2018

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 septiembre 2019

©

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, 2019

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

ABREVIATURAS 8

PRIMERA PARTE:ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2018 12

Capítulo 1. Composición 13

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión 14

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva 15

I. Introducción 15

II. Datos sobre las consultas recibidas 15

III. Datos sobre los dictámenes emitidos 18

IV. Relación de dictámenes y acuerdos 23

SEGUNDA PARTE:EXTRACTO DE LA DOCTRINA 40

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA 41

I. Ámbito de actuación 41

II. Nueva consulta 45

III. Parámetros 46

A) Actos administrativos 46

Contratación 46

Responsabilidad patrimonial 58

B) Disposiciones Generales 58

Proyectos de normas con rango de ley 58

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO 60

I. Reglamentos 60

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria 60

B) Titularidad de la potestad reglamentaria 63

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA 66

I. Estilo de regulación 66

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 67

I. Generalidades 67

A) Potestad sancionadora 67

II. Normas procesales y de procedimientos administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco (art. 10.6 EAPV).....70

Capítulo 5. ÁREAS.....74

I. Administración Pública 74

A) Administración consultiva.....74

B) Administración corporativa.....84

C) Cargos públicos 86

D) Silencio administrativo 89

E) Técnicas de intervención de la Administración 93

II. Asistencia jurídica gratuita 94

III. Cooperativas 97

IV. Espectáculos y actividades recreativas 98

V. Personas extranjeras menores de edad.....101

VI. Profesiones tituladas y profesiones reguladas.....102

VII. Sanidad.....106

VIII. Vivienda.....114

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO.....117

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 117

A) Ámbito y finalidad 117

B) Audiencia 124

C) Informes 128

D) Memorias.....128

Memoria conclusiva.....129

E) Negociación o consulta con los representantes del personal.....130

F) Vigencia 131

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos 133

A) Generalidades.....133

B) Instrucción 134

Audiencia de los interesados 134

La prueba 136

III. Especialidades en el procedimiento administrativo 139
A) Procedimiento de contratación administrativa 139
B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial 139
Iniciación 139
Plazo para reclamar 140
Instrucción 144

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN 147

I. Generalidades 147
II. Antijuridicidad 147
III. Indemnización 149
A) Daño moral 149
B) Lucro cesante 154
C) Otros gastos 155
IV. Relación de causalidad 159
A) Concurrencia de causas 159
B) Conducta de la víctima o de terceras personas 160
C) Daños sufridos por el personal al servicio de las administraciones públicas . 164
D) Título de imputación 167
V. Responsabilidad patrimonial por sectores 168
A) Dilaciones procedimentales indebidas 168
B) Función pública 170
C) Mantenimiento de vías públicas 177
Por defectos en calzadas y carreteras 177
Por la limpieza viaria 178
D) Registros 182
E) Servicio educativo 186
F) Servicios sanitarios 194
Internamiento no voluntario 194
Por la falta de consentimiento 196
Por la praxis 201
Por la pérdida de oportunidad 216
G) Urbanismo 219

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO....238

I. Análisis de las causas de nulidad....238

A) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional....238

B) Nulidad de pleno derecho de los actos que tengan un contenido imposible...256

C) 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....258

II. Instrumentos urbanísticos....263

III. Límites a la revisión de oficio....271

Capítulo 9. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA....275

I. Extinción del contrato....275

A) Causas de resolución....275

Demora en el cumplimiento de los plazos....275

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales....279

II. Interpretación de contratos....284

III. Modificación de contratos....296

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 20 de junio de 2019 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2018. 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 2018, 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 la letrada de la Comisión, doña Deiane Agirrebaltzategi Sánchez, en coordinación con 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

AJG	Asistencia jurídica gratuita
CAE	Comunidad Autónoma de Euskadi
CAM	Comunidad Autónoma de Madrid
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CES	Consejo Económico y Social
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
ITE	Inspección técnica de edificios
IVAP	Instituto Vasco de Administración Pública
LAJG	Ley estatal 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita
LALV	Ley 1/2013, de 10 de octubre, de aprendizaje a lo largo de la vida
LAPIA / LIA	Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia
LBRAP	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
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas
LCE	Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi
LCJAE / LCJA	Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil

LECiv	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LEPAR	Ley 10/2015, de 23 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas
LFPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca
LGCA	Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad
LGUM	Ley 8/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
LILE	Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi
LIPSAP	Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
LOF	Ley 11/1994, de 17 de junio, de ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial
LOPM	Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor
LOSE	Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi
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
LPOHGP	Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de principios ordenadores de la hacienda general del País Vasco
LPSAP	Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público
LRPH	Ley 2/2003 del 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho

LSS	Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de servicios sociales
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo de la Comunidad Autónoma del País Vasco
LSUPV	Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo
LTH	Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos
OCE	Oficina de control económico
OSI	Organización Sanitaria Integrada
pár.	Párrafo
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
PGOU	Plan General de Ordenación Urbanística
RBEL	Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales
RCA	Recurso contencioso-administrativo
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
STJPV	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP	Real Decreto-Ley 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas
TRLCSP	Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRLEBEP	Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado 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
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
UE	Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2018

Capítulo 1. Composición

El 25 de enero de 2018 cesó como vocal de la Comisión don Gorka Erlantz Zorrozua Aierbe por haberse declarado su jubilación forzosa, por cumplimiento de edad, en su puesto de trabajo de la Administración General de la Comunidad Autónoma, cese que se formalizó mediante el Decreto 13/2018, de 30 de enero (BOPV n.º 24 de 2 de febrero de 2018).

En sustitución del anterior, el día 13 de marzo de 2018 tomó posesión como nueva vocal doña Miren Izaskun Iriarte Irureta, nombrada por Decreto 35/2018, de 6 de marzo (BOPV n.º 49, de 9 de marzo de 2018).

Posteriormente, el día 10 de diciembre de 2018 tomaron posesión para un nuevo periodo de 6 años el vocal don Iñaki Calonge Crespo (nombrado por Decreto 175/2018, de 3 de diciembre) y el vocal don Ion Gurutz Echave Aranzabal (nombrado por Decreto 176/2018, de 3 de diciembre), cuyos mandatos habían finalizado el día 29 de noviembre anterior.

En consecuencia, la composición de la Comisión a 31 de diciembre de 2018 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. Imanol Zubizarreta Arteche.

D. Ion Gurutz Echave Aranzabal.

D. Iñaki Calonge Crespo.

D.ª Miren Izaskun Iriarte Irureta.

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 2017.

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva

I. Introducción

Durante el año 2018 el número de nuevas solicitudes de consulta se ha mantenido en unas cifras similares a las registradas el año anterior. La mayor diferencia se ha registrado en el número de dictámenes emitidos, que en este ejercicio ha experimentado una disminución del 16,52 % (de 230 a 192 dictámenes). La razón de ello se puede encontrar en dos circunstancias: que en el año 2017 se dictaminaron más del doble de consultas tramitadas en 2016 (39 frente a 15) y que en 2018 han quedado sin dictaminar más consultas que en 2017 (36 frente 22) como consecuencia de que en el último trimestre del año 2018 las solicitudes de consulta fueron superiores en casi 17 puntos porcentuales a las registradas en 2017.

Por lo que a la tipología de asuntos se refiere, en este ejercicio se mantiene la primacía de los dictámenes emitidos con relación a consultas sobre actos administrativos (un 80 % del total) frente a los relativos a consultas sobre disposiciones generales (un 20 % del conjunto), aunque es de subrayar el hecho de que los dictámenes sobre normas ─6 anteproyectos de ley y 32 proyectos de decretos─ han aumentado 20 puntos porcentuales sobre los emitidos el año anterior.

Por otra parte, en la distribución entre los distintos dictámenes sobre actos administrativos se conserva la hegemonía de los emitidos sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, representando un 71 % del total de los emitidos. Dentro de ellas, continúan siendo mayoritarias las consultas sobre reclamaciones en el ámbito sanitario (alrededor del 60 %).

Por lo que al origen de las consultas se refiere, aunque siguen siendo predominantes los dictámenes emitidos a solicitud de los órganos y entidades que integran la Administración de la Comunidad Autónoma (un 68 % del total), los solicitados por entes de la Administración local han experimentado una subida de un 20 % (suponiendo el 31 % del total), manteniéndose el porcentaje de los correspondiente a la Universidad del País Vasco en iguales valores que el año anterior (1 %).

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 2018 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 230 solicitudes de consulta.

De ellas, 11 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 219 solicitudes admitidas a trámite en el año 2018 una tuvo que eliminarse como consulta por haberse producido un error en la calificación informática del asunto, por lo que el número real de solicitudes admitidas a trámite es de 218, de las cuales:

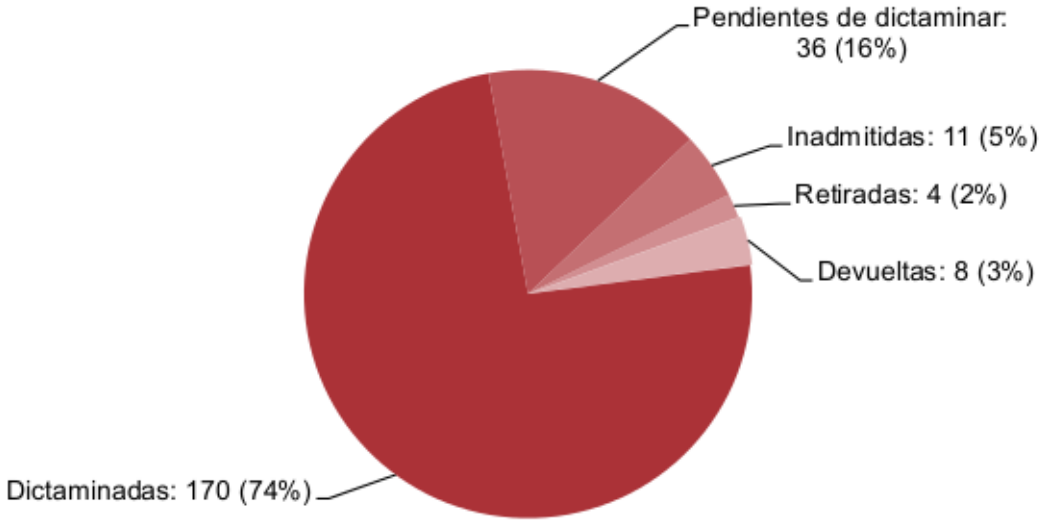
- 4 fueron retiradas por los propios órganos consultantes al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

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

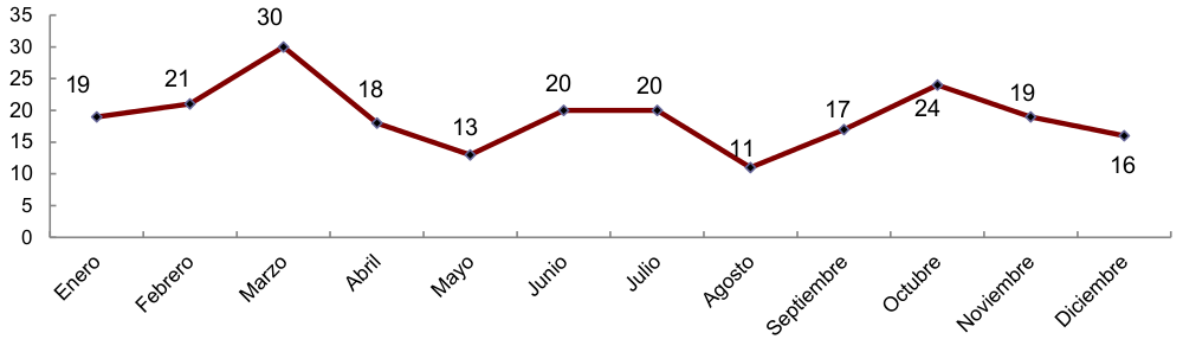
- 7 consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno bien para que se completase la instrucción del expediente (1), bien por inadmitir la consulta al advertir la falta de competencia de la Comisión o la errónea calificación del asunto por el órgano consultante (5), bien por no ser necesaria la emisión de un nuevo dictamen sobre un asunto previamente dictaminado al no haberse incluido modificaciones sustanciales (1).

- 170 consultas fueron dictaminadas.

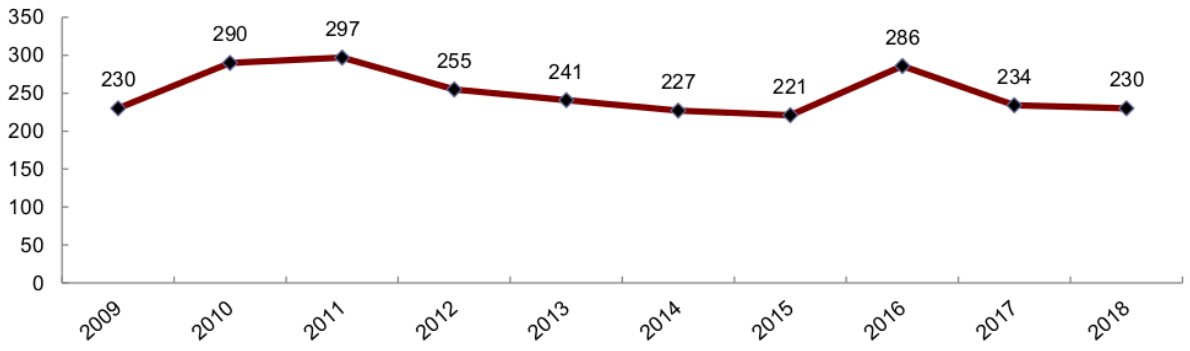
Por lo tanto, al terminar el año quedaban 36 consultas pendientes de resolver.



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



La evolución del número de solicitudes de consulta recibidas durante los últimos diez años ha sido la que se refleja en el cuadro siguiente:



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

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

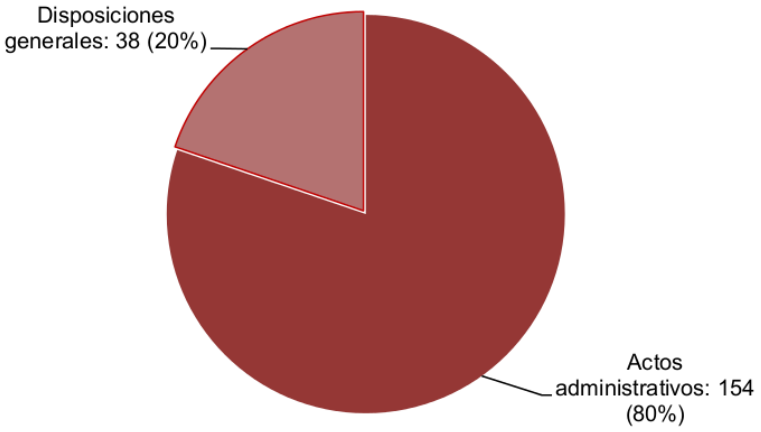
Asimismo, la Comisión ha recibido:

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

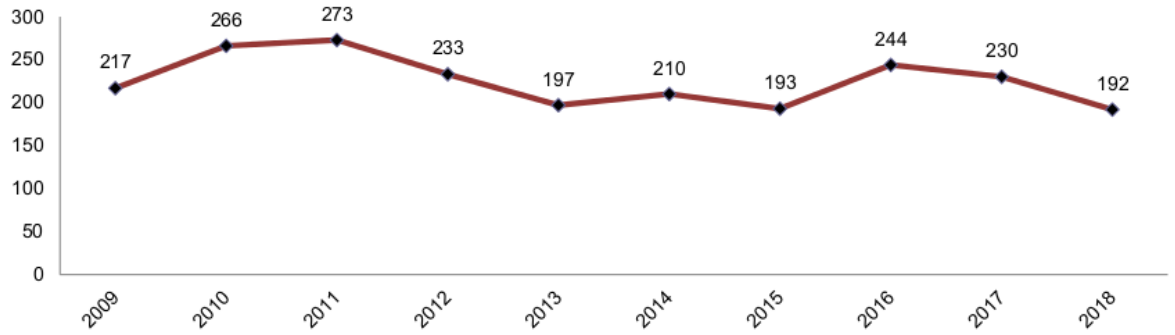
Finalmente, hay que señalar que el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 42 sesiones ordinarias y no ha realizado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

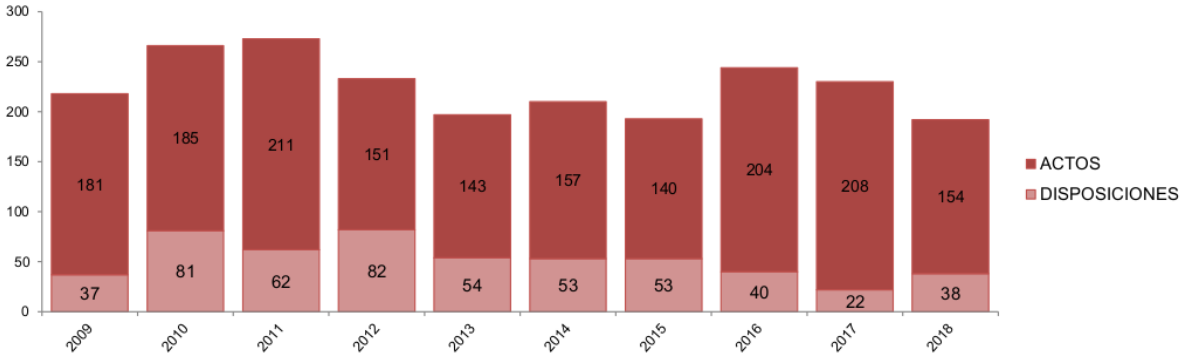
III. Datos sobre los dictámenes emitidos

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 192 dictámenes (téngase en cuenta que 15 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 de los últimos diez años por lo que se refiere al total de dictámenes emitidos y a su distribución de acuerdo con esta clasificación general:

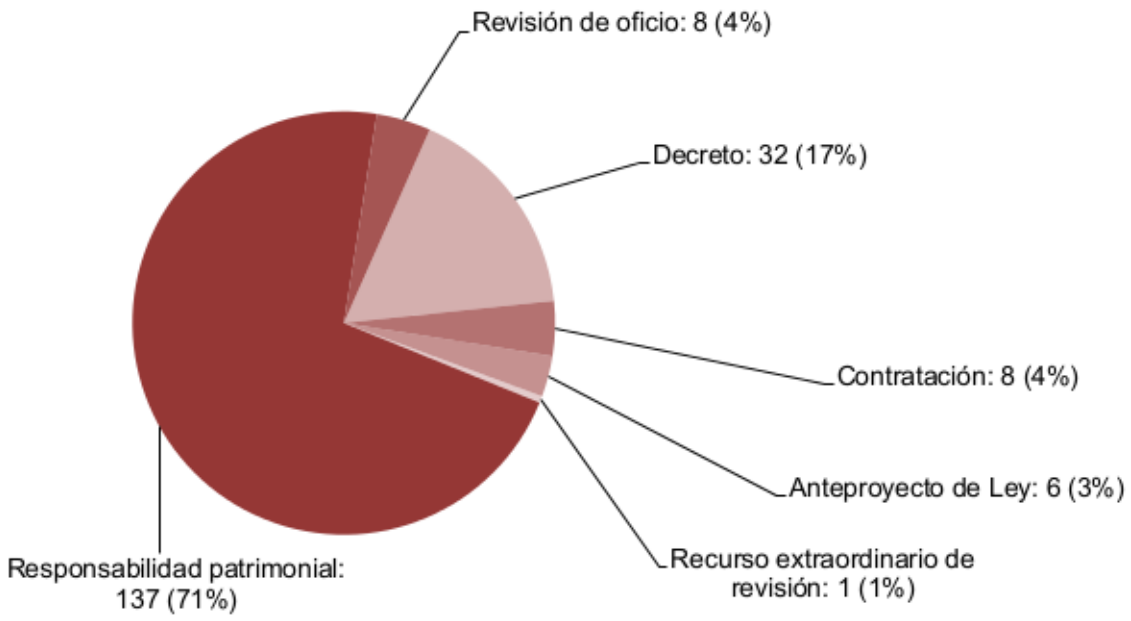




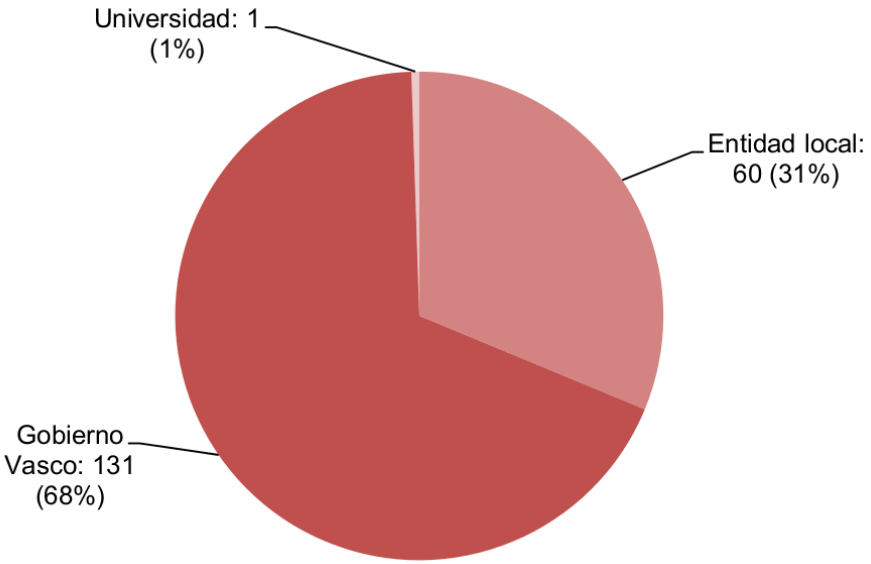
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

TIPOLOGÍA	N.º
Anteproyectos de Ley	6
Proyectos de decretos legislativos	0
Proyectos de disposiciones reglamentarias	32
Conflictos en defensa de la autonomía local	0
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	8
Recursos administrativos extraordinarios de revisión	1
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	8
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial	137
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	**192**

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:



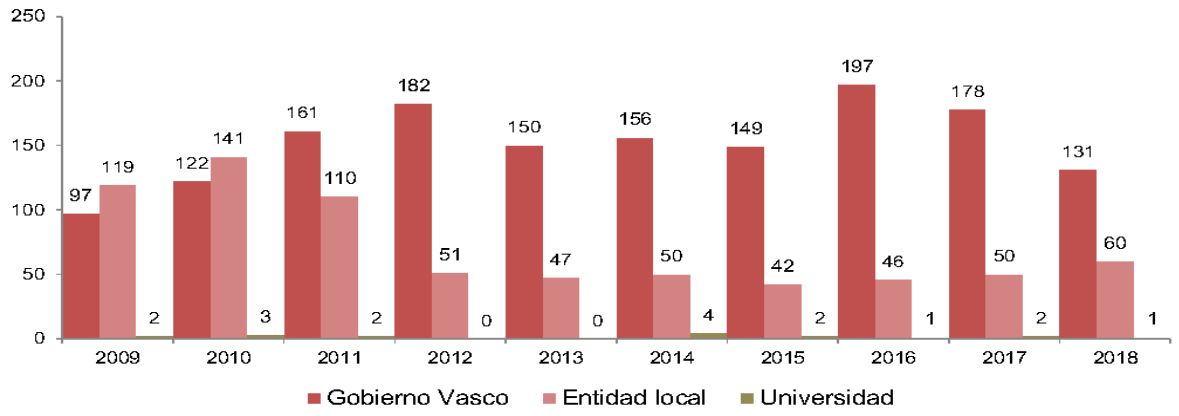
a) **Administración de la Comunidad Autónoma,** 131 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

ORGANISMO	TOTAL
Lehendakaritza - Presidencia del Gobierno	1
Gobernanza Pública y Autogobierno	6
Desarrollo Económico e Infraestructuras	7
Empleo y Políticas Sociales	5
Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda	1
Hacienda y Economía	2
Educación	9
Salud	8
Turismo, Comercio y Consumo	1
Cultura y Política Lingüística	1
Seguridad	4
Trabajo y Justicia	2
Osakidetza-Servicio vasco de salud	84
Total	**131**

b) **Administración local,** 60 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

ENTIDAD LOCAL	TOTAL
Ayuntamiento de Azkoitia	2
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio	1
Ayuntamiento de Mungia	1
Ayuntamiento de Galdakao	1
Ayuntamiento de Sopela	2
Ayuntamiento de la Anteiglesia de Iurreta	1
Ayuntamiento de Eibar	1
Ayuntamiento de Zestoa	1
Ayuntamiento de Llodio	1
Ayuntamiento del Valle de Trapaga-Trapagaran	1
Ayuntamiento de Bilbao	6
Ayuntamiento de Oiartzun	1
Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano	1
Ayuntamiento de Hernani	2
Ayuntamiento de Eskoriatza	1
Ayuntamiento de Ordizia	2
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	9
Ayuntamiento de Zumaia	1
Ayuntamiento de Hondarribia	1
Ayuntamiento de Dima	1
Ayuntamiento de Salvatierra/Agurain	1
Ayuntamiento de San Sebastián	5
Ayuntamiento de Aretxabaleta	1
Ayuntamiento de Errigoiti	1
Ayuntamiento de Sestao	1
Ayuntamiento de Larrabetzu	1
Ayuntamiento de Getxo	4
Ayuntamiento del Concejo de Sopuerta	1
Ayuntamiento de Plentzia	1
Ayuntamiento de Zeanuri	2
Ayuntamiento de Labastida	1
Mancomunidad "Debagoieneko mankomunitatea"	2
Mancomunidad de la Merindad de Durango	1
Patronato Municipal de Deportes de San Sebastián	1
Total	**60**

El gráfico comparativo de los diez últimos años es el siguiente:



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

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR DE
78/2018	Revisión de oficio del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Valle de Trápaga-Trapagaran, del Plan de compatibilización de Ibarzaharra y de los Planes Especiales de Ordenación Urbana de las Áreas Industriales y de Servicios Ibarzaharra 06 y 07, en lo relativo a las previsiones limitativas a la implantación de grandes establecimientos comerciales.	Koldo Eskubi Juaristi
79/2018	Revisión de oficio de las previsiones limitativas de implantación de grandes establecimientos comerciales incluidas en el Plan de compatibilización de Ibarzaharra y su entorno y en los Planes Especiales de Ordenación Urbana de las Áreas Industriales y de Servicios Ibarzaharra 06 y 07.	Koldo Eskubi Juaristi
131/2018	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ASA al ser excluido del proceso selectivo para el ingreso a las plazas de licenciado en derecho pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de la oferta pública de empleo 2000 de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.	Maite Astigarraga Goenaga Iñaki Calonge Crespo (adhesión)
135/2018	Anteproyecto de Ley del Plan Vasco de Estadística 2018-2022.	Koldo Eskubi Juaristi
150/2018	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de "SPRI-Agencia vasca de Desarrollo Empresarial" y se regula el inicio de su actividad.	Miren Izaskun Iriarte Irureta
189/2018	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley de espectáculos públicos y actividades recreativas.	Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo

IV. Relación de dictámenes y acuerdos

A) Anteproyectos de ley (6)

Dictamen 64/2018: Anteproyecto de Ley de tercera modificación de la Ley reguladora del Plan general de carreteras del País Vasco.

Dictamen 135/2018: Anteproyecto de Ley del Plan Vasco de Estadística 2018-2022.

Dictamen 145/2018: Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 176/2018: Anteproyecto de Ley de cooperativas de Euskadi.

Dictamen 180/2018: Anteproyecto de Ley de empleo público vasco.

Dictamen 186/2018: Anteproyecto de Ley del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

B) Proyectos de disposiciones reglamentarias (32)

Dictamen 1/2018: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnico Superior en Electromedicina Clínica.

Dictamen 8/2018: Proyecto de Decreto por el que se desarrolla el dispositivo institucional contenido en la Ley 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias.

Dictamen 22/2018: Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto por el que se determinan los servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de sus Organismos Autónomos.

Dictamen 27/2018: Proyecto de Decreto que regula el régimen de autorización sanitaria y comunicación de actividades y establecimientos alimentarios y crea el Registro de Actividades y Establecimientos Alimentarios de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 34/2018: Proyecto de Decreto por el que se crea el Registro de Agentes de Cooperación para el Desarrollo de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 39/2018: Proyecto de Decreto por el que se modifica el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.

Dictamen 45/2018: Proyecto de Decreto por el que se deroga el Decreto 235/2000, de 21 de noviembre, por el que se regulan en la Comunidad Autónoma del País Vasco las medidas de

aplicación de un sistema de etiquetado facultativo de la carne de vacuno y de los productos a base de carne de vacuno.

Dictamen 65/2018: Proyecto de Decreto de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.

Dictamen 69/2018: Proyecto de Decreto por el que se regula la contratación de profesorado especialista y experto en centros públicos no universitarios dependientes del Departamento competente en materia de educación del Gobierno Vasco.

Dictamen 77/2018: Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto de desarrollo y aplicación en la Comunidad Autónoma de Euskadi de los regímenes de ayudas directas incluidos en la Política Agrícola Común (PAC), del Sistema de Información Geográfica de Parcelas Agrícolas (SIGPAC) y de la condicionalidad.

Dictamen 82/2018: Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto de Ayudas de Emergencia Social.

Dictamen 88/2018: Proyecto de Decreto que regula la estructura de las Organizaciones Sanitarias Integradas (OSI) del ente público Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 93/2018: Proyecto de Decreto de organización, funcionamiento y autonomía del Instituto Vasco de Educación a Distancia.

Dictamen 101/2018: Proyecto de Decreto sobre servicios de farmacia y depósitos de medicamentos en las residencias para personas mayores ubicadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 105/2018: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto de las ayudas económicas de apoyo a las familias con hijos e hijas a cargo.

Dictamen 109/2018: Proyecto de Decreto por el que se regula la inspección técnica de edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Registro de inspecciones técnicas.

Dictamen 112/2018: Proyecto de Decreto sobre requisitos y procedimiento para la suscripción de convenios específicos de vinculación con centros sanitarios de titularidad privada sin ánimo de lucro.

Dictamen 113/2018: Proyecto de Decreto del censo de caza.

Dictamen 126/2018: Proyecto de Decreto de asistencia jurídica gratuita.

Dictamen 130/2018: Proyecto de Decreto que crea el banco de leche humana donada de Euskadi y establece los requisitos para la captación, extracción, procesamiento, distribución y administración de leche materna para uso del propio hijo o hija y para su donación.

Dictamen 134/2018: Proyecto de Decreto por el que se regula el acogimiento familiar en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 137/2018: Proyecto de Decreto por el que se regulan las gratificaciones de las personas participantes en las elecciones al Parlamento Vasco y otros gastos de funcionamiento vinculados a la administración electoral.

Dictamen 139/2018: Proyecto de Decreto por el que se crea y regula el Registro de víctimas de accidentes de tráfico de Euskadi.

Dictamen 144/2018: Proyecto de Decreto sobre requisitos que deben cumplir las instalaciones desatendidas para suministro al por menor de combustibles y carburantes a vehículos en la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 150/2018: Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de "SPRI-Agencia vasca de Desarrollo Empresarial" y se regula el inicio de su actividad.

Dictamen 158/2018: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto por el que se aprueba el reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 166/2018: Proyecto de Decreto de producción de patata de siembra en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 167/2018: Proyecto de Decreto de modificación del Decreto regulador de la declaración de acto de servicio y régimen de condecoraciones y distinciones honoríficas de la Ertzaintza.

Dictamen 168/2018: Proyecto de Decreto sobre los programas de desplazamiento temporal de personas extranjeras menores de edad a la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 170/2018: Proyecto de Decreto por el que se aprueban las retribuciones y mejoras voluntarias en situaciones de incapacidad temporal del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 187/2018: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de siete títulos de Formación Profesional Básica para su impartición en el ámbito de gestión de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 189/2018: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la ley de espectáculos públicos y actividades recreativas.

C) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (137)

Dictamen 2/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LPS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 3/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AOF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 4/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LMRD como consecuencia de una caída en la Escuela Oficial de Idiomas de Bilbao.

Dictamen 5/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPSE, doña S, don F y don CMS, tras el fallecimiento de don EMG, esposo y padre respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 6/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 9/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña XXX como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 10/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAHS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 11/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJCT como consecuencia de la denegación de la pensión de viudedad tras el fallecimiento de su pareja de hecho.

Dictamen 12/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPCF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 13/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LCV como consecuencia de una caída en un Centro de Mayores de Vitoria-Gasteiz.

Dictamen 14/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EGO como consecuencia de una agresión de un alumno en un centro público de educación primaