Desde que se dictó el acto se han producido alteraciones en los hechos de los que deriva su legitimación, de suerte que desde la Resolución de 18 de mayo de 2012 de la Viceconsejera de Administración y Servicios, por la cual fue nombrado funcionario de carrera como Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, dejó de tener interés para ser nombrado funcionario en prácticas como Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza.

Resulta oportuno citar la STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011/4826) en la que el alto tribunal constata que, si bien no está prevista de modo directo en la LJCA la pérdida de legitimación por pérdida sobrevenida del interés que le sirve de base, una interpretación sistemática de los artículos 22 y 413 Ley de enjuiciamiento civil (LEC), de aplicación supletoria, amparan como causa de terminación del "proceso" la pérdida sobrevenida de la legitimación por pérdida sobrevenida del interés legítimo en que aquella se asienta, por haber sido satisfechas las pretensiones extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

En aquel caso, el recurrente ostentaba la condición de funcionario de carrera cuando impugnó un acuerdo plenario de modificación de la relación de puestos de trabajo, estando perfectamente legitimado para ello, pero posteriormente fue declarado en situación de incapacidad permanente total con la pérdida de la condición de funcionario, de forma que no podría obtener un beneficio o librarse de un perjuicio en los términos exigidos por la jurisprudencia para tener legitimación.

En el que nos ocupa, don MGG tenía un interés manifiesto para combatir el acto cuando aquél se dicta (1/2010) pero dejó pasar casi cinco años hasta que instó su nulidad a través de la vía de la revisión de oficio (12/2014), y en la actualidad, siete años después (9/2017), teniendo la condición de funcionario de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Agente de la Escala Básica, carece de interés para obtener ese mismo resultado o un resultado que podría afectar a su esfera jurídica de manera negativa, para obtener un nombramiento de funcionario en prácticas debiendo superar un curso de formación y periodo de prácticas para ser nuevamente nombrado funcionario de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Agente de la Escala Básica.

Una vez realizado el juicio sobre la procedencia de la acción de nulidad, en suma, procede **declarar su inadmisibilidad por una pérdida sobrevenida del interés legítimo que servía de soporte a la legitimación.**

DCJA 165/2017 pár. 58 a 90

B) Nulidad de pleno derecho de los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de voluntad de los órganos colegiados

En este terreno, **no es una cuestión menor el hecho de que en el momento en que se pretende declarar nula la concesión esta esté extinguida**, por lo que el sentido y finalidad del mecanismo revisor queda en entredicho **puesto que**, como hemos apuntado al inicio y es doctrina constate, **no cabe ejercitar la potestad revisora en el caso de actos que hayan agotados sus efectos.**

Cuando se insta la nulidad, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 lo dice claramente, la concesión se ha extinguido: "se trata de una causa de extinción que se produce por el mero transcurso del tiempo, al haber expirado el plazo previsto en el título concesional (99 años) cuya terminación se produce, por tanto, 'ope legis' como venimos declarando entre otras, en nuestras Sentencias de 30 de mayo de 2003 (recurso de casación nº 6313/1998), y de 20 de mayo de 2008 (recurso de casación nº 2341/2004)". Asimismo, más adelante la sentencia precisa: "siendo diferentes, en fin, la cuestión relativa a la expiración de la concesión por el transcurso del plazo previsto en el título concesional, y la referente a las incidencias que pueden surgir en relación con la forma de realizar la reversión".

En suma, **con este enfoque vuelve a evidenciarse la improcedencia de la nulidad: al no estar la revisión de oficio de los actos administrativos diseñada para la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, no cabría su utilización para declarar nula una concesión extinguida.**

Antes de afrontar el examen de los motivos alegados conviene asimismo insistir en que, de ninguna manera, como resultado del procedimiento revisor podría obtenerse el reconocimiento de los extremos que señala la pretensión, pues no es tal procedimiento el cauce adecuado para obtener el reconocimiento de derechos subjetivos sino que se trata de un procedimiento meramente declarativo de la nulidad del acto objeto de revisión.

Con todos estos elementos, ciertamente inusuales, conviene ahora desbrozar en lo posible el examen de las causas alegadas.

La ya indicada regla de la irretroactividad de las causas de nulidad nos evita analizar en detalle la pretensión de basar la declaración de nulidad en el supuesto desconocimiento en que incurre el acto de otorgamiento de la concesión del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera por el que se derogan los reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo).

Resulta obvia la imposibilidad de que en 1912 se tomara en cuenta dicha normativa y el ejemplo sirve para mostrar con gran evidencia que las causas de nulidad deben estar vigentes cuando se dicta el acto porque, de lo contrario, cualquier cambio normativo posterior permitiría acudir a la declaración de nulidad con la negativa afectación a la seguridad jurídica.

Con todo, tampoco es necesario insistir en exceso sobre esta cuestión pues, incluso de aceptarse ─a los solos efectos dialécticos─ el examen de las tres causas alegadas, el resultado es claramente contrario a la nulidad pedida.

El principal argumento para sustentar que no se siguió el procedimiento legalmente establecido, ni se dictó el acto por el órgano competente, descansa en una interpretación de la normativa aplicable, Ley de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que no ha sido acogida ni en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ni en la sentencia del Tribunal Supremo.

La propia propuesta de resolución expone con detenimiento los preceptos de dicha ley y su reglamento de aplicación que amparan la corrección del otorgamiento de la concesión y, en consecuencia, la corrección del procedimiento seguido para su dictado.

Explica la propuesta con detalle que **la naturaleza del funicular del Monte-Igueldo es la de "servicio particular de uso público".**

Razonadamente desecha la aplicación al caso de los artículos 62 de la Ley general de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877 y 71 del Reglamento para la ejecución de la Ley de general de ferrocarriles sobre los ferrocarriles destinados al servicio de una industria o uso particular ─que es la tesis que sostiene la mercantil actora para sustentar la incorrecta elección del procedimiento legalmente aplicable─.

La propuesta defiende la aplicación del artículo 64 de la citada Ley general de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, precepto que señala fue el que tomó en consideración el ingeniero jefe de la 1ª División de la Inspección Técnica de Ferrocarriles, encargado de efectuar la confrontación del ferrocarril funicular de Ondarreta al Monte Igueldo:

> […] como el funicular de que se trata se destina a la explotación de una industria, pues el fin es la explotación del Monte Igueldo y su Restaurant, parece a primera vista que debía estar comprendido en el art. 62, que se refiere a los ferrocarriles de uso particular; pero como éste ha de destinarse al uso público, puesto que ha de transportar a los viajeros que se presentan a utilizarlo, prestando así un servicio público, lo consideramos comprendido en el art. 64, si bien no necesita la ocupación de terrenos de dominio público ni el derecho a la expropiación forzosa por hallarse todo él comprendido en terrenos particulares […].

Recuerda también la propuesta de resolución cómo el propio pliego de condiciones particulares de la concesión ─aceptado por la administración concedente y el particular concesionario─ describía el servicio en su artículo 1 como "ferrocarril funicular de servicio particular y uso público para viajeros".

De todo lo cual, concluye que el servicio no es únicamente de "uso particular" o privado —como sostiene la mercantil actora—, **sino que, siendo particular, es de "uso público" y que ello es plenamente conforme con el supuesto del señalado artículo 64 de la Ley general del ferrocarril de 23 de noviembre de 1877.**

La tesis que desarrolla la propuesta de resolución es, por lo demás, la que puede decirse que asumió la Sentencia de 20 de mayo de 2015 del Tribunal de Justicia del País Vasco y la que con claridad expone la Sentencia de 16 de octubre de 2017 del Tribunal Supremo:

> (...) Así en el fundamento de derecho primero, cuando la sentencia resume la posición de la parte recurrente y señala los motivos de impugnación que aduce en la demanda, que sistematiza en los apartados que relaciona en ese fundamento primero, especialmente en los apartados correspondientes a los ordinales tercero y quinto, recoge la 'ilegalidad de la reversión pretendida ya que no estamos en presencia de bienes demaniales ni de bienes afectos a ningún servicio público' (5º) , y que la concesión es un 'negocio nulo de pleno derecho. ilegalidad de la reversión al venir de un título nulo y conllevar un alcance confiscatorio de la propiedad privada' (3º).
>
> A esta identificación de los motivos impugnatorios se da respuesta suficiente en el fundamento de derecho cuarto cuando se declara que la naturaleza del funicular era de 'ferrocarril funicular de servicio particular y uso público, para viajeros', es decir, no es un bien demanial pero sí afecto a un servicio público, como señala la sentencia, y por ello se otorga una concesión por 99 años prevé que a su expiración se entregue el ferrocarril al Gobierno que reemplazará a la empresa concesionaria en todos los derechos de propiedad de terreno y obras designadas, teniendo en cuenta que la recurrente no cuestionó en su momento la Real Orden de 27 de diciembre de 1912 del Ministerio de Fomento que atribuían esa naturaleza al ferrocarril funicular' (fund. jdco. tercero, sts de 16 de octubre de 2017).

Dado que la entera argumentación sobre la ausencia de procedimiento y la incompetencia del órgano que acordó la concesión necesita como premisa considerar que el funicular era un ferrocarril de uso privado cuya puesta en marcha solo requería una autorización, al decaer tal calificación decaen ambas causas de nulidad, pues ninguna tacha cabría advertir en el procedimiento seguido para otorgar la concesión ni tampoco en el órgano que dictó el acto.

DCJA 226/2017 pár. 94 a 110

C) 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

Resulta conveniente recordar que esta Comisión sigue una línea interpretativa estricta de los vicios de nulidad radical recogidos en el ordenamiento jurídico, máxime en el caso concreto del vicio actualmente establecido en el artículo 47.1, apartado f), de la LPAC, cuya interpretación amplia —dada su potencial *vis expansiva*— podría provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos. No es ocioso volver a recordar que, dentro de la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad radical constituye la excepción frente a la regla general (anulabilidad).

De esta manera, para entender concurrente el vicio recogido en el artículo 62.1.f) no basta con que el acto sea contrario al ordenamiento jurídico, sino que, además, debe provocar que, en su virtud, el interesado adquiera facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. A través de esta última previsión el legislador ha querido acotar este supuesto de nulidad radical a aquellos extremos en los que no simplemente se discuta sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino que, además, constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedente le reconoció u otorgó.

En este contexto, **no cabe concluir que la UTE adjudicataria del contrato en cuestión careciera de ninguno de los elementos esenciales para obtener el contrato. Se trata de empresas que cumplían con las condiciones de aptitud exigidas en la licitación, y no consta que alguna de ellas estuviera sujeta a alguna de las prohibiciones para contratar. No cabe por tanto, como decimos, apoyar la revisión del acto en esta causa de nulidad.**

DCJA 102/2017 pár. 113 a 115

Siguiendo el informe jurídico elaborado por el Área Administrativa de Urbanismo, por Decreto 1972/2017, de 25 de mayo, de la Alcaldía, se ordenó iniciar expediente de **nulidad de pleno derecho del Acuerdo** nº 665 de la Junta de Gobierno Local de 14 de octubre de 2008, **por el que se otorgó licencia de primera utilización** a las obras llevadas a cabo por … SL en el inmueble nº … de la calle … del Casco Viejo de Getxo, por incurrir el expresado acto en la causa prevista en el artículo 47.1.f) de la LPAC ─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─.

La circunstancia que aconseja la revisión de oficio del acuerdo de la Junta de Gobierno Local es que tal acuerdo se basó en el informe del arquitecto municipal que examinó la obra realizada en el inmueble expresado a la luz de un proyecto de actuación urbanística que obraba en los archivos municipales, que no se correspondía con el que en su día fue presentado y sirvió para el otorgamiento de la licencia de obras.

Es decir, que **el proyecto original que sirvió para autorizar la actuación fue sustituido por otro en el expediente municipal de la rehabilitación, con la intención de que fuera otorgada licencia de primera utilización a una actuación diferente**.

Las diferencias entre el proyecto que consta en los archivos municipales y el que originalmente fue aprobado ha quedado probado por el simple contraste entre las copias de ambos que constan en el expediente, por los informes de los arquitectos municipales, el informe del Servicio de Patrimonio Cultural de la Diputación Foral de Bizkaia y el escrito de los arquitectos que redactaron el proyecto original.

La falsificación del proyecto original ha sido probado mediante la comprobación de la falta de concordancia entre los proyectos obrantes en el despacho de los arquitectos que redactaron el proyecto original, en el Colegio de Arquitectos Vasco Navarro que lo visó, y en los archivos del Servicio de Patrimonio Cultural de la Diputación Foral de Bizkaia, que autorizó la actuación, con el proyecto que consta en el archivo municipal, en el cual han sido alterados los planos, las firmas, el contenido y el formato, en palabras de los arquitectos redactores del proyecto original.

Atendiendo a lo anterior, **podríamos estar ante un delito de falsificación documental, pero para que pudiera actuarse la causa de nulidad prevista en la letra d) del artículo 47.1 de la LPAC ─actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta─, la infracción penal habría de ser determinada por la jurisdicción penal** (entre otras STS de 26/11/2008 RJ/2008/7946).

El ayuntamiento considera que concurre en este supuesto la causa prevista en el apartado f) del artículo 47.1 de la LPAC en base al cual ha iniciado el procedimiento de revisión de oficio.

En relación con esta causa de nulidad, **el legislador ha querido acotar el supuesto de nulidad radical a aquellos casos extremos** en los que no se discuta simplemente sobre la eventual ilegalidad de un acto administrativo, sino **que además constituyan casos graves y notorios de falta del presupuesto indispensable para adquirir lo que el acto improcedente le reconoció u otorgó** (dictámenes 23 y 24/2001).

Consecuentemente, para determinar si el acto administrativo se ha dictado con ausencia de algún requisito legalmente exigido y valorar si tal requisito merece la consideración de esencial para la adquisición de una facultad o derecho, habremos de analizar la normativa sectorial que regula la materia.

El presente supuesto se plantea en el ámbito del patrimonio cultural y en el del urbanismo, por lo que habremos de analizar las consecuencias que se derivan de la Resolución de la Dirección General del Patrimonio Histórico y Cultural, de 24/3/1977, por la que se acordó tener por incoado expediente de declaración de Conjunto Histórico Artístico al área definida en documento adjunto, que incluía al Puerto Viejo Algorta, en el que se ha llevado a cabo la actuación que nos ocupa.

El artículo 22.1 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de patrimonio cultural vasco, dispone que la incoación de un expediente para la calificación de un bien cultural determinará respecto al bien afectado la aplicación provisional del régimen de protección previsto en la presente ley para los bienes calificados.

El artículo 28.2 de la misma ley establece que, respecto a los conjuntos monumentales, en tanto no se aprueben los instrumentos urbanísticos que desarrollen el régimen de protección, no se admitirán modificaciones en las alineaciones y rasantes existentes, incrementos o alteraciones de la edificabilidad, parcelaciones y agregaciones, y, en

general, cambios en la distribución de volúmenes, cubiertas y huecos que afecten a la armonía del conjunto y a sus soluciones técnicas y artísticas.

Y según recoge la memoria del proyecto de obras, el planeamiento del municipio de Getxo vigente cuando se concedió la licencia de obras situaba el edificio objeto de la actuación en el área de protección y conservación ambiental, posibilitando únicamente obras de rehabilitación y conservación.

El artículo 315 de las Normas Subsidiarias (NNSS) de Getxo de 1988 señala como elemento especialmente protegido, entre otros, los conjuntos urbanos homogéneos, entre los que el artículo 336 incluye el Puerto Viejo de Algorta, y la ficha de características generales de este espacio establece como edificación protegida toda la edificación que forma el conjunto del Puerto Viejo.

El artículo 326.1 de las NNSS dispone que las obras de restauración y consolidación que se lleven a cabo en los edificios protegidos deberán proteger al menos las fachadas interior y exterior, así como las laterales, si las tuviese, con sus accesos y huecos originales, el volumen existente, y el conjunto de los elementos decorativos.

En consecuencia, habiendo supuesto las obras que nos ocupan un incremento de volumen y superficie, así como una modificación de fachadas de la edificación existente, ello incide en la causa de nulidad del artículo 47.1 f) de la LPAC, al apropiarse de derechos urbanísticos vedados por el planeamiento.

La Comisión considera, por tanto, que en el Acuerdo nº 665 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Getxo, de 14 de octubre de 2008, incide la causa de nulidad prevista en el apartado f) del artículo 47.1 de la LPAC.

Desde otra perspectiva, se da la circunstancia de que **la modificación o sustitución del proyecto original de las obras de reforma fue lo que provocó el informe erróneo del arquitecto municipal que, a su vez, tuvo como resultado el otorgamiento de la licencia de primera utilización, por lo que tenemos un informe técnico de confrontación de lo construido con lo autorizado, elemento esencial del procedimiento de concesión de licencia, no válido, que determina el sentido de la resolución, informe que ha de reputarse sin valor alguno**, lo que nos situaría también ante la causa de nulidad del artículo 47.1.e) ─actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados─, causa a la que la jurisprudencia ha asimilado los actos dictados con omisión de algún trámite esencial del procedimiento ─Sentencia del Tribunal Supremo 25/4/2002, RJ 2002\5007; 20/2012, RJ 2016\6248; y 4/7/2016, RJ 2016\3551─.

En relación con lo dispuesto en el artículo 110 de la LPAC sobre los límites de la potestad de revisión de actos y disposiciones administrativas, la Comisión entiende que no existe ningún obstáculo al ejercicio de la revisión en el presente supuesto, dado que no puede tal ejercicio resultar contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o de la ley, cuando la mala fe resulta evidente en la ejecución de la intervención, al llevarse a cabo esta con arreglo a un proyecto diferente al autorizado, con cambio de la documentación que obraba en los archivos municipales.

DCJA 191/2017 pár. 51 a 69

El Ayuntamiento de Elorrio **pretende revisar la Resolución** de Alcaldía de 9 de junio de 2011 **por la que se abona a la empresa** ESL 108.479,96 euros (IVA incluido) **en concepto de las pérdidas** del ejercicio 2010, **más** un 5 % de los **gastos** como beneficio empresarial, más un 11,25 % de los gastos como gastos generales. Todo ello **en el marco de un contrato de gestión de servicio del polideportivo municipal**.

Considera que el citado abono excede, sin tener en cuenta el IVA, en 48.797,05 euros. **La razón del exceso se encuentra en una errónea aplicación de la cláusula pactada entre ESL y el ayuntamiento para prorrogar el contrato**. Según esa cláusula, el ayuntamiento se compromete, en base al principio de equilibrio económico del contrato, a asumir las pérdidas en que incurra la empresa como consecuencia de la ejecución del contrato. La cantidad económica que sea considerada como pérdida se verá incrementada, según esa misma cláusula, en un porcentaje del 5 % como beneficio industrial y el porcentaje que se acredite en virtud de la auditoría contable que se lleve a cabo en concepto de gastos generales, tomados independientemente.

Tras los cálculos oportunos, el Decreto de Alcaldía que se pretende revisar fijó esa cuantía para el ejercicio 2010 en la cuantía de 108.479,96 euros (IVA incluido). Para determinar esa cantidad, al importe de las pérdidas generadas en la gestión del servicio, se sumó el porcentaje del 5 % de beneficio industrial y un 11,25 % ─porcentaje acreditado mediante auditoría contable─ de gastos generales, pero esos porcentajes, en lugar de aplicarse sobre el importe de las pérdidas acreditadas, fueron aplicados, de manera errónea, sobre el total de los gastos incurridos por la empresa en la gestión del polideportivo municipal.

Ese mismo error en la aplicación de los señalados porcentajes se produjo en el ejercicio 2011, lo que dio origen a un Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 2 de mayo de 2012, cuya revisión se tramita de forma simultánea.

Tras detectar el error en el cálculo, **el ayuntamiento consideró que se encontraba ante una incidencia contractual que, como tal, podía ser resuelta mediante un acuerdo municipal en el que, en el marco del contrato, se procedió a compensar la cuantía abonada en exceso mediante la compensación de créditos pendientes a favor de la empresa. Este entendimiento de la cuestión**, inicialmente avalado por el Juzgado de lo contencioso, **fue finalmente rechazado por la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al considerar que la liquidación y abono de las pérdidas de cada ejercicio constituyen actos definitivos declarativos de derechos sobre los que el ayuntamiento sólo puede rectificar a través de las vías y procedimientos de revisión previstos en el capítulo I del título V de la LPAC.**

En esta situación, el ayuntamiento, tras descartar la declaración de lesividad por haber transcurrido más de cuatro años desde que se adoptaron los actos, pretende anular parcialmente el acto por el cual se reconoce a la empresa el importe para compensar sus pérdidas, en aquello que excede de 53.439,63 euros (IVA incluido); cuantía que resulta tras aplicar debidamente la señalada cláusula contractual.

De entre los supuestos de nulidad radical que prevé el artículo 47.1 de la LPAC, el ayuntamiento considera que hay argumentos para aplicar el apartado f) puesto que, según su propuesta de resolución, nos encontramos ante un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico por el que la empresa ha adquirido facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición.

Considera que la cantidad abonada es fruto de una fórmula de cálculo erróneamente aplicada y que para tener título jurídico para percibirlas hubiera sido preciso que la mercantil beneficiaria hubiera tenido unas pérdidas que no tuvo. La pérdida constituye, así, el elemento constitutivo o esencial del desequilibrio económico-financiero y, sin ese elemento, no se genera el derecho a la compensación económica.

Antes de afrontar la posible nulidad del acto en cuestión conviene, aunque sea de modo sucinto, incorporar las advertencias que la Comisión ha venido realizando en relación con la aplicación del supuesto de nulidad actualmente recogido en el apartado f) del artículo 47.1, pero heredero, a la postre, de lo que establecía el mismo apartado f) del artículo 62.1 de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

En primer lugar, **la Comisión ha defendido siempre una interpretación restrictiva de este supuesto**, al entender que una interpretación amplia de este vicio de nulidad podría provocar una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos (Dictamen 28/2006).

Igualmente, hemos afirmado que el supuesto contemplado actualmente en la letra f) del artículo 47.1 LPAC **debe entenderse referido a aquellos casos en los que se aprecia la concesión o reconocimiento de un derecho en el que, no sólo debe concurrir una infracción del ordenamiento jurídico, sino que esta debe estar directamente relacionada con la ausencia de un requisito que, además de determinante del derecho otorgado o reconocido, sea esencial para su adquisición o ejercicio, hasta el punto de que su ausencia conlleva la propia inexistencia del derecho o facultad**. Dicho requisito esencial tiene, en primer lugar, que venir definido de manera conforme a la ley, y, además, afectar de modo grave tanto a la estructura esencial del acto administrativo como al precepto de la ley de cuya contravención se trata (Dictamen 15/2006). A estos efectos, cabe recordar la distinción realizada por el Consejo de Estado en numerosos dictámenes (2.454/94, 5.577/97 ó 5.796/97) entre "requisitos necesarios" y "requisitos esenciales", para introducir la idea de que no todos los requisitos necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de "esenciales".

Finalmente, cuando nos enfrentamos a esta cuestión, **lo fundamental** ─y a la vez lo más complejo─ **consiste en identificar el carácter, esencial o no, del elemento o requisito, lo que sólo puede hacerse en el marco propio y específico de cada sector normativo: función pública, contratación, urbanismo**, etc. (Dictamen 40/2011).

Volviendo al concreto acto que nos ocupa, este se desarrolla en el marco de un contrato administrativo adjudicado en vigencia del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas. No obstante, **no nos encontramos ante la revisión del propio contrato o de una incidencia contractual a resolver de acuerdo con el artículo 97.1 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos, sino sólo de un acto que, como señala la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, tiene un alcance púramente liquidatorio de las compensaciones a favor del contratista previstas en un convenio para la prórroga de ese contrato, y no con anterioridad a su resolución por el ayuntamiento como prevé el citado real decreto, sino cuando ya se habían aprobado las correspondientes liquidaciones del mismo.**

La Sala ha rechazado igualmente que se trate de un pago provisional o "a cuenta" de la liquidación final del contrato, de tal manera que su reconocimiento no puede quedar a expensas de la liquidación contractual.

El acto que se pretende anular constituye por tanto el reconocimiento de una obligación firme por parte de la Administración municipal, así como un título jurídico por el cual el contratista podía exigir el pago, dado que ostenta la presunción de validez que caracteriza a los actos administrativos. De ahí que para remover esa situación, la única vía que dispone el ayuntamiento sea la de la revisión del acto en cuestión.

Ahora bien, tal y como hemos adelantado, la aplicación del apartado f) del artículo 47.1 LPAC **requiere que el requisito incumplido por el acto, además de determinante del derecho otorgado o reconocido, sea esencial para su adquisición o ejercicio, hasta el punto de que su ausencia conlleve la propia inexistencia del derecho o facultad que se pretende ejercer.**

El ayuntamiento considera que esa situación sí se produce en este supuesto en la medida en la que la cantidad reconocida en el acto en cuestión supera las pérdidas que se pretenden compensar, pero esta Comisión no puede compartir, sin más, esa argumentación.

El informe jurídico que se ha incorporado al expediente cita una sentencia dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sentencia número 552/2011, de 31 mayo) en la cual, ante el reconocimiento mediante silencio administrativo de un pago solicitado por una empresa para restablecer el equilibrio económico de un contrato, el tribunal llega a la conclusión de que no existe causa para recibir ese importe, equiparando la falta de causa a la falta de un elemento o requisito esencial del acto por el cual se reconoce el pago. En el procedimiento de revisión también había participado el órgano consultivo de la Comunidad Autónoma validando la causa de nulidad alegada por el ayuntamiento. No obstante, insistimos, la diferencia entre el supuesto citado y el que nos ocupa resulta sustancial a estos efectos.

En aquel caso, tanto el órgano consultivo autonómico como el tribunal llegan a la conclusión de que el motivo o la causa alegada por el contratista para el reconocimiento del derecho económico no existía porque el desequilibrio económico del contrato y la ampliación de los servicios de los cuales, según el contratista, debía responder la Administración, o no quedaron acreditados o se encontraba dentro de los márgenes del principio de riesgo y ventura que rige la contratación pública. Es decir, el acto de reconocimiento ─producido mediante silencio─ carecía del elemento esencial que, en ese caso, sería la constatación de un desequilibrio económico sobrevenido o la existencia de servicios o trabajos suplementarios no previstos en el contrato.

En el presente caso, sin embargo, el elemento esencial es la existencia de una pérdida en la gestión del polideportivo municipal, situación de partida que sí se ha producido y ha sido reconocida desde el ayuntamiento. **El problema, por tanto, no está en si se produjeron pérdidas, sino en cuánto debe ser compensada la empresa por esas pérdidas.**

Existe causa para el pago de la compensación por parte del ayuntamiento y es la propia Administración local la que lo reconoce de manera expresa y por dos ejercicios consecutivos, aplicando en esos dos ejercicios el mismo criterio erróneo. Aunque la Sala ha considerado que se trata de un error evidente en la aplicación del criterio, nos encontramos ante una equivocación en el cálculo de la cuantía a compensar, pero no ante la falta del elemento esencial ─la existencia de pérdidas en la gestión del polideportivo municpal─ que da lugar a esa compensación.

El contratista desarrolló la actividad contratada y acreditó la existencia de pérdidas en la gestión del contrato durante el ejercicio 2010. **El importe abonado es contrario al contrato dado que, para su cálculo, no se sigue el criterio pactado, al aplicarse los porcentajes previstos para el beneficio industrial y para los gastos generales a la cifra de gastos totales, en lugar de tener en cuenta solamente las pérdidas acreditadas. No obstante, esa irregularidad no afecta al elemento o requisito esencial del acto porque, insistimos, las pérdidas en la gestión del polideportivo sí quedaron acreditadas**.

Ese cálculo, claramente incorrecto, podía justificar sin duda su revisión previa declaración de lesividad dentro de los cuatro años siguientes y ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero esa situación ha sido descartada por el propio ayuntamiento por encontrarse fuera del señalado plazo; plazo que, recordamos, es de caducidad.

La situación no deja de resultar sorprendente dado que la primera instancia jurisdiccional validó la interpretación municipal, considerando que se trataba de un incidente en el marco de la relación contractual a resolver, tal y como lo hizo el ayuntamiento, mediante una compensación de créditos. Esta situación provocó que para cuando el Tribunal Superior de Justicia dictó su sentencia, el plazo de caducidad del artículo 107.2 de la LPAC ya se había consumido. No obstante, también pone de manifiesto que la valoración inicial del ayuntamiento no contemplaba la vía de revisión de oficio, y menos aún a través de la consideración del vicio de nulidad radical del artículo 47.1.f) de la LPAC.

Finalmente, y dado que el informe jurídico señala los procedimientos de revisión de contenido económico como posible fuente de antecedentes en la materia, debemos añadir que resulta difícil de concebir que una liquidación favorable al contribuyente sea revisada en aplicación del vicio que aquí se contempla [en ese caso 217.1.f) de la Ley general tributaria], por un error en el cálculo del importe de esa liquidación. En ese caso, sin duda, transcurrido el plazo de los cuatro años que prevé el artículo 218 de la Ley general tributaria, la situación devendría inamovible.

DCJA 213/2017 pár. 31 a 55

D) Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal

Este planteamiento nos llevaría, en efecto, ante **un supuesto de nulidad de pleno derecho establecido por una ley sectorial, dictada en el ámbito de la defensa de la competencia**, tal y como plantea acertadamente el Ayuntamiento de Leioa al alegar como causa prevista en el apartado g) del artículo 47.1 de la LPAC, en relación con el artículo 1.1 de la LDC.

Ahora bien, la Comisión no puede dejar de advertir, dada la complejidad que presenta la prueba de estas conductas prohibidas, sobre la dificultad que, con carácter general, presentará la apreciación de esta causa de nulidad si no se dan las circunstancias que sí se producen en este caso y, especialmente, la intervención del órgano especializado en materia de defensa de la competencia. La confirmación —como es el caso— por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de los hechos considerados probados y la calificación de los mismos que se desprende de la resolución del órgano de defensa de la competencia también resultará **siempre determinante para la revisión de los actos por esta causa.**

Como decimos, en este caso sí se han dado esas circunstancias, por lo cual esta Comisión puede y debe tener en cuenta las actuaciones y conclusiones adoptadas por el órgano especializado en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, como es actualmente la Autoridad Vasca de la Competencia y, dentro de esta institución, el Consejo Vasco de la Competencia.

La Sentencia del Tribunal Supremo 634/2014, de 9 de enero, analiza la vinculación del pronunciamiento de la autoridad de la competencia revisado por sentencia firme de un tribunal contencioso-administrativo. Dice así:

> Bajo la normativa actualmente en vigor, **no existe ninguna norma** legal que, de forma equivalente al art. 16.1 RCE 1/2003 respecto del carácter vinculante de las decisiones de la Comisión Europea, **disponga que las resoluciones dictadas por las autoridades nacionales**, en nuestro caso la Comisión Nacional **de la Competencia** (en la actualidad, Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), **vinculen necesariamente al tribunal del orden jurisdiccional civil en el enjuiciamiento de las acciones civiles basadas en las mismas conductas**, en este caso en la apreciación de la nulidad del pacto contractual declarado contrario

a la Competencia.

Una decisión de la Comisión Nacional de la Competencia como la que dictó el 14 de abril de 2010 es un acto administrativo, sujeto a ese régimen, que no impedía a la jurisdicción civil el enjuiciamiento sobre la misma cuestión, aunque pudiera constituir un instrumento de convicción de gran autoridad. Pero como la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la ilicitud del pacto entre empresas contenido en la cláusula quinta del contrato fue objeto de recurso contencioso-administrativo, la resolución judicial firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula. Esta previa resolución contencioso administrativa produce un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil.

Aunque se refiera al órgano estatal competente en materia de defensa de la competencia y a la vinculación a la jurisdicción civil, su fundamentación y conclusión es trasladable a este caso con la resolución del Consejo Vasco de la Competencia y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ya citadas que confirman la conducta colusoria.

Como decimos, **la Resolución del Consejo Vasco de la Competencia** de 21 de mayo de 2013, adoptada en el marco de sus actuaciones de referencia 5/2012 "Concurso Pinosolo", **ha sido confirmada en su mayor parte por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco** en las ya citadas sentencias 44/2016, de 15 de febrero, y 104/2016, de 22 de marzo, **lo que permite a esta Comisión incorporar su argumentación tanto para dar por acreditados los hechos**, como para calificar las actuaciones de algunos de los operadores que participaron, con distinto protagonismo, en la licitación que dio lugar al contrato cuya adjudicación se pretende revisar.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos de adelantar la postura favorable a la revisión de la adjudicación por este tercer motivo planteado por el Ayuntamiento de Leioa.

Trasladar a este dictamen toda la argumentación del Consejo Vasco de la Competencia extendería excesivamente, dado su volumen, este dictamen, mientras que un resumen del mismo siempre puede afectar negativamente a esa argumentación. No obstante, consideramos que su completa reproducción no resulta necesaria si tenemos en cuenta que forma parte del expediente y a ella han podido acceder los afectados por la presente revisión. Por ello, sólo extractaremos las partes que consideramos esenciales y suficientes para justificar la nulidad de la adjudicación provisional y definitiva del concurso.

En primer lugar, resulta imprescindible incorporar la apreciación del Consejo Vasco de la Competencia (CVC) sobre la existencia de un acuerdo entre la empresa ARCAIN, asesora de LK durante la licitación, y la empresa AROS, integrante de la UTE adjudicataria en un porcentaje del 70 por ciento. Dice así:

f. Apreciación del CVC

Para acreditar la participación en los hechos constitutivos de infracción de las empresas se ha recurrido a la prueba de presunciones. A fin de aplicar esta prueba resulta preciso, como ha establecido la jurisprudencia constitucional, que se parta de hechos básicos objetivamente acreditados y que la inferencia lógica que parte de esos hechos no sea irrazonable ni irrazonada.

76. El Pliego considera probada la existencia de un CD de ARCAIN entregado a KIROLGINTZAN en el que consta un archivo que contiene un plano del "Complejo Deportivo" (véase Hecho probado Ocho del PCH). Igualmente considera probada la existencia de "similitudes" entre el plano contenido en el CD de ARCAIN y el que AROS presenta a la licitación del "Complejo Deportivo" (véase hecho probado decimocuarto del PCH). Se considera probada la existencia de similitudes informáticas en forma de coincidencia de "capas" y en forma de "coincidencia de rutas" que acreditan, también como hecho probado, que el archivo presentado por ARCAIN tiene su origen en los directorios de PUJOL (véase hecho probado Decimoquinto del PCH).

El derecho de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y 6 del CEDH, exigen que la inferencia parta directamente de los hechos considerados probados en el Pliego de Concreción de Hechos.

Los hechos probados constituyen indicios suficientes para deducir, respetando los estándares del derecho a la presunción de inocencia, **que esos hechos encuentran su única razón de ser en el intercambio de información** entre AROS y ARCAIN.

La concertación entre AROS y ARCAIN implica una cooperación entre dos empresas que tiene como objeto la alteración de las condiciones igualitarias en el proceso de contratación pública del concurso "complejo deportivo".

Esa coordinación se inicia con el intercambio de información previo a la preparación de los pliegos de la licitación y se prolonga al menos hasta la segunda adjudicación provisional en que interviene ARCAIN.

Debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la concertación que se plantea no es entre empresas directamente competidoras, dado que el papel que juega ARCAIN en la licitación es de empresa consultora del AYUNTAMIENTO y de LEIOA KIROLAK.

Este hecho no empece para la consideración de la práctica como tipificable en el artículo 1.1, si bien deberá ser tenido en cuenta para determinar la gravedad de la conducta.

En segundo lugar, también resulta de interés recoger el contenido de esta resolución en lo que se refiere a "las infracciones por objeto y sus efectos en el mercado".

77. El artículo 1.1 se refiere a los acuerdos "que tengan por objeto o efecto" generar disfunciones en el mercado. Por ello, tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la actual Comisión Nacional de la Competencia han reiterado que en el tipo del artículo 1 pueden subsumirse tres tipos de conductas en lo que respecta a impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado: las que tienen ese objeto (lo consigan o no), las que producen ese efecto (aunque no haya voluntad) o las que lo han producido (aún sin perseguirlo).

Dentro de las primeras se incardinan aquéllas que "por su propia naturaleza" restringen la competencia. En estos casos, que persiguen únicamente restringir la competencia, el TJCE ha sido taxativo desde los orígenes del desarrollo del derecho europeo de la competencia. Mantiene que "no es necesario tener en cuenta los efectos concretos del acuerdo cuando es evidente que su objeto es impedir, restringir o falsear la competencia".

Nos encontramos ante prácticas en las que la voluntad de las partes no puede plantear beneficio alguno para la sociedad, el mercado o los consumidores. No se trata de prácticas que podrían ser objeto de interpretación para analizar la posible aplicación de las excepciones del párrafo tercero del artículo 1. El objeto de la conducta es exclusivamente alterar la competencia en beneficio propio sin que se planteen externalidades positivas posibles. Son las prácticas que se denominan Hard core y reciben la más grave de las consideraciones por parte del ordenamiento y de la jurisprudencia.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo también realiza la distinción entre las restricciones por objeto y por efecto, sin que en el caso de las primeras se requiera un análisis potencial o actual de sus efectos en el mercado. Resultan significativas, entre otras, las SSTS de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007\634), 15 de octubre de 2008 (RJ 2008\5734) y 1 de junio de 2010 (RJ\2010\5465).

No se deduce de estas afirmaciones que en la práctica objeto de análisis no se verifiquen efectos. Tan solo se mantiene que la tipificación de la infracción no requiere de su existencia ni por tanto de su cuantificación.

78. **Teniendo en cuenta estas consideraciones legales y jurisprudenciales, debe descartarse la idea repetida por las empresas afectadas en el presente procedimiento sancionador según la cual la ausencia de efectos contrarios a la competencia implica la ausencia de infracción administrativa por vulneración de la normativa de competencia.**

Independientemente de que los efectos se produjeran o no, debe subrayarse en primer lugar que, de la práctica no pueden derivarse sino efectos negativos en la competencia. Así el objetivo de la concertación es la selección de un candidato concreto frente al resto sin garantías de que sea el óptimo. Este objetivo genera una alteración de la libre competencia en beneficio de una de las licitadoras, con la posibilidad de que no sea la más favorable al interés general de eficiencia y eficacia que debe salvaguardarse en los procesos de contratación pública. Nos encontramos por tanto ante una conducta que debe conceptuarse entre las denominadas en derecho de la competencia "infracciones por objeto" que, por su propia naturaleza y sin posibilidad de exención se deben considerar prohibidas.

En segundo lugar debe subrayarse el hecho de que las empresas implicadas llevaron a cabo todos los actos necesarios para que la práctica tuviese efectos en el mercado. Por lo tanto la conducta es apta para producir

los efectos negativos en la competencia. Sólo la decisión ajena a las empresas partícipes en la concertación de no ejecutar el proyecto del "**complejo deportivo**" evita la puesta en práctica de la obra encomendada. Los efectos se atenúan por ese hecho ajeno a la voluntad de las partes pero no desaparecen. Así, como mínimo, existen gastos derivados de la decisión de rescisión del contrato que se han generado de esta situación y que pueden generar implicaciones de interés público.

En tercer lugar, resulta también necesario incorporar a nuestra fundamentación la argumentación del Consejo Vasco de la Competencia referida al falseamiento de la competencia en el mercado:

79. El artículo 1.1 LDC exige la existencia de un falseamiento de la competencia en el mercado.

La información intercambiada entre ARCAIN y AROS **en el mercado de la licitación es claramente estratégica y en ningún caso resulta equiparable a los contactos que se pueden dar entre licitadores y servicios técnicos y asesores de las entidades públicas, a fin de comprender mejor las características del proyecto licitado**. La propia naturaleza de la información intercambiada y el papel que juegan ambas en la licitación, unido a la relevancia de la garantía del secreto en las licitaciones de concursos públicos, llevan necesariamente a concluir que la concertación tiene objetivamente aptitud para producir un falseamiento de la competencia que afecta al desarrollo del concurso y por lo tanto al interés público.

El intercambio de información previo al concurso del "**Complejo Deportivo**" invalidaría, en todo caso, la garantía de igualdad de trato y no discriminación entre los candidatos que la LCSP establece. Además se da al traste con la objetividad y la imparcialidad en la adjudicación. Por todas esas razones se genera un falseamiento de la libre competencia en ese mercado.

La connivencia existente entre ARCAIN (que en su labor de consultoría está encargada de la preparación del concurso de 2009 y de la valoración de las ofertas) y AROS (miembro de la UTE adjudicataria) altera gravemente las condiciones de igualdad entre los nueve licitadores y sitúa a AROS en una posición de ventaja competitiva, al eliminar la competencia en el acceso al mercado.

Finalmente, resulta procedente incorporar la conclusión del Consejo Vasco de la Competencia en relación con la primera de las infracciones imputadas, que es la relacionada con las prohibiciones del artículo 1.1 de la LDC y, por tanto, con la causa de nulidad que justificaría la revisión.

Conclusión

80. En consecuencia, el intercambio de información llevado a cabo entre ARCAIN y AROS, empresas no competidoras reales o potenciales en el mismo mercado, pero ambas con capacidad para incidir en el mismo, tiene por objeto alterar el resultado de la licitación del "complejo deportivo" Pinosolo y por tanto supone una infracción del artículo 1.1 de la LDC.

El intercambio de información tiene por objeto falsear, impedir o restringir la competencia en el mercado y objetivamente tiene aptitud para hacerlo. No se hace necesario por tanto demostrar la existencia de efectos de dicha conducta. No obstante queda acreditado que éstos han tenido lugar. AROS ha ganado la licitación en un proceso viciado en su origen por no haber respetado las garantías establecidas en la LCSP y de la adjudicación (a pesar de la posible resolución del contrato) se derivan efectos económicos.

De acuerdo con el artículo 62.3 de la Ley 15/2007, se considera infracción grave "el desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1.1 de la Ley cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí reales o potenciales".

Por ello se considera a las empresas AROS y ARCAIN responsables de una infracción grave del artículo 1.1 sin que sea posible la aplicación de la excepción del artículo 1.3 de la LDC.

No puede aceptarse la alegación formulada por AROS con relación a la calificación de la conducta como de menor importancia (artículo 5 de la LDC), dada la definición de mercado relevante que este CVC ha realizado, aceptando su propia alegación.

No resulta necesario incorporar ningún argumento utilizado para justificar la segunda **infracción detectada, relacionada con la competencia desleal, por cuanto esta infracción no está en conexión con lo previsto en el artículo 1.1. de la LDC; único precepto en el que puede apoyarse la nulidad de pleno derecho a partir del apartado g) del artículo 47.1 LPAC.**

A la vista de estos argumentos —así como del resto de la argumentación del Consejo Vasco de la Competencia al cual nos remitimos en lo no reproducido—, cabe únicamente concluir que, efectivamente, **la adjudicación provisional y definitiva del contrato relativo a la construcción del complejo deportivo Pinosolo se produjeron, si no como consecuencia, sí al menos con la clara influencia de unas actuaciones, por parte algunos de los operadores que participaban en la licitación, prohibidas por el artículo 1.1 de la LDC.** Concretamente, el intercambio de información llevado a cabo entre ARCAIN y AROS con objeto alterar el resultado de la licitación del complejo deportivo Pinosolo.

Como se desprende de esa resolución, **el artículo 62.3 de la LDC considera infracción grave el desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1.1 de la ley cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí reales o potenciales. Por ello** se considera a las empresas AROS y ARCAIN responsables de una infracción grave del artículo 1.1 sin que sea posible la aplicación de la excepción del artículo 1.3 de la LDC.

Los actos de adjudicación en los que ha podido incidir esa actuación han de ser calificados, dada su gravedad, como nulos de pleno derecho.

En este análisis **no cabe atribuir ninguna influencia al hecho de que la resolución haya excluido expresamente la responsabilidad en los hechos de uno de los miembros de la UTE adjudicataria, ya que el bien jurídico que la LDC pretende proteger es la libre competencia, gravemente afectada** en este supuesto con la actuación de la empresa AROS.

Cuestión diferente sería el diferente grado de responsabilidad que habría de atribuirse a cada uno de los miembros de la UTE —o incluso en su relación interna— ante una posible petición indemnizatoria por los daños que hubiera podido generar la actuación dirigida a impedir, restringir o falsear la competencia; cuestión que ni se plantea, ni es el objeto de este dictamen. Como razona la Sentencia del Tribunal Supremo 540/2000, de 2 de junio —sentencia conocida como sentencia DISA por hacer referencia a una de las empresas afectadas y pionera en la apreciación de la nulidad de los acuerdos contrarios a la competencia—, la declaración de nulidad no impide que la parte perjudicada por la declaración de nulidad pueda promover otro proceso por la culpa *in contrahendo* de aquel con quien contrató.

En cuanto a las alegaciones presentadas por la UTE, cabe señalar lo siguiente.

La tramitación simultánea de un proceso arbitral relacionado con este contrato —del cual esta Comisión sólo tiene alguna noticia en esas alegaciones— **no impide al ayuntamiento la revisión del acto.** Se ha debatido por la doctrina y admitido por la jurisprudencia y esta Comisión la posibilidad de tramitación simultánea, en algunos casos, de expedientes de revisión de oficio y de recursos contencioso-administrativos en relación con un mismo acto, pero se niega la posibilidad de la revisión de oficio cuando un acto administrativo ha sido enjuiciado por los tribunales en virtud de recurso interpuesto en tiempo y forma.

No obstante, no estamos ante esa situación. El contrato prevé la vía arbitral para resolver las posibles controversias correspondientes a la vida del contrato —efectos y extinción— puesto que, como venimos señalando, se trata de un contrato privado. No obstante, esa cláusula contractual no afecta a las facultades que la LCSP atribuye a la Administración matriz con respecto a la revisión de los actos separables, que se mantienen intactas.

Con respecto a la posible existencia de cosa juzgada, tampoco ha de darse la razón a lo alegado por la UTE. Como dijimos en nuestro Dictamen 28/2006, la denominada eficacia positiva material de la cosa juzgada potencia lo declarado en un pronunciamiento judicial, en concreto en su conclusión decisoria, hasta tal punto que se impide que en ningún proceso judicial o procedimiento administrativo, aun de distinta naturaleza o pretendidamente con diferente fin, se decida de modo contrario a lo fallado, según se deduce del artículo 222.1 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil.

Sin embargo, en el relato de hechos ya se ha puesto de manifiesto que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 767/2012, de 19 de octubre de 2012, dictada en el recurso de apelación 677/2012, confirmó por su

parte el Auto nº 46/12, de 30 de mayo de 2012, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Bilbao, que declaró inadmisible, por falta de legitimación activa, el recurso presentado por DGM Arquitectos, S.L. contra el acuerdo de adjudicación definitiva del contrato.

Basta con recordar, por tanto, lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia 78/1999, de 8 de febrero, en relación al efecto de las resoluciones jurisdiccionales que declaran la inadmisibilidad del recurso:

> (…) La segunda circunstancia que merece atención es que el segundo de los procesos ya fallados —Autos 138/1995—, ha concluido por sentencia que declara la inadmisibilidad del recurso, y tal declaración no produce efectos de cosa juzgada, como afirma una tradicional jurisprudencia sobre el artículo 86.1 LJCA —así, SSTS de 19 de mayo de 1976 (RJ 1976\2961) y 27 de enero de 1977—.

Como última alegación, plantea que la resolución del Consejo Vasco de la Competencia no puede afectar a la actuación de LK porque la conducta colusoria no es imputable a la sociedad municipal o al ayuntamiento.

Para afrontar esta cuestión, es preciso recordar que **la resolución del Consejo Vasco de la Competencia establece como mercado relevante el generado en torno a la propia licitación del complejo deportivo, cuyo objetivo y resultado final es precisamente la formalización del contrato en cuestión. Por tanto, la nulidad proclamada por el artículo 1.2 de la LDC debe alcanzar necesariamente a la adjudicación de este contrato porque la conducta sancionada estaba dirigida a lograr ese objetivo**. De atender a la alegación de la UTE, las consecuencias de la conducta colusoria se limitarían a unas sanciones cuyos importes (45.000 euros a la empresa AROS y, tras su reducción por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 66.581,78 euros a la empresa ARCAIN) convertirían, dado el presupuesto del contrato (50.191.363,50 euros, IVA excluido), en rentable la conducta colusoria, amortiguando el efecto real de la prohibición y, por tanto, su eficacia.

Se daría también otra paradoja legal de difícil comprensión. Mientras los posibles acuerdos entre las dos empresas implicadas habrían de considerarse nulos de pleno derecho por aplicación del artículo 1.2 de la LDC, se mantendría el contrato logrado con la sociedad municipal, único y verdadero objetivo de las conductas prohibidas.

Es de interés también recordar que, en la jurisdicción ordinaria, la nulidad prevista en el artículo 1.2 de la LDC puede ser alegada incluso por la parte beneficiada por la conducta prohibida y así se reconoce en la ya citada sentencia DISA. Hemos de insistir en que su objetivo es la remoción de los efectos producidos por las prácticas prohibidas, efectos que sólo se eliminan en el presente caso con la anulación del contrato; consecuencia necesaria tras la anulación de su adjudicación, conforme a lo dispuesto por el artículo 35 de la LCSP.

DCJA 102/2017 pár. 125 a 152

III. Límites a la revisión de oficio

El artículo 106 LRJPAC 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".

Cuando se trata de una acción de nulidad formulada por un particular, es oportuno encabezar nuestro enjuiciamiento con la reflexión de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 24 de abril de 1993 (RJ 1993/2863), si bien referida a los antiguos 47, 109 y 112 LPA, para los que mantiene:

> una interpretación restrictiva, tanto de la aplicación de los supuestos de nulidad de pleno Derecho del art. 47 LPA, como de su declaración por la vía del art. 109 de la misma, cauce impugnatorio para el que recomienda la máxima prudencia (SSTS 20 febrero 1984 —antigua Sala 3ª—, 12 marzo 1986 —antigua Sala 4ª— y 22 octubre 1990 —actual Sala 3ª, sec. 5ª—), dada la necesidad, según se indica en las dos últimas, de "articular un procedimiento de impugnación ordinario con la invocación de un precepto de aplicación extraordinaria o excepcional, cual el art. 109 LPA...', lo cual requiere al hacerlo de una cuidadosa ponderación, sobre todo habida cuenta de que la no sujeción a plazo para efectuarlo, como, en cambio, se prevé para el sistema general de revisión, entraña un riesgo evidente para la estabilidad o seguridad jurídica... precepto que incluso ha suscitado dudas en cuanto a las posibilidades y efecto de su utilización por los particulares, a diferencia de cuando es a iniciativa

de la Administración.

Para seguir afirmando que:

> Avanzando en esa línea, deben traerse al primer plano de consideración las limitaciones del art. 112 LPA. Se debe salir al paso de una desmedida concepción de la acción de nulidad prevista en el art. 109 LPA, a base de la simple contraposición entre acción de nulidad, sin sumisión a plazo, y recurso administrativo sometido a él. De limitarnos a ese simple dualismo, eso implicaría dejar en manos del administrado, interesado en impugnar una resolución que le afecta, y que considera nula de pleno Derecho, el someterse a un plazo en la defensa de su interés, o prescindir de todo límite temporal, e impugnarla en cualquier tiempo, lo que no parece avenirse con una lógica de conjunto del sistema legal.
>
> Un planteamiento tan escueto prescinde del dato de que en el art. 109 LPA la acción del particular, a la que se da entrada en los términos "a instancia del interesado", es sólo uno de los posibles elementos determinantes del ejercicio de la potestad administrativa, regulada en dicho precepto; pero lo fundamental en él no es tanto la acción, que puede modificar el ejercicio de la potestad administrativa, cuanto la potestad misma.
>
> Destacada la prevalencia esencial del sentido de potestad de la Administración, debe observarse que la misma expresión "en cualquier momento", tiene como referencia inmediata a la Administración, y no tanto al interesado, lo que obsta a la interpretación del art. 109 LPA en el sentido de que en él se consagre una acción, con la que, sin limitación de plazo, se pueda forzar a la Administración a declarar la nulidad de pleno Derecho de un determinado acto, subsumible en los supuestos del art. 47 LPA.
>
> No puede olvidarse que el art. 112 veda el ejercicio de las potestades de anulación por los diversos motivos que expresa, entre los que es especialmente significativo la referencia al "tiempo transcurrido u otras circunstancias", que hagan su ejercicio contrario "a la equidad, al Derecho de los particulares o a las leyes".
>
> Incluso desde la perspectiva del administrado, interesado en impugnar el acto administrativo que le afecta, resulta en cierto modo forzada la distinción usual entre acción de nulidad, ex art. 109 LPA, y recurso administrativo, ex art. 113, y ss., pues desde esa perspectiva subjetiva la acción se manifiesta en ambos casos, siendo el recurso administrativo cauce para la acción impugnatoria, como lo es el art. 109.
>
> La diferencia real entre la acción impugnatoria ex art. 109, y la que se encauza por la vía de los recursos ordinarios, se manifiesta más bien por el dato de que en la primera no existe un derecho del administrado a imponer la declaración de nulidad, pues en definitiva ello sólo es consecuencia del ejercicio de una potestad de revisión de oficio, que es el elemento clave, en cuyo ejercicio no cuenta sólo el interés del accionante y el puro valor de la legalidad del acto impugnado sino otros elementos, a ponderar por la Administración, por los límites imperativos del art. 112 LPA.

La revisión de oficio, como pone de manifiesto la STS de 17 de enero de 2006 (RJ 2741/2006):

> 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 pueda ser alterada en el 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.
>
> 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 salvaguardia de la seguridad jurídica, y todo ello limitando en el tiempo el plazo para ejercer la acción, cuando los actos han creado derechos a favor de terceros.

En la estructura del actual artículo 106 LRJPAC se distinguen, de un lado, los presupuestos que justifican la limitación en el ejercicio de las facultades revisoras —la prescripción, el tiempo transcurrido y otras circunstancias— y, de otro lado, los elementos que deben jugar como canon para el enjuiciamiento —la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes—.

Es preciso analizar si es relevante el tiempo, pero también si lo son otras circunstancias, que coadyuvan en la ponderación sobre su repercusión para el interés público y para los intereses que pudieran estar en conflicto, como en el caso que analizamos.

Por lo que se refiere a los criterios, **la Comisión sostiene que la nulidad de pleno derecho ofrece un terreno especialmente fértil para la equidad, entendida como la justicia del caso concreto, una válvula de escape cuando la ley es muy rígida y su aplicación mecánica y ciega está reñida con lo que parece razonable**. Por su parte, **la introducción del principio de la buena fe obliga a considerar la conducta subjetiva, en particular da entrada al principio de protección de la confianza legítima.**

Debe pues **buscarse una suerte de justo equilibrio entre legalidad y seguridad jurídica, entre el interés público y los derechos de terceros, siempre teniendo en cuenta la garantía inherente al respeto de los derechos fundamentales.**

La propuesta de resolución desestimatoria esgrime que "el cuestionamiento de las Bases una vez que ya se dictó una declaración de nulidad judicial de una Base de otro procedimiento, sustancialmente idéntica, pasados cinco años desde la convocatoria ahora cuestionada, hace que concurran razones de seguridad jurídica para no atender la solicitud de revisión, por el tiempo transcurrido desde la convocatoria, y también por los perjuicios que se ocasionarían tanto a las personas interesadas que tomaron parte en esa convocatoria y que, una vez superado el procedimiento, fueron nombradas funcionarias de carrera de la categoría de Suboficial de Seguridad Ciudadana de la Escala de Inspección, como, de alguna manera también, al interés general, concretada en el servicio público policial".

Desde la perspectiva del tiempo transcurrido, realizar el cómputo desde el dictado de las bases no resulta aceptable, ya que la lesión se materializa cuando su aplicación priva al interesado de una de las plazas convocadas.

Es cierto que quien insta la revisión (22/7/2013) lo hace invocando la doctrina de la Sentencia 335/2010, de 12 de mayo de 2010, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, una vez han pasado tres años desde el pronunciamiento del TSJPV, cuando el proceso ya ha concluido, tras realizar los aspirantes seleccionados el curso de formación y el periodo de prácticas, siendo objeto de la acción de nulidad la Resolución de 28 de marzo de 2011 del Viceconsejero de Administración y Servicios.

Asimismo para entonces ya tenía noticia de las consecuencias que provocaba la aplicación del cupo al aprobarse el Acuerdo del Tribunal Calificador de 25 de noviembre de 2009 y la Resolución de 30 de abril de 2010 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco, por la que se nombra funcionarios en prácticas a los aspirantes seleccionados (pues quedó excluido pese a ocupar el puesto nº 50 en la relación de aprobados).

Ahora bien, también es cierto que **para la revisión de oficio un plazo de tres años no puede considerase en sí mismo excesivo**, ya que para la revisión por causas de anulabilidad, esto es, infracciones de menor entidad, el límite legal para la declaración de lesividad fijado por el artículo 103,2 LRJPAC es de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo.

Otra cosa sería, pese a transcurrir un plazo reducido, que hubiera demorado la acción de forma consciente y voluntaria en una actuación contraría a la buena fe, para obtener otros beneficios diferentes a los que se derivan de la estricta depuración del acto viciado o para perjudicar a la Administración o a otros interesados.

La STS de 1 de julio de 2008 (RJ 2008/3335) confirma la sentencia de instancia, que declara que se trataba de un claro supuesto de aplicación del artículo 106 LRJPAC: "en cuanto que el ejercicio de la facultad de revisión que pretende hacer valer la parte actora se presenta contrario a la buena fe y como tal no merece ser acogida la postura de quien consciente y voluntariamente difiere de forma tan exagerada las posibilidades de reacción que siempre tuvo a su disposición, estando prevista la aplicabilidad de dicho artículo 106 precisamente como adecuado complemento para evitar que la ausencia de un plazo para instar la nulidad pueda ser torticeramente utilizada en actuación contraria a la buena fe".

La Sentencia del Tribunal Supremo tiene en cuenta, no solo que habían transcurrido 10 años y el hecho de que se trate de una acción de nulidad tardía y "sin justificación de tan larga espera", porque ello implica un nuevo estado de incertidumbre difícilmente compatible con la seguridad jurídica, sino también la falta de un nítido interés para combatir aquello que en sí mismo no es perjudicial para los solicitantes y sin invocar para el contenido del acuerdo infracciones de carácter sustantivo o material:

> La equidad, la buena fe y el derecho de los particulares piden que tanto tiempo después, sin invocar un perjuicio nítido o cuando menos aparentemente posible y sin invocar razones jurídicas a favor de una decisión distinta, no se reabra por quienes pudieron hacerlo antes ese estado de incertidumbre.

En este caso, la demora es notoriamente inferior, **no hay elementos que permitan concluir que ha obrado con mala fe y el perjuicio también es nítido para el solicitante de la revisión, que no podrá progresar en su carrera policial y ocupar nuevas responsabilidades con las retribuciones que éstas llevan anejas.**

Desde la perspectiva de otras circunstancias, hay que señalar que **no se trata estrictamente de un procedimiento de acceso al empleo público, sino de acceso a otra categoría por promoción interna de quienes ya son funcionarios públicos**.

Pero la existencia de elementos que pudieran disuadir la revisión, como la legitimidad de los objetivos (a fin de corregir la infrarrepresentación de la mujer en la Ertzaintza), el reducido impacto que ha tenido la medida en el proceso (solo ha operado en cuatro plazas, de un total de 25 que integraban el cupo restringido) y el hecho de que no haya existido un desconocimiento radical de los principios de mérito y capacidad (todas las aspirantes seleccionadas han aprobado el concurso-oposición y han superado con éxito el periodo de formación y el periodo de prácticas), no deben llevarnos a ignorar que lo decisivo es que **se ha aplicado un cupo restringido no previsto por la ley con un sacrificio irrazonable del derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas de algunos aspirantes, entre los que se encuentra el interesado.**

En aplicación de la equidad, difícilmente cabe oponerse a la revisabilidad de un acto que se caracteriza precisamente por ser inicuo.

La seguridad jurídica exige, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 (RJ 2000/9001):

> que se mantengan las situaciones que han creado derechos a favor de sujetos determinados, sujetos 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 vulneran las necesidades derivadas de la aplicación del principio de seguridad jurídica, principio que está indisolublemente ligado al respeto a los derechos de los particulares, expresamente mencionado por el artículo 112 de la LPA como límite al ejercicio de la potestad revisora de la Administración establecida en el artículo 109.

Ello supone la **necesidad de ponderar la posible existencia de terceros de buena fe** porque el artículo 106 LRJPAC pretende también proteger las adquisiciones de derechos efectuadas por quienes confiaron en la apariencia de legalidad del acto.

En general, ante supuestos como el que se analiza no solo quedarían afectados los derechos de las aspirantes seleccionados que confían en la continuidad de los efectos de actos firmes de la Administración, quienes quedarían desapoderados de las plazas, también se producirían trastornos organizativos con daño del interés público, al quedar vacantes las plazas que ocupan y tener que organizarse para los nuevos seleccionados cursos de formación y periodos de prácticas.

Ahora bien, en tanto que son consecuencias consustanciales de la revisión de actos dictados con ocasión de un proceso selectivo, porque los actos que dicta la Administración producen derechos subjetivos, con el nombramiento y el desempeño del puesto de trabajo del aspirante seleccionado, si fuera suficiente con su mera invocación genérica, no sería posible, en ningún caso, declararlos nulos por la vía de la revisión de oficio, lo cual resulta excesivo.

Por ello, deben expresarse y manifestarse los elementos que singularizan o evidencian los efectos desfavorables que puede producir la revisión y que impiden alterar los derechos reconocidos a los candidatos.

En este caso, al tratarse de una acción individual del aspirante que ocupa el puesto nº 47, **se puede concluir que su efecto directo es reducido**. El impacto mitigado del cupo restringido, de otro lado, hace más fácil la restauración de sus efectos.

Es de ver también que **las aspirantes afectadas por el cupo restringido pudieron igualmente tener conocimiento de la Sentencia 335/2010, de 12 de mayo de 2010 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por lo que podían sospechar que su nombramiento como funcionarias en prácticas** (30/4/2010) **podría estar incurso en una causa de nulidad de pleno derecho, lo que atenuaría su legitima confianza, y que, si bien la revisión puede tener efectos negativos en su esfera jurídica, no supone una alteración grave de los presupuestos sobre los que han podido tomar decisiones de futuro, con la esperanza fundada de que se mantendría su nombramiento, pues seguirán siendo funcionarias policiales y podrán presentarse, en su caso, a posteriores convocatorias de acceso a la categoría de Suboficial.**

Por lo que se refiere a la incidencia de tal medida para el interés público, a falta de otros datos que el expediente no traslada, se presume limitada, pudiéndose arbitrar soluciones transitorias para resolver los problemas que provoque la revisión y materializar el derecho de don MMSC con su incorporación al siguiente curso de formación y periodo de prácticas que se realice con esa misma finalidad en la Academia.

En fin, examinadas todas las circunstancias concurrentes, **estima la Comisión que,** apreciada la existencia de una causa de nulidad de pleno derecho, **los límites del artículo 106 LRJPAC no impiden la revisión del acto.**

DCJA 31/2017 pár. 92 a 120

En este caso, aparentemente se identifica un acto distinto como objeto de revisión (la Resolución de 12 de enero de 2010 del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior), pero **el verdadero objeto de revisión lo constituye la base primera de la convocatoria aprobada mediante Resolución de 19 de marzo de 2007 de la Directora de la Academia de Policía del País Vasco**, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso en la categoría de Agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, porque **establece un cupo de reserva a mujeres del total de las plazas convocadas.**

Así se concluye a la vista de los fundamentos de derecho de su escrito de 27 de marzo de 2015, por el que insta la revisión, y escrito de alegaciones de 23 de febrero de 2017, confeccionado en el trámite de audiencia, en el que se relacionan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que han declarado nulas de pleno derecho las reservas de plazas a un determinado sexo en la Ertzaintza.

Nada se ha sostenido, en suma, para defender que el acto identificado ─la Resolución de 12 de enero de 2010 del Viceconsejero de Administración y Servicios del Departamento de Interior─ pudiera estar aquejado de una causa de nulidad de pleno derecho por un motivo distinto.

Como es sabido, no es óbice procesal que quien insta la revisión no haya recurrido en tiempo y forma la convocatoria, y puede accionar contra aquel acto de trámite que, en aplicación de la base que se reputa contraria al derecho de igualdad, le ha privado del acceso a la plaza o, incluso, frente al acto que culmina el proceso selectivo.

Ahora bien, **no es posible impugnar los sucesivos actos que se van dictando a lo largo del procedimiento selectivo cuando lo combatido es la convocatoria, volviendo a insistir sobre los motivos de nulidad de un acto administrativo cuya ilegalidad ya ha sido declarada.**

Precisamente, por los matices específicos de la cosa juzgada en el proceso contencioso-administrativo, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5411), "no cabe fijarse exclusivamente en la existencia formal de un acto distinto, ya que este puede ser producido o provocado al efecto, **sino que debe examinarse el fondo de la decisión administrativa impugnada para ver si pese a que existan dos actos aparentemente distintos en el fondo es la misma decisión la que se somete a enjuiciamiento**".

En este caso, como hemos visto, la Sentencia n° 732/2010 de 26 de octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el procedimiento ordinario 889/2008, ya estima la existencia de una lesión del derecho fundamental de igualdad de don GLOA ocasionada por las bases de la convocatoria para el ingreso en la categoría de agente de la Escala Básica de la Ertzaintza al establecer una reserva del 50 % a favor de las mujeres, y le reconoce el derecho "a proseguir con el procedimiento selectivo, y previa acreditación de los requisitos exigidos, ser, en su caso, nombrado funcionario en prácticas, e incorporarse en el siguiente curso de formación que tenga lugar, tras la firmeza de la Sentencia".

Como se desprende del expediente, dicha incorporación se produjo y, tras superar el curso de formación y periodo de prácticas, fue nombrado funcionario de carrera de la Ertzaintza con la categoría de Agente de la Escala Básica por Resolución de 14 de octubre de 2013 del Viceconsejero de Administración y Servicios.

Es decir, en el fondo la solicitud se orienta al reconocimiento de idéntica pretensión a la que fue ya estimada mediante sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, depurar la infracción del derecho fundamental y restaurar el derecho infringido, pues son idénticos los presupuestos subjetivos y objetivos de tal petición.

La cosa juzgada constituye una exigencia de seguridad jurídica, a fin de poner término a las controversias, cualquiera que fuera la entidad de estas, y de evitar un nuevo planteamiento, con el riesgo de que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.

El efecto de cosa juzgada también recae sobre la forma en la que debe operarse para el restablecimiento del derecho conculcado, una vez que ha sido debidamente resuelto por la sentencia a la vista de la forma en que el interesado lo propuso en su demanda.

Decimos esto porque **no hace viable la petición de revisión de oficio el hecho de que formule ahora una solicitud añadida, que sea nombrado en el año 2010, junto al resto de aspirantes de la 21ª promoción, y no en el año 2013, con los aspirantes de la 23ª promoción, con los que realizó y superó el curso de formación y periodo de prácticas.**

El fallo de la sentencia, no solo declara la nulidad de la base que establecía el cupo en favor de las mujeres, sino que también, como es intrínseco a un pronunciamiento que declara la lesión de un derecho fundamental, toma las determinaciones necesarias para el restablecimiento íntegro del derecho conculcado, con la adopción de las medidas apropiadas para ello.

Dicho de otra forma, el órgano jurisdiccional está habilitado, y así lo ha hecho, para imponer obligaciones positivas a la Administración, diciéndole cómo debe actuar para reparar la lesión y que resulte efectivo el derecho.

Ello sin perjuicio de la potestad para resolver las incidencias que puedan surgir en ejecución de sentencia, ex artículo 103 y ss de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

Pues bien, lo que no cabe es acudir a la revisión de oficio para poner en cuestión y exigir un reexamen bien del fallo, por entender que no ha garantizado la debida reparación de la lesión sufrida, bien de la forma en la que se ha dado debido cumplimiento.

No es viable la revisión para discutir el fallo porque se estaría atentando contra la intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, y no consta que pretendiera que, una vez concluido el curso de formación y periodo de prácticas, fuera nombrado con efectos retroactivos a la fecha en que se produjo el nombramiento de los restantes miembros de su promoción.

Y si existe una discrepancia sobre el alcance del fallo de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n° 732/2010, el interesado debe instar el correspondiente incidente de ejecución ante la sala sentenciadora.

En cualquier caso, si aceptáramos la premisa de que todos los actos del procedimiento son susceptibles de revisión autónoma por la causa que esgrime el interesado, pese a que ya se le ha otorgado el amparo jurisdiccional, se ha de consignar que ha dejado sin combatir ni instar la nulidad de la Resolución de 14 de octubre de 2013, del Viceconsejero de Administración y Servicios, por lo que, de estimarse la revisión, se produciría un doble nombramiento de funcionario de carrera de la categoría de agente de la Escala Básica de la Ertzaintza, lo cual carece de sentido, siendo sólo este nombramiento, debidamente formalizado, acorde con los requisitos exigidos para el acceso, al haber completado y superado en esa fecha el curso de formación y el periodo de prácticas.

En definitiva, **una vez realizado el juicio sobre la procedencia de la acción de nulidad, procede declarar su inadmisibilidad por haber sido interpuesta en el fondo contra un acto sobre el que ha recaído sentencia firme, siendo de aplicación la excepción de cosa juzgada.**

DCJA 112/2017 pár. 56 a 75

Pero, aun en el caso de que pudiera entenderse que existe un interés en el accionante, es de ver que en la revisión de oficio no solo cuenta aquél ni el puro valor de la legalidad del acto impugnado, sino otros elementos a ponderar por la Administración, de ahí que jueguen los límites del artículo 106 LRJPAC.

Desde la tarea que cumple ejercer a esta Comisión, creemos que la propia lógica que preside el sistema de revisión, y al que responden los límites del artículo 106 LRJPAC, **como frontera última del régimen de nulidades de pleno derecho, obliga a tomar en consideración el resultado que pueda seguirse de su ejercicio, y en este caso, siendo ya el interesado funcionario de carrera, resultan prevalentes los derechos de quienes, de ser atendida su demanda, podrían perder esa condición.**

Existen terceros de buena fe (que han sido oídos en este procedimiento) **y la ley pretende también proteger las adquisiciones de derechos efectuadas por quienes confiaron en la apariencia de legalidad del acto**. La revisión de llevarse a cabo podría conllevar efectos muy negativos en su esfera jurídica, pues supondría una alteración grave de los presupuestos sobre los que han podido tomar decisiones de futuro, con la esperanza fundada de que se mantendría su nombramiento.

De igual forma resultaría perjudicial para el interés público que tales personas y el propio interesado dejaran de atender los puestos que en la actualidad ocupan, debiendo incorporarse el interesado a un nuevo curso de formación y periodo de prácticas cuando ya los tiene superados en otra convocatoria.

Tales trastornos organizativos se producirían sin que, hemos de insistir en ello, se vea en qué medida el interés del accionante pueda verse satisfecho con la revisión.

En fin, examinadas todas las circunstancias concurrentes **estima la Comisión, que el interesado carece de legitimación para instar la revisión o, alternativamente, a la vista de los efectos que la revisión tendría sobre su patrimonio jurídico y el de terceros, en los términos expresados, que los límites del artículo 106 LRJPAC impiden la revisión del acto.**

DCJA 165/2017 pár. 91 a 96

La singularidad del asunto se manifiesta en distintos aspectos que luego examinaremos, pero ahora interesa detenernos en un hecho que permite centrar el examen de fondo.

Cuando se formula la acción de nulidad y se elabora la propuesta de resolución aún no se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre el recurso de casación interpuesto por la mercantil Monte Igueldo, S.A contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de mayo de 2015 que, según lo dicho, examinó (y desestimó) el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto (Resolución de 12 de noviembre de 2013) que, en síntesis, declaraba la obligación de proceder a la reversión del servicio con entrega de los bienes afectos al servicio, una vez producida la extinción de la concesión, el 19 de enero de 2014.

En el fundamento cuarto de esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, entre otras cuestiones, salió al paso de la pretensión de que en dicho proceso a la declaración de nulidad del acto recurrido se añadiera la de la concesión.

A este respecto, el tribunal señaló lo siguiente:

> En los motivos tercero, cuarto y quinto, previa exposición en el segundo de la normativa que distingue entre ferrocarriles públicos y privados, **sostiene la defensa actora la ilegalidad de la reversión** fundada, en esencia, en que, conforme lo solicitado por la mercantil Monte Igueldo, S.A., **el ferrocarril** del Monte-Igueldo estaba destinado a la explotación de una industria o al uso particular de unos bienes de dominio privado, que **precisaba de una autorización regulada en los artículos 62** y siguientes de la **Ley de ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877**, sometida tan solo al cumplimiento de los Reglamentos de seguridad y salubridad Públicas en el transporte ferroviario y concedida a perpetuidad, **con la consecuente nulidad de pleno derecho del título concesional, otorgado además prescindiendo absolutamente del procedimiento legalmente establecido para este tipo de ferrocarriles.**
>
> Sin embargo, la Sociedad Monte Igueldo no impugnó en tiempo y forma la Real Orden de 27 de diciembre de

1912 del Ministerio de Fomento que, como resulta de sus cláusulas, antes transcritas, califica el funicular como "ferrocarril funicular de servicio particular y uso público, para viajeros" —esto es, no bien demanial, sino privado pero afecto a un servicio público— otorga concesión por noventa y nueve años y prevé a su expiración la entrega del ferrocarril al Gobierno, que reemplazará a la empresa concesionaria en todos los derechos de propiedad de terrenos y obras designadas en los términos previstos en el Reglamento aprobado el 24 de mayo de 1878.

Se impone así el rechazo de todos y cada uno de los alegatos, y por ende, de la pretensión incluida en el apartado a) del suplico de la demanda atinente al derecho a que la explotación del ferrocarril funicular de Ondarreta al Monte Igueldo lo sea a perpetuidad, en tanto se sustentan en premisas que ignoran abiertamente el título concesional, que por firme y consentido, ha de ser tenido por válido y eficaz; y que, en todo caso ni es objeto del presente recurso, ni susceptible ahora de revisión jurisdiccional, siquiera por concurrir vicio de nulidad de pleno derecho, que puede ser alegado en cualquier momento, pero no por el cauce impugnatorio contencioso-administrativo, donde rigen los plazos preclusivos legalmente dispuestos, sino en sede administrativa por vía de ejercicio de la acción de nulidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que faculta a las Administraciones Públicas, para, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, declarar de oficio la nulidad de actos en los supuestos descritos en el artículo 62.1 del mismo texto legal que no hayan sido recurridos en plazo, previo dictamen del Consejo de Estado, y con los límites previstos en el artículo 106 de la repetida Ley, que impide el ejercicio de las facultades de revisión cuando, entre otras razones, por el tiempo transcurrido su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes.

Sin dejar de reparar en que la lectura del fundamento evidencia una sustancial identidad entre los argumentos utilizados en el proceso y los incluidos en la acción de nulidad que examinamos, lo cierto es que esa apertura que la sentencia realiza a la revisión de oficio es alegada por la mercantil como base de su petición revisora.

Por ello, antes de iniciar nuestro examen del fondo, conviene realizar una precisión aclaratoria.

Aunque tendremos ocasión de volver a los razonamientos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ha de destacarse que, **cuando se cita la vía de la acción de nulidad para combatir el acto de la concesión, se hace junto a la mención expresa de los límites que circundan el ejercicio de la potestad revisora** (artículo 106, Ley 30/1992, de 26 de noviembre; hoy, artículo 110 LPAC).

Y es que, como apunta también la propuesta de resolución, planteada la acción de nulidad en los términos descritos, el cauce que de forma primaria y natural se impone para su estudio es el atinente a los límites de la potestad revisora.

Sin que ello, no obstante, signifique de ningún modo que tal decisión se adopte por considerar que concurren en el acto los motivos de nulidad denunciados, sino simplemente indica que la pretensión de nulidad por sus características ha de resolverse primariamente acudiendo a los límites legales de la potestad revisora.

D) El artículo 110 LPAC:

En efecto, el supuesto planteado se sitúa, a juicio de la Comisión, en el núcleo mismo del antiguo artículo 112 de la Ley de procedimiento administrativo de 1958; luego, artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; y, hoy, artículo 110 de la LPAC.

Según hemos avanzado, una de las manifestaciones del carácter extraordinario de la potestad de revisión de oficio son los límites que a su ejercicio impone la ley que reconoce la potestad y que, con continuidad desde el año 1958, prohíbe su uso cuando por prescripción de las acciones, por el tiempo transcurrido u otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, al derecho de los particulares o a las leyes; habiéndose añadido el límite de la buena fe en la reforma de 1992 como una precisión, en tanto se trata de un principio complementario y estrechamente ligado a la equidad que, por un lado, vendría a compartir con esta el objetivo de atenuar la rigidez en la aplicación de las normas pero, por otro, diferirían al proyectarse cada una en planos distintos: la equidad atañería a la vertiente objetiva de la norma mientras que la buena fe lo haría a las circunstancias referidas al sujeto.

Así, la Comisión, por lo que se refiere a ambos criterios, ha sostenido (entre otros Dictamen 96/2017) "que la nulidad de pleno derecho ofrece un terreno especialmente fértil para la equidad, entendida como la justicia del caso concreto, una válvula de escape cuando la ley es muy rígida y su aplicación mecánica y ciega está reñida con lo que parece razonable. Por su

parte, la introducción del principio de la buena fe obliga a considerar la conducta subjetiva, en particular, da entrada al principio de protección de la confianza legítima".

El campo natural para la aplicación de los límites al ejercicio de la potestad revisora es el de acción de nulidad ejercida de oficio por la Administración contra un acto favorable a un tercero que se pretende dejar sin efecto. Vendrían aquellos a preservar la situación del destinatario del acto nulo que, excepcionalmente, sería mantenido si concurriesen razones muy cualificadas de seguridad jurídica —elemento esencial de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos— y equidad.

Claro está que **nada obsta para que haya supuestos** —el que analizamos sería en este sentido paradigmático— **en que tales límites hayan de ser aplicados para proteger el interés público.**

En el ámbito de la aplicación del artículo 110 LPAC no es difícil comprender que declarar en el año 2017 la nulidad de la Real Orden de 27 de diciembre de 1912 (al margen de cuáles sean los motivos esgrimidos) **choca frontalmente con el primer limite objetivo: el tiempo transcurrido.**

Debemos en este punto salir al paso de **la interpretación que defiende la mercantil actora, según la cual, dicho límite solo podría aplicarse si se han creado derechos a favor de particulares, puesto que ningún precepto legal se opone a su uso cuando el transcurrir del tiempo haya generado derechos a favor de la Administración, como es el caso analizado (extinguida la concesión procede la reversión de los bienes afectos al servicio), en el que es innegable que el interés público está objetivamente comprometido.**

Para declarar un acto administrativo nulo 104 años después de su dictado deben existir razones de peso que desde luego no concurren en este caso.

En realidad, el supuesto pertenece a los que delimita el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de julio de 2008:

> 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.

No hay una sola circunstancia acreditada que explique por qué el acto no fue recurrido tras su dictado o, al menos, a lo largo del extenso periodo en que desplegó sus efectos, cuando, además, desde el mismo momento en que se otorga la concesión, las condiciones a las que esta queda sujeta (plazo, tarifas, reversión…) son claras, conocidas y expresamente aceptadas por la mercantil actora.

Es difícil imaginar qué acción puede permanecer sin prescribir más de cien años.

Pues, así, apuntarse que el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de octubre de 2017, no ve la necesidad de trasladar a sus fundamentos la posibilidad de la acción de nulidad contra la Real Orden de 27 de diciembre de 1912 a la que se había referido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. El Tribunal Supremo considera suficiente recordar que la mercantil "… no cuestionó en su momento la Real Orden de 27 de diciembre de 1912 del Ministerio de Fomento".

También sobre la inexorabilidad del límite temporal, que juega en contra de la nulidad pedida, resulta muy ilustrativo el estudio del caso que la propia mercantil trae como término idóneo de comparación para afianzar su pretensión: el caso del funicular de Tibidabo.

De acuerdo con la documentación aportada, la explotación inicial de dicho funicular se articuló mediante una autorización (Real Orden de 25 de octubre de 1901). Con posterioridad, la Administración cambio de criterio y dictó la Real Orden de 30 de mayo de 1906, por la que se otorgaba la concesión del ferrocarril sujeta a determinadas condiciones.

Esta real orden fue recurrida por la sociedad que explotaba el ferrocarril del Tibidabo ante el Tribunal Supremo, que en Sentencia de 28 de octubre de 1908, por razones de procedimiento y de fondo, declaró nula y sin efectos dicha real orden y vigente la Real Orden de 25 de octubre de 1901.

Es, por tanto, meridiano que en este caso se procedió a recurrir el acto que la explotadora consideraba no ajustado a derecho, no esperó más de cien años, más precisamente, no esperó a que la concesión otorgada en 1906 se extinguiera por el transcurso del tiempo para instar entonces su nulidad.

Esta cuestión nos conduce al examen de los actos y la conducta jurídica de la mercantil actora y, por tanto, al terreno de los límites que trazan la equidad y la buena fe que, desde otra perspectiva, nos devuelven al mismo lugar: no se puede declarar la nulidad.

En efecto, **resultaría contrario a la equidad que debe presidir la aplicación de las normas declarar la nulidad de una concesión que se ha explotado durante el tiempo máximo (99 años) para, según la propia pretensión de la actora, sortear la reversión de los bienes y obtener la explotación del funicular a perpetuidad** (situación que, salvo algunos supuestos excepcionales —como las concesiones para desecación de marismas de la Ley de puertos de 1880 (artículo 55)—, no está contemplada en el ordenamiento).

Es cierto que **el ejercicio de los derechos y su defensa no pueden ser considerados como actos contrarios al principio de buena fe pero, en este caso, activar el procedimiento de revisión tras haber explotado la concesión durante 99 años y una vez declarada su extinción por el transcurso del tiempo, plantea obstáculos muy serios** en la perspectiva de dicho principio.

Conforme a lo señalado, el principio de buena fe —ínsito en el de la confianza legítima— llama a tomar en consideración la conducta de los administrados y en el análisis del caso suscita cierta perplejidad que quien no cuestionó el título en virtud del que ha explotado el funicular durante 99 años (más una prórroga de dos años), justo cuando llega el momento de la reversión descubra que el título concesional escondía tres causas de nulidad de pleno derecho.

Sería incompatible con la buena fe declarar la nulidad de la concesión una vez disfrutada íntegramente y para evitar las consecuencias perfectamente detalladas en el pliego de condiciones particulares, expresamente aceptadas.

En suma, la Comisión considera que los límites de la revisión (paso del tiempo, equidad y buena fe) impiden declarar la nulidad pedida.

Con todo, para agotar el examen de las cuestiones suscitadas examinaremos sucintamente las causas de nulidad alegadas.

DCJA 226/2017 pár. 61 a 92

Capítulo 9. RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

I. Al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente

En el presente supuesto, **el recurrente, tras tener acceso a los méritos** aportados por don DGA, **constató la ausencia de documentación acreditativa de evaluación positiva o informe favorable de la Agencia de Evaluación de la Calidad del Sistema Universitario Vasco, de la Agencia Nacional de la Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo similar reconocido por la normativa vasca, para las figuras docentes de profesorado pleno, profesorado agregado, profesorado contratado doctor, profesorado adjunto o profesorado ayudante doctor**.

Por ello, entiende que en el dictado de la resolución recurrida se ha producido un error de hecho. Fundamentalmente estima que la causa del acto da lugar a un acto incongruente con la realidad, siendo un error grave y sustancial que rompe la lógica relación con los hechos y los efectos jurídicos creados por ellos.

Por su parte, la propuesta de resolución expone que:

> Consultado el expediente y la instancia de méritos presentada por el candidato don DGA, no consta que el mismo haya alegado y/o acreditado evaluación positiva o informe favorable de la Agencia de Evaluación de la Calidad del Sistema Universitario Vasco, de la Agencia Nacional de la Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo similar reconocido por la normativa vasca, Por ello, la Comisión evaluadora no debía haber incrementado su puntuación en un 20 %, tal y como consta que hizo en la acta de valoración de méritos de los concursantes.
>
> Así, el recurrente obtuvo una puntuación final de 57,85 puntos frente a los 61,54 obtenidos por el sr. RCM. Sin embargo, de no haberse incrementado erróneamente el 20 % de la puntuación del sr. DGA hubiera sido de 51,28 puntos.
>
> De no haberse producido el error mencionado, el recurrente habría obtenido mejor derecho en la propuesta de provisión de las plazas en cuanto y le hubiera ofertado el contrato de profesor asociado que actualmente ocupa el sr. DGA.

Cabe destacar que, dentro del periodo de alegaciones, don DGA combate el recurso presentado alegando la ausencia de error al entender ajustada a derecho la resolución recurrida. Además, alega la improcedencia de la vía elegida ya que lo que se está atacando realmente es un error de derecho, esto es, una supuesta, indebida o errónea interpretación del baremo general de méritos aplicable a la selección de profesores y profesoras asociados.

En todo caso, independientemente de la adecuación jurídica de su tesis, llama la atención que no realice esfuerzo ni intención alguna para aportar la documentación que debería constar en el expediente y que podría haber sido determinante para dilucidar la cuestión.

Centrado así el objeto de debate, la cuestión radica en valorar si es posible apreciar en la resolución administrativa una disonancia con la realidad fáctica existente y que fue presupuesto del acto administrativo recurrido. Y si la misma tiene entidad suficiente para ser considerada un error de hecho o, por el contrario, estamos ante cuestiones que se incardinan en el error de derecho, por lo que debieron ser objeto de planteamiento en la vía ordinaria y la utilización de esta vía supondría un atentado contra la seguridad jurídica.

Tal y como hemos manifestado anteriormente, es clara y reiterada la opinión jurisprudencial que considera que el art. 125 LPAC permite al interesado instar la revisión de actos administrativos firmes cuando concurran determinadas circunstancias, entre las que se halla que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho. Ahora bien, también es evidente "que no cabe usar el recurso extraordinario de revisión para remediar un error de hecho que debió ser conocido por el interesado y que, por tanto, pudo ser combatido en su momento mediante los recursos ordinarios. Ello equivaldría a premiar la falta de diligencia del interesado, a costa de la protección debida a la seguridad jurídica, que es el valor inherente a toda situación que ha ganado firmeza" (STS de 25 mayo 2010. RJ 2010\5222).

En este sentido, **a pesar de que el recurrente debió conocer a través de la publicación de las propuestas de valoración que se le había otorgado dicha puntuación al otro candidato, no tenía necesariamente que cono-**

cer que carecía de dicho mérito. Generalmente, en un proceso selectivo se conoce la valoración otorgada a todos los candidatos, pero no se accede al contenido concreto del expediente de cada aspirante. Por ello, podemos dar por verosímil que no fue hasta un momento posterior cuando, en circunstancias que desconocemos, pudo acceder al expediente y constatar la realidad que reclama.

En todo caso, en cuanto a las características del error de hecho, tal y como anteriormente hemos manifestado, deberá basarse en un suceso, cosa o dato, que configura una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación jurídica, quedando por tanto excluido de su ámbito todo aquello que se refiere a cuestiones de valoración o interpretación jurídicas o de disposiciones normativas.

Y por otra parte, el mismo debe resultar de los documentos incorporados al propio expediente, por lo que no puede apreciarse la concurrencia de este motivo cuando para su análisis haya que acudir a documentos de fecha posterior a la resolución impugnada, como podrían ser sentencias posteriores —más aún en este asunto que en el caso de concurrir dicha causa estaríamos en un supuesto extemporáneo—.

Y por expediente, tal y como ha manifestado la jurisprudencia, debe entenderse la totalidad de los documentos que se integran en el procedimiento, comprendiendo también los correspondientes a los posibles recursos ordinarios que se interpusieron contra el acto administrativo, así como los documentos que deberían formar parte del mismo necesariamente, aunque físicamente no lo sean, como pueden ser datos contenidos en registros administrativos y que han sido ignorados en el expediente.

Al objeto de apreciar si concurren las características mencionadas en el supuesto objeto de nuestro análisis, conviene fijarse en la interpretación que a diferentes tipos de errores ha dado la jurisprudencia en materia de oposiciones y concursos. Al respecto, cabe señalar que la casuística es amplia y compleja derivada sobre todo de las múltiples vicisitudes que se pueden dar en estos procesos. Por ello, en todo caso será necesario acudir al caso particular para poder colegir si, atendidas las circunstancias concretas, es posible apreciar la existencia de un error de hecho y por ello acudir a la técnica del recurso extraordinario de revisión o, si por el contrario, nos encontramos ante un error de derecho viéndonos obligados a acudir, en su caso, a la opción de la revisión de oficio.

Así, podemos destacar, como supuesto en el que no se ha admitido como error de hecho, el error cometido por una comisión de valoración que, tras la publicación de la valoración provisional, consideró que la puntuación que había otorgado inicialmente a unos libros presentados adolecía de un error ya que carecían de valor científico.

En ese caso el tribunal consideró que: "Es evidente que nos encontramos ante una valoración provisional que supone un acto favorable para el interesado, y que supone un acto favorable para el interesado, y que en consecuencia debió declararse en su caso lesivo, por la vía del artículo 103 de la ley 30/1992, y no podía revocarse dada esta naturaleza, por la vía del apartado 1 del artículo 105 de dicha ley. Y desde luego el cambio en la valoración no supone nunca un error material, de hecho o aritmético, fácilmente deducible del propio contenido del procedimiento, sino un error de valoración, jurídico, que además supuso la indefensión del recurrente que no pudo formular alegaciones en fase de reclamaciones, por lo que se vulneró el artículo 105 citado y las propias bases de la convocatoria" (STS de 20 de octubre de 2014, Rec. 3049/2013).

Por el contrario, ha sido admitido como error de hecho y avalado la utilización de la técnica del recurso extraordinario de revisión en un supuesto en el que "la recurrente no reunía los requisitos legalmente exigidos para acceder al puesto de trabajo que pretendía ya que no pertenecía al grupo C. Por otra parte dicha circunstancia constaba acreditada en el expediente administrativo por lo que puede afirmarse de forma indubitada que existió un error de hecho en la valoración de las circunstancias de la recurrente y que ese error fue determinante de la adjudicación de la plaza. Por otra parte, el ordenamiento jurídico establece mecanismos que impiden la consolidación de situaciones contrarias a derecho, si bien que una vez que esos actos han ganado firmeza, como ocurre en este caso, los procedimientos de anulación o revisión de los actos son más restrictivos pues deben compatibilizarse con el principio de seguridad jurídica. Entre estos tipos de procedimiento se encuentran tanto la declaración de lesividad a que alude la recurrente como el recurso extraordinario de revisión empleado en este caso. Ambas técnicas son de uso alternativo por lo que nada puede oponerse al camino seguido por la Administración ya que concurrían en el presente caso los presupuestos exigidos por el art. 118.1 de la Ley 30/1992 , habiendo sido dictado el acto impugnado por órgano competente ya que actuaba por delegación del Ministro" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2005, Rec 390/2002).

También se ha considerado la existencia de error de hecho, deducido de los documentos incorporados al expediente, en un supuesto en el que "consta como suficientemente justificada la efectiva comisión de error de hecho en la puntuación asignada a la recurrente por la Comisión de Valoración en lo que atañe al concepto de «trabajo desarrollado», pues debiendo

ser de 6,64 puntos la puntuación correspondiente a tales méritos ─como ocurrió con el resto de los puestos de trabajo solicitados por aquella misma funcionaria─, a razón de 2,5 puntos por año trabajado en el área de aduanas, la puntuación correcta, siempre que dicho concepto de «trabajo desarrollado», debió ser la de 6,64 y no los 5,90 puntos que le fueron otorgados, al parecer por mero error aritmético" (Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de abril de 1998, RCJA 1998/1410).

Así las cosas, en el presente caso **es evidente que don DGA carecía del mérito que le fue valorado. Por ello, es incuestionable que don DGA no debió recibir dicha puntación adicional y que ello es deducible del propio expediente al no figurar en el mismo documento acreditativo de dicho merito, ni constar que lo hubiera alegado en su solicitud. Además, para la constatación de su ausencia no es preciso realizar interpretación ni juicio de valoración alguno, únicamente es necesario la simple observación de los méritos aportados.**

Entendemos que **para que pudiera hablarse de error de derecho sería necesario que existiera algún documento que pudiera ser susceptible de ser calificado como tal, aunque no lo fuera, ya que en ese supuesto sí sería necesario realizar una interpretación sobre su naturaleza o contenido**. Incluso en fase de alegaciones don DGA tampoco menciona que lo tenga acreditado, ni alega o aporta documento alguno que pudiera ser objeto de valoración, lo que coadyuva demostrar su inexistencia.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del hecho analizado, a juicio de esta Comisión existió un error de hecho en la valoración de los méritos de don DGA ya que se le incrementó su puntuación en un 20 por ciento por la posesión de un mérito que ni constaba en el expediente, ni había sido alegado en su solicitud de participación en el proceso selectivo.

DCJA 146/2017 pár. 34 a 52

Capítulo 10. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Criterios generales

Por otro lado, siguiendo lo que hemos manifestado en otros dictámenes precedentes —entre otros, dictámenes nº 55/2006 y 27/2015—, resulta oportuno mencionar que en el esquema diseñado por la normativa de contratación la secuencia es, en primer lugar, la resolución contractual (artículo 224 TRLCSP) y, en segundo lugar, la liquidación de los efectos derivados de la resolución (artículo 225 TRLCSP), que serán distintos, en el presente caso, en función de si se le puede atribuir o no a la contratista el incumplimiento que se le imputa.

Mientras que en la resolución contractual se trata de analizar si concurre una causa que habilite la decisión de resolver el contrato administrativo (y, en su caso, los efectos de la misma en función de quién haya incumplido), el procedimiento de liquidación se dirige a establecer la cantidad concreta que debe ser abonada por una de las partes en función de lo que se haya establecido en el acuerdo anterior.

Siendo esto así, en un procedimiento **puede dilucidarse si procede la resolución instada de oficio por la Administración, y en otro procedimiento y resolución aparte, de forma simultánea o sucesiva, determinarse los efectos de la resolución**, **aunque en todo caso, el acuerdo de resolución debe contener un pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía** que hubiere sido constituida, por así disponerlo el artículo 225.4 TRLCSP.

Esa disociación de procedimientos, cuya autonomía y sustantividad propia ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —Sentencias de 9 de enero y 26 de marzo de 2012 (RJ 2012/ 9 y 5527)—, pues el procedimiento de liquidación y las alegaciones procedentes son diferentes de los correspondientes a la resolución del contrato, permitiría una diferente tramitación y que se adopte en cada uno de ellos una decisión específica, susceptible, en su caso, de recurso.

La Comisión entiende que el procedimiento de resolución del contrato no es el adecuado para ventilar, en otros supuestos, **la procedencia o no de los abonos reclamados por la empresa contratista o para determinar, en este, los daños y perjuicios con los que aquella debe indemnizar a la Administración**, que deben dilucidarse en la fase de liquidación del contrato.

DCJA 46/2017 pár. 27 a 31

II. Extinción del contrato

A) Causas de resolución

Demora en el cumplimiento de los plazos

La extinción anticipada del contrato por medio de su resolución constituye, en palabras del Consejo de Estado, "(…) un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto".

En el presente supuesto, la causa de resolución invocada por el ayuntamiento es la recogida en el artículo 223.d) del TRLCSP: la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.

El elemento esencial que define la figura del contrato menor es su importe. En el caso de los contratos de suministros y servicios o, como es el caso, en un contrato mixto que incluye tanto suministros como servicios, el importe que los define es el de un máximo de 18.000 euros, IVA excluido.

La razón por la cual se da un reconocimiento a esta figura es su limitada materialidad económica en proporción al volumen de gasto de la Administración, y su función también resulta evidente: proporcionar una mayor agilidad en su gestión, limitando hasta casi su eliminación el elaborado procedimiento de selección del contratista que debe seguirse con carácter general en la contratación administrativa.

La diferencia entre el procedimiento previsto para la adjudicación de los contratos menores y aquéllos que no lo son —salvados los supuesto de urgencia o los previstos en la disposición adicional novena del TRLCSP— son evidentes y significativas hasta la práctica eliminación de todos sus trámites en el caso de los contratos menores. En éstos, el expediente de contratación se limita, salvo para el caso de ciertos contratos de obra, a la aprobación del gasto y la factura. No es preciso, por tanto, motivar la necesidad del contrato, aprobar pliegos contractuales, ni publicar la licitación o promover de otra forma la concurrencia. Tampoco resulta exigible una garantía al contratista, a tenor de lo señalado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 12/2002, de 13 de junio, y tampoco es preceptiva la intervención previa de estos contratos en el ámbito local (artículo 219 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo). Finalmente, tampoco es preciso formalizar el contrato, cuando la regla general es que los contratos de la Administración se perfeccionen con su formalización (artículo 27 LCSP).

Lo anterior supone que **en los contratos menores se admite la contratación verbal y que, por tanto, es posible que no queden plasmadas en ningún documento las condiciones de estos contratos, incluidos el precio y el plazo**. Ahora bien, esa realidad no impide, si la Administración lo considera pertinente o necesario, que en la gestión de estos contratos se sumen otros trámites o documentos, pero se ha de insistir en que la validez del contrato no requiere de ningún otro requisito formal diferente a los previstos en el artículo 111 del TRLCSP.

En el presente caso, el expediente de contratación incluye la oferta presentada por TSLL, el documento contable correspondiente a la retención del crédito y el decreto de Alcaldía por el cual se aprueba el presupuesto y se autoriza y dispone el gasto correspondiente al contrato. No obstante, en ninguno de estos documentos se establece el plazo de ejecución del contrato.

El plazo que se toma como referencia a efectos del alegado incumplimiento es el de un año, establecido por el artículo 23.3 del TRLCSP como límite máximo para los contratos menores; plazo que se ve reforzado en la ley con la prohibición de una posible prórroga. Este planteamiento supone considerar que el citado plazo se aplica de forma subsidiaria a los contratos menores en los que no se haya fijado expresamente un plazo menor; tesis que, a juicio de esta Comisión, requiere un análisis crítico.

En principio, el plazo establecido en el artículo 23.3 constituye un límite que la Administración debe respetar a la hora de calificar un contrato como menor y poder aplicar así, en su tramitación y adjudicación, el régimen jurídico específico de estos contratos.

Teniendo en cuenta las características de los contratos menores anteriormente enunciados, **no puede considerarse como algo excepcional que en estos contratos no se encuentre determinado, al menos de forma expresa y por escrito, su plazo de ejecución. Sin embargo**, tampoco resulta osado afirmar que **en la mayoría de los supuestos constituyen obras, suministros o servicios de reducida entidad y de ejecución inmediata, en los que el plazo de ejecución de un año resultaría excesivo y carente de sentido** desde el punto de vista de las necesidades de la Administración.

La Comisión estima, no obstante, que, en principio, corresponde a la Administración fijar en supuestos como el que nos ocupa el plazo para el cumplimiento del contrato, atendiendo tanto al interés público perseguido como a la naturaleza de la prestación. Esta facultad podría entenderse incluida dentro de las prerrogativas de la Administración previstas en el artículo 211 del TRLCSP y, más concretamente, dentro de la facultad de interpretar el contrato y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Debe entenderse también que, como en el resto de prerrogativas, la fijación del plazo por parte de la Administración se producirá sin perjuicio de lo que los tribunales puedan decidir al respecto en un momento posterior si la resolución adoptada en relación al plazo es recurrida.

El fundamento de esta posición de privilegio es la defensa de los intereses superiores que la Administración debe perseguir en toda su actuación, es decir, el ordenamiento jurídico pretende priorizar también en este ámbito la defensa del interés público que persigue la Administración sobre los intereses particulares que, legítimamente, persiguen las empresas que contratan con aquella. En términos del Tribunal Supremo, la primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (Sentencia de 22 de febrero de 1982, Ar. 1619).

En el marco de esta prerrogativa, la Administración debe tener en cuenta el plazo máximo establecido por la LCSP para los contratos menores, pero podría también establecer un plazo menor si así lo exigen la naturaleza de la prestación o las necesidades de la Administración.

Ahora bien, **que la Administración ostente la prerrogativa de clarificar el plazo de ejecución del contrato no puede suponer que tenga la posibilidad de establecerlo abruptamente en el marco de un procedimiento iniciado con la finalidad de resolver un contrato**, dado que en el ejercicio de las prerrogativas —no sólo en el caso de resolución unilateral— la Administración debe sujetarse también a las normas de procedimiento previstas en el artículo 211 TRLCSP y reglamentarias de desarrollo; normas que requieren en todo caso, al menos, de previa audiencia al contratista.

La fijación del plazo en ejercicio de esta prerrogativa tampoco puede llevar a la Administración a establecer un plazo ya cumplido, puesto que con ello, más que el incumplimiento del contratista, se estaría reconociendo una actuación administrativa irregular y, en última instancia, corresponde a la Administración salvaguardar el interés público que se persigue mediante el contrato. No cumpliría con ese objetivo si no fijara un plazo de ejecución del contrato que pudiera ser cumplido.

En el presente caso, la solución debería haber pasado por establecer, haciendo uso de sus prerrogativas, un plazo cierto y viable de ejecución, requiriendo al contratista su cumplimiento para, en caso de su incumplimiento, acudir, entonces sí, a las vías de reacción previstas en la ley: imposición de penalidades o resolución contractual.

Lo que resulta cuestionable es, insistimos, determinar un plazo de ejecución ya cumplido en el marco de un procedimiento de resolución contractual, pues con ello se elimina totalmente la posibilidad de su cumplimiento.

En segundo lugar, la Comisión también quiere recordar que, a pesar de que el TRLCSP parece configurar la resolución por demora del contratista como una facultad discrecional por parte de la Administración, lo cierto es que doctrina y jurisprudencia coinciden en la necesidad de tener en cuenta las circunstancias que concurren en cada supuesto.

También es preciso recordar que de acuerdo con el artículo 4.3 del Código Civil, los contratos no obligan a lo meramente pactado sino también a todo aquello que se deriva de la buena fe y de la naturaleza del contrato. El Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia núm. 19/2005, de 19 enero (RJ 2005, 518), dice al respecto que:

> [...] la buena fe, como principio general del derecho, ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objetivamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código Civil, que consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora; y ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos (Sentencias de 3 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 8906] y 9 de octubre de 1993 [RJ 1993, 8174] , citadas en la de 8 de junio de 1994 [RJ 1994, 4905]), (sentencia de 26 de octubre de 1995 [RJ 1995, 8349]). En parecidos términos las Sentencias de 25 de julio de 2000, 30 de junio de 2000, 12 de marzo de 1998, 22 de marzo de 1994 (RJ 1994, 2564), 9 de octubre de 1993 (RJ 1993, 8174) y 23 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9476).

En el presente caso, **el ayuntamiento afirma que la centralita, cuyo suministro e instalación había sido contratado en marzo de 2015, no había sido puesta en funcionamiento cuando emite su informe el responsable del Departamento de informática en enero de 2016, y tampoco cuando se inicia el primer procedimiento de resolución en abril de 2016**. **Sin embargo**, la documentación incluida en el expediente también permite afirmar que **por parte del ayuntamiento no se ha realizado el más mínimo esfuerzo** —o al menos no se ha dejado constancia en el expediente— **en determinar si** lo señalado por TSLL en sus alegaciones era cierto, y **el equipo se encontraba en funcionamiento y listo para grabar las llamadas de la telefonía fija, a falta únicamente de dar al botón de encendido**.

Frente a la alegación de la empresa, según la cual la centralita y teléfonos que a día de hoy son utilizados por los miembros de la Policía municipal son propiedad de TSLL, así como parte de la instalación presupuestada y llevada a cabo, el ayuntamiento se limita a insistir en el incumplimiento del plazo de ejecución.

Tampoco se ha tenido en cuenta ni se ha dado respuesta a la solución ofrecida por el contratista para la grabación de la telefonía móvil, realizada en noviembre de 2015. Aunque esta Comisión comparta con el responsable de la informática del ayuntamiento que debe ser la propia empresa especializada la que debe de estudiar el entorno

físico y tecnológico en el que debe instalar la centralita, previendo los problemas técnicos existentes y ofreciendo solución a los mismos, el ayuntamiento debe también respetar la buena fe contractual ofreciendo comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines perseguidos con la contratación.

El informe del responsable del Departamento de informática de 4 de enero de 2016, esto es, antes incluso del plazo del año que se ha considerado a los efectos de la resolución, ya plantea dudas en relación con la solución técnica adoptada al contratar el suministro de la centralita con TSLL. En este informe se ponen en cuestión los motivos y la oportunidad de la contratación y se expone una solución alternativa que se considera más idónea, mostrando una nula voluntad de finalizar y poner en funcionamiento la centralita suministrada a la Policía municipal.

El contratista, por su parte, **ha acreditado, al margen de la innegable existencia de algunos problemas técnicos, su voluntad de finalizar los trabajos en los términos contratados**, y así lo corroboran los correos electrónicos remitidos, sin haber obtenido respuesta, en noviembre de 2015.

Esta Comisión no puede, ni pretende, determinar la mejor solución para solventar las cuestiones que se intentaban resolver mediante el contrato en cuestión, pero no puede ser ajena a la existencia de un contrato, con un objeto definido y aprobado por el ayuntamiento, como lo muestra el presupuesto aceptado mediante Decreto de Alcaldía 0287/2015, de 11 de marzo, que debe ser respetado por ambas partes, a salvo de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

Cuestión diferente es que, tras la contratación, el ayuntamiento haya llegado, como se desprende de los informes del responsable del Departamento de informática, **a una conclusión diferente con respecto a la idoneidad y oportunidad de la solución propuesta por la empresa** TSLL **pero, para afrontar ese problema, la ley ofrece soluciones diferentes a la planteada, como la resolución del contrato por mutuo acuerdo o el desistimiento de la Administración**.

DCJA 45/2017 pár. 34 a 59

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

La extinción anticipada del contrato por medio de su resolución constituye, en palabras del Consejo de Estado, "(…) un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto".

En cuanto a **la caducidad del contrato administrativo de concesión —figura que ha de diferenciarse de otras formas de caducidad y de la concesión contemplada por la legislación patrimonial—, responde a la fórmula por la cual la Administración decide rescindir el contrato que le une con el concesionario en respuesta a un incumplimiento cualificado del propio concesionario**, poniendo, asimismo, en marcha el procedimiento que el propio RSCP une a esa declaración de caducidad para garantizar la continuidad del servicio.

El motivo esgrimido por el ayuntamiento para la resolución es la infracción gravísima de las obligaciones esenciales prevista en el artículo 136.1.b) del RSCL, **concretando la infracción en el impago del canon de explotación** correspondiente a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, **además de diversas liquidaciones giradas por el ayuntamiento por las tasas devengadas por el suministro de agua y la recogida y tratamiento de basuras.**

Al analizar el procedimiento hemos confirmado la vigencia del título III del RSCL en cuanto su contenido no se oponga a lo establecido en la LCSP y en el Reglamento. No obstante, al subsumirse la caducidad dentro de los supuestos de resolución contractual, es preciso contrastar lo establecido en el RSCL con lo establecido al respecto por la LCSP, concretamente en aquello que se refiere a las obligaciones esenciales que pueden justificar la resolución de un contrato.

En cuanto a las causas de resolución del contrato de gestión de servicios, el artículo 262 de la LCSP remite en primer lugar al artículo 206 de la misma ley, el cual contempla en su apartado f) el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales contraídas en el contrato, supuesto que puede considerarse equivalente al del 136.1.b) del RSCL, pero añade, frente a este último y frente a la anterior formulación incluida en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), que tales obligaciones

—esenciales y, por tanto, cuyo incumplimiento supone la resolución del contrato— deben estar así calificadas en los pliegos o en el contrato.

En general, tal y como señalamos en nuestro Dictamen 195/2014, esta redacción de la LCSP trató 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.

La actual previsión de la ley, incorporada también al texto refundido actualmente vigente, constituye por tanto un avance en la concreción de los supuestos en los que la Administración puede ejercer una de sus más genuinas y potentes prerrogativas, y **pone el acento en la necesidad de elaborar con celo los pliegos contractuales para que estos den oportuna respuesta a los problemas que pueden surgir durante la ejecución del contrato, huyendo de la utilización de pliegos y contratos genéricos.**

Ahora bien, también es preciso advertir, como hicimos entonces, que **esa redacción no ha conseguido introducir la certeza absoluta en cuanto a qué incumplimientos contractuales permiten o fuerzan a la Administración a resolver un contrato.**

En principio, la resolución como consecuencia de la contravención de una obligación esencial va a reclamar su consideración formal como tal en las reglas del contrato. Así lo afirmó también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 63/11, de 17 julio de 2012, en el que señalaba 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 no califique 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 General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquéllas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución"—.

No cabe duda, por tanto, 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.

Ahora bien, partiendo de esa regla general, señalamos en el ya aludido dictamen que tampoco cabe descartar la posibilidad, siempre excepcional, de que en el marco de un contrato administrativo se produzcan incumplimientos que, aun no habiendo sido expresamente previstos o calificados como esenciales en el pliego o en el contrato, permitan o, incluso, fuercen a la Administración a resolver un contrato administrativo. Esta posibilidad debe admitirse con naturalidad cuando el contratista infringe obligaciones legalmente establecidas que se consideren esenciales, pero también debe quedar abierta a aquellos supuestos en los que el incumplimiento afecte a la prestación principal del contrato, hasta tal punto que su finalidad resulte desbaratada como consecuencia de la incorrecta actuación del contratista. En estas situaciones, su identificación exigirá siempre ponderar "…en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias" (entre otras, STS de 14 de noviembre de 2000) y valorar, conforme a la buena fe y la equidad, "…el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista" (entre otras, STS de 6 de abril de 1987).

Lo que debe quedar claro, en cualquier caso, es que, si la Administración —en este caso el Ayuntamiento de San Sebastián— pretende resolver un contrato como consecuencia de un incumplimiento no recogido y calificado como esencial de forma expresa en los pliegos o en el contrato, debe probar tanto la existencia de los hechos en que pretenda fundar la terminación anticipada del contrato por causa imputable al contratista, como su carácter esencial dentro del mismo.

En el presente caso, el impago por parte del contratista del canon de explotación correspondiente a los ejercicios 2015, 2016 y 2017 está debidamente acreditado en el expediente y tampoco es discutido por la empresa. Esta última, en sus alegaciones, introduce en el conflicto otra cuestión diferente, como es el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, aunque de forma, como luego analizaremos, extemporánea.

No cabe duda de que, tras serle requerido en diferentes ocasiones y por diferentes vías —ordinaria e incluso en vía ejecutiva—, el contratista ha dejado de hacer frente a la obligación de abonar el canon de explotación correspondien-

te a los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Las alegaciones del contratista confirman también, no sólo el impago de las cuotas ya vencidas, sino la intención de no hacer frente en el futuro a la cantidad actualmente convenida, ofreciendo una solución alternativa en la que se condonaría la cantidad correspondiente a los ejercicios 2015 y 2016, mientras que de cara a lo que restaría de contrato el canon se fijaría en 7.000 euros con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2017. Todo ello con la finalidad de reestablecer el equilibrio económico del contrato afectado, según sus alegaciones, por la subida del IVA que afectó al sector y por la gravedad de la crisis económica.

En cuanto a su carácter de prestación esencial cuyo incumplimiento justifica la resolución contractual, los pliegos o el contrato nada dicen al respecto, quizás por haber considerado que se trata de una cuestión obvia. No obstante, teniendo en cuenta las modificaciones introducidas en esta cuestión por la LCSP, es preciso detenerse para analizar la cuestión, si bien adelantamos que, dada la configuración del contrato y a la vista de la valoración que tuvo el canon en el momento de la adjudicación, la Comisión comparte con el ayuntamiento la calificación del incumplimiento alegado como esencial o, "gravísimo" en términos del RSCL.

En primer lugar, **el cuadro resumen de las condiciones del contrato contempla expresamente el canon anual a abonar por el concesionario** en su apartado 2.3. En dicho documento se contempla un canon mínimo de 3.000 euros que puede ser mejorado ─como de hecho ocurrió─ por los licitadores en sus ofertas. En cualquier caso, ya se configura como un canon mínimo por debajo del cual la oferta quedaría automáticamente excluida de la licitación.

También resulta clarificador a los efectos de determinar el carácter esencial del canon su ponderación entre los criterios de adjudicación del contrato. Es decir, además de establecer un importe mínimo del canon por debajo del cual las ofertas quedarían excluidas, el cuadro resumen de las condiciones del contrato preveía en su punto 8 que el contrato se adjudicaría teniendo en cuenta dos criterios. El primero de ellos era precisamente el de una posible mejora en el importe del canon, de manera que por cada 109,50 euros de mejora en el canon se podía obtener un punto hasta un máximo de 55 puntos sobre un total de 100. El otro criterio se refería a la memoria técnica y permitía obtener el resto de puntos, esto es, 45 sobre 100.

La importancia del canon en el contrato se trasladó asimismo al anuncio de la licitación, en el cual, dentro del apartado referido al objeto del contrato, el canon anual mínimo de explotación figura como una de las características básicas del mismo, junto con la concreta descripción del objeto y su duración.

Posteriormente, también el propio contrato refleja la importancia del canon al establecer en los antecedentes el canon ofertado por el contratista e incluir en el clausulado un apartado específico para reflejar la obligación del concesionario de abonar el canon de explotación.

Finalmente, el carácter esencial del canon se confirma también en la segunda ocasión en la que modificó el contrato puesto que, conforme a lo pactado, el concesionario obtuvo autorización para acometer una serie de obras y suministros e incrementar de las tarifas de precios y, como consecuencia de esa modificación, se acordó entre ambas partes un incremento del canon de explotación que, tras algún punto de conflicto en cuanto al tratamiento del IVA, quedó definitivamente fijado en la cuantía de 17.106,20 euros anuales.

A la vista de lo anterior, no cabe duda de que **el canon de explotación se constituyó desde un inicio como uno de los elementos básicos o esenciales del contrato, así como el criterio más determinante en el momento de la adjudicación. De ahí que**, como hemos adelantado, **esta Comisión comparta con el ayuntamiento la calificación de elemento esencial del contrato** y, por tanto, su incumplimiento por parte del concesionario le permita resolver unilateralmente el contrato.

Esta consideración del canon como esencial en el marco de un contrato de gestión de servicio público, y que conlleva a la resolución contractual, ha sido admitida por la jurisprudencia con naturalidad en sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1988 (RJ 1988, 6067) y de 16 de abril de 2002 (RJ 2002, 7005), y de diferentes Tribunales Superiores de Justicia, como el de Madrid, en sentencia de 16 de noviembre de 1999 (RJCA 1999, 4939), Murcia, en sentencia de 23 de enero de 2002 (JUR 2002, 87655), Islas Baleares, en sentencia de 29 de mayo de 2006 (JUR 2006, 212068) o, Extremadura, en sentencia de 17 de julio de 2012 (JUR 2012\273156).

Esta consideración también se ha visto corroborada por el Consejo de Estado (Dictamen 2148/2002) así como en otros órganos consultivos (por ejemplo, Dictamen 24/2015 del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha o, como señala el propio ayuntamiento, Dictamen 98/2012 del Consejo Consultivo de Aragón).

Aunque la mayoría de los casos se refieren a supuestos anteriores a la entrada en vigor de la LCSP, dan muestran del vínculo inescindible entre el objeto de un contrato de esta naturaleza y el canon de explotación a abonar por el contratista.

No obstante, y sin perjuicio de reafirmar la causa de resolución que se nos presenta, la Comisión debe insistir en la importancia de trabajar en la elaboración de los pliegos y el clausulado del contrato, evitando acudir a los formularios estándar o generales, no adaptados a las situaciones y condiciones particulares de los diferentes contratos, y que pueden dar lugar a situaciones como la que se nos presenta en este caso. Es evidente que una redacción más clara de esta cuestión en el pliego o en el contrato hubiera permitido en este caso asumir la resolución del contrato sin el despliegue argumental aquí desarrollado.

En cuanto a las alegaciones del contratista, estas tienen que ver, tal y como avanzamos, con el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Considera, expresado de forma sintética, que el impago del canon es una consecuencia inevitable de la variación de las condiciones impositivas en las que debían desarrollar el servicio y de la situación económica general provocada por la crisis económica.

El ayuntamiento, por su parte, considera que un eventual desequilibrio económico del contrato debería de haber sido, en su caso, objeto de otro expediente autónomo, al cual la empresa debería de haber acudido antes de plantearse la caducidad del contrato por el incumplimiento reiterado de una obligación esencial.

A estas consideraciones, la Comisión considera importante añadir que el importe del canon actual es consecuencia de la segunda modificación del contrato, instada por el propio contratista, y formalizada el 14 de febrero de 2012, esto es, en plena crisis económica y sólo unos meses antes de la modificación legal —Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio— que modificó el tipo de gravamen del IVA para las instalaciones deportivas, pasando de un tipo reducido —que, por otro lado, ya se había incrementado en un punto a finales de 2009— al tipo general.

Con ello, esta Comisión no pretende negar un posible efecto del incremento impositivo en la actividad desarrollada por FENV, pero coincidimos con el ayuntamiento en que ese planteamiento no puede prosperar en el marco del presente expediente. **La empresa debería haber solicitado, si consideraba que se daba alguno de los supuestos previstos en el artículo 258.4 LCSP, el restablecimiento del equilibrio contractual, pero esa petición debería haberse planteado, si no necesariamente desde una posición de cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sí al menos antes de que ese incumplimiento forzara al ayuntamiento a iniciar el expediente de caducidad, ya que el contratista ha dispuesto de un periodo de más de dos años desde que comenzó a incumplir sus obligaciones referidas al abono del canon**; tiempo más que suficiente para valorar y plantear adecuadamente esta cuestión.

Las alegaciones parecen querer transmitir que hay una única solución posible, en la que el propio concesionario establece las condiciones económicas que le permitirían continuar con la explotación; escenario este que el ayuntamiento no tiene que compartir necesariamente. Resulta perfectamente lógico que el ayuntamiento, a la vista de la situación originada, opte por la posibilidad que le ofrece el RSCL, en la cual se establece un justiprecio de la concesión y se convoca una nueva licitación sobre la base de esa valoración.

En definitiva, **aunque los pliegos y el contrato no establezcan de forma expresa que el impago del canon constituye un incumplimiento esencial del contrato y causa para su resolución unilateral, la Comisión estima que nos encontramos ante el incumplimiento de una de las contraprestaciones básicas del contrato**, que configuran su naturaleza y resulta inescindible del cumplimiento de la prestación principal por parte del contratista, por lo que su incumplimiento constituye causa de resolución contractual prevista en el artículo 206.f) LCSP. Asimismo, permite al ayuntamiento declarar la caducidad del contrato por infracción gravísima de sus obligaciones esenciales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del RSCP y con las consecuencias previstas en el artículo 137 del RSCL.

DCJA 139/2017 pár. 48 a 78

III. Interpretación de contratos

El Ayuntamiento de Sondika plantea el incidente relativo a la interpretación del contrato administrativo de servicios que tiene por objeto la finalización de la redacción del PGOU del municipio de Sondika.

La consulta se enmarca, por tanto, en el ejercicio de las facultades de la Administración consultante para interpretar unilateralmente el contrato y resolver las dudas y discrepancias que suscite su cumplimiento, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos que para ejercer dicha prerrogativa establece la legislación sobre contratación de la Administración pública, concretamente el artículo 210 de la LCAP.

Como viene señalando esta Comisión, el fundamento de esta posición de privilegio es la defensa de los intereses superiores que la Administración debe perseguir en toda su actuación. Es decir, el ordenamiento jurídico pretende priorizar también en este ámbito la defensa del interés público que persigue la Administración sobre los intereses particulares que, legítimamente, persiguen las empresas que contratan con aquella. En términos del Tribunal Supremo, la primacía del fin del contrato respecto de su objeto y su inextricable conexión con el giro o tráfico de la Administración contratante definen la teleología de las prerrogativas administrativas en la contratación (Sentencia de 22 de febrero de 1982; Ar. 1619).

En el presente caso, la prerrogativa de interpretación pretende aclarar **si el objeto del contrato que nos ocupa incluye la presentación del trabajo** por parte de la empresa LKS **en las dos lenguas oficiales de la Comunidad Autónoma**.

La empresa considera que no tiene la obligación de asumir el coste de la traducción al euskera del trabajo. Para fundamentar su postura presenta los argumentos que exponemos a continuación de forma resumida:

a) La valoración de los trabajos para este contrato se realizó al resolver el contrato anterior y sólo tuvo en cuenta la labor que quedaba por hacer para elaborar y redactar el PGOU, pero no su traducción al euskera.

b) Sería desproporcionado pensar que 50.000 euros iban a sufragar el trabajo restante si en esa cantidad estuvieran incluidos los gastos de traducción que estima en unos 15.000 euros más IVA.

c) El hecho de que el segundo contrato derive del primero no supone que se deban cumplir todas y cada una de las especificaciones de este. El nuevo contrato tiene sus propias especificaciones y regulación en el nuevo PCAP y en el nuevo documento contractual, y la remisión a la documentación técnica del primer contrato no puede ser interpretada referida al pliego de condiciones técnicas porque esas condiciones están superadas. Hay que entender que la remisión a esa documentación técnica es toda la documentación generada tras ocho años de trabajo con documentos urbanísticos e informes técnicos emitidos por el arquitecto municipal, administraciones sectoriales, etc.

d) Mientras que en el primer contrato, la obligación de presentar el trabajo en los dos idiomas figuraba en el PCAP y todas las cuestiones relacionadas con la forma de presentación —incluida la presentación en las dos lenguas oficiales— se hallaban incluidas en punto 2.8 de las condiciones técnicas, el PCAP del contrato actual hace mención expresa a las condiciones técnicas de presentación, sin referirse en ningún momento a la presentación en dos idiomas.

El ayuntamiento interpreta, de acuerdo con el criterio mostrado por el Interventor municipal, que la empresa debe presentar, dentro del precio pactado, el resultado del trabajo tanto en castellano como en euskera porque el contrato celebrado en 2013 deriva del primer contrato celebrado en 2005, en el cual se establecía expresamente esa obligación tanto el PCAP (cláusula 1) como el Pliego de Condiciones Técnicas (punto 2.8). Asimismo, entiende que el PCAP del actual contrato se remite a la documentación técnica que figura en el expediente de contratación del primer contrato celebrado en 2005.

El problema se centra, por tanto, además del argumento del "peso" económico relativo del coste de la traducción que introduce la empresa, en lo que establece el nuevo contrato sobre la forma de presentar el trabajo y, en concreto, en lo establecido en la cláusula segunda del PCAP. Tal y como se ha relatado en los hechos, esta cláusula realiza, a su vez, una remisión a la documentación técnica que figura en el expediente de contratación del primer contrato, en cuyo pliego de condiciones técnicas también recogía la obligación expresa de presentar los trabajos en ambos idiomas —principal argumento del ayuntamiento—.

Antes de entrar en la cuestión central, debemos descartar la interpretación que la empresa propone en torno a la remisión que el PCAP realiza a las condiciones técnicas del contrato formalizado en el año 2005. No puede imponerse la tesis de que únicamente el texto incorporado al PCAP tiene carácter contractual, porque perdería todo sentido la remisión inicial a la documentación técnica del contrato anterior, y tampoco cabe interpretar, como la empresa, que esa remisión no se refiere al pliego de condiciones técnicas del primer contrato, sino a la "documentación técnica generada tras ocho años de trabajo con documentos urbanísticos e informes técnicos emitidos por el arquitecto municipal, administraciones sectoriales, etc.", pues esa remisión, además de no contemplarse en esos términos, resulta excesivamente indeterminada. Además, la remisión se refiere a la documentación técnica que figura en el expediente de contratación; expediente dentro del cual, conforme al artículo 109 de la LCSP, debe entenderse incluido el pliego de prescripciones técnicas.

Ahora bien, partiendo incluso de lo anterior, debemos confirmar la dificultad a la hora de esclarecer el sentido de la cláusula segunda del PCAP, tanto en su redacción literal, como puesto en conexión con lo establecido en el pliego de condiciones técnicas.

En cuanto a su redacción literal, tras la remisión a la documentación técnica que figura en el expediente de contratación de la 2ª Revisión de las NNSS de Sondika (contrato adjudicado en 2005), parece querer acotar, dentro de esa documentación técnica, con confusa redacción, el contenido que alcanza carácter contractual y por tanto, obligacional, a lo que luego concreta: i) las labores objeto del contrato y, ii) la forma de presentación de la documentación.

Por otro lado, las dudas que ofrece la redacción de la cláusula segunda del PCAP tampoco desaparecen al ponerla en relación con las restantes cláusulas y condiciones técnicas del contrato, ni tampoco con los antecedentes del contrato.

Es preciso, igualmente, advertir de una diferencia importante entre el PCAP del contrato actual y el correspondiente al contrato adjudicado en el año 2005 —ambos ineludiblemente relacionados en cuanto con el vigente se pretende finalizar lo iniciado en 2005—. Mientras en el PCAP del contrato adjudicado en 2005 su cláusula primera establecía con claridad y de forma expresa que "los trabajos deberán elaborarse, redactarse y entregarse en los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma Vasca", el PCAP del contrato vigente ha eliminado de su clausulado cualquier referencia a esa cuestión.

El interventor municipal considera que, pese al silencio del PCAP sobre esta cuestión, la obligación de presentar el trabajo en ambos idiomas persiste en el actual contrato a través de la remisión a la documentación técnica que figura en el expediente de contratación realizada en el año 2005 para la "2ª Revisión de las NNSS de Sondika". Como también hemos adelantado en la exposición de los hechos, el punto 2.8 del pliego de condiciones técnicas del contrato adjudicado en 2005 también incluía la obligación de presentar los trabajos en ambos idiomas.

Ahora bien, la tesis del interventor municipal, que se incorpora a la propuesta de resolución municipal, no puede ser admitida sin reservas por dos motivos. Por un lado, ya hemos adelantado que el PCAP actual se aparta en esta cuestión del aprobado para el contrato de 2005 al no incluir la obligación de presentar los trabajos en ambos idiomas. Por otro lado, la cláusula segunda del pliego actual incorpora el número de copias y el formato en el que debe ser presentada la documentación resultante del contrato, aspecto que también venía recogido en el anterior contrato en el punto 2.8 del pliego de condiciones técnicas. **El hecho de haber traído al vigente PCAP únicamente los aspectos relacionados con el formato de los datos y el número de copias, permite también considerar, dada la confusa redacción a la que nos hemos referido, que el resto de lo dispuesto en el punto 2.8 del pliego de condiciones técnicas no es de aplicación al contrato vigente.**

Nos encontramos así, sin lugar a dudas, ante una cláusula oscura, que el propio informe del Secretario municipal ha sido incapaz de descifrar o, al menos, avalar alguna de las interpretaciones apuntadas, limitándose a señalar que "hay argumentos para optar por la propuesta del Interventor municipal y por la contraria".

La Comisión, por los motivos apuntados, considera que tampoco es posible solucionar el conflicto aplicando lo dispuesto en el artículo 1285 del Código Civil (CC), según el cual "las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

Cabe añadir, además, que la cláusula tercera del PCAP dispone que, en caso de contradicción entre este documento y el resto de la documentación técnica unida al expediente, prevalecerá lo dispuesto en el primero y, en este caso, a tenor de lo expuesto, también podría considerarse que existe una contradicción entre el

PCAP —entendiendo que, al eliminar esa obligación del pliego, se ha querido excluir del contrato— **y las condiciones técnicas del apartado 2.8 del pliego de condiciones técnicas, en cuyo caso se impondría lo dispuesto en el PCAP, tal y como interpreta el contratista.**

En este contexto, es conveniente recordar que **corresponde a la Administración la obligación de elaborar los contratos y los pliegos de cláusulas** —tanto administrativas como de carácter técnico— **con la debida claridad**. Una consecuencia de la anterior afirmación es que **las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección del contratista y adjudicación del contrato, son de su responsabilidad.**

Finalmente, en la contratación administrativa es la propia Administración la que establece las condiciones a las que los contratistas, con carácter general, se adhieren en su totalidad, por lo que sería contrario a la equidad que la Administración pudiera interpretar en su favor una cláusula del contrato cuando existen otras contradictorias, confusas o ambiguas, haciéndole soportar todas las consecuencias jurídicas de su error al contratista.

La jurisprudencia actual, abandonando posiciones o posturas que otorgaban a la interpretación unilateral de la Administración el valor de una especie de interpretación "auténtica", **ha evolucionado hasta admitir**, en aplicación del artículo 1288 CC, **que la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó.**

Ejemplo claro de lo anterior es la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2039), en la que se señala que "Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 (RJ 2001, 7428) afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las sentencias del mismo Tribunal de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8601), 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2645) y 2 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 2295).

En el presente caso, **la Comisión estima que el ayuntamiento no puede salvar la contradicción o confusión que pudiera existir entre las cláusulas del pliego y las condiciones técnicas mediante una interpretación que perjudique a quien no ha provocado esa contradicción o falta de claridad.**

El PCAP del contrato, frente al del contrato anterior, ha eliminado de su clausulado la obligación de presentar el resultado de los trabajos en ambas lenguas oficiales, incorporando únicamente el número de copias y las exigencias técnicas de los ficheros de datos, lo que permite interpretar que esa obligación no se ha incluido en el nuevo contrato y, en la medida en que esa aparente contradicción o falta de claridad ha sido provocada por el propio PCAP, el ayuntamiento no puede interpretar esta cuestión en perjuicio del contratista.

En definitiva, en la medida en que en el nuevo contrato no se establece de forma clara que resulta de aplicación la obligación de presentar los trabajos tanto en euskara como en castellano, y que los cambios introducidos en el PCAP con respecto al contrato adjudicado en 2005 permiten interpretar que esa obligación ha sido excluida del contrato, consideramos que debe prevalecer la interpretación de la empresa LKS, según la cual, la empresa no tiene la obligación contractual de sufragar los costes de la traducción de los trabajos resultantes del contrato.

No obstante, la Comisión también quiere aclarar que el ayuntamiento tampoco está obligado a aceptar la oferta presentada por LKS para realizar la traducción, ya que, por los mismos motivos apuntados, se trataría de una prestación que se encontraría fuera del contrato.

DCJA 174/2017 pár. 18 a 43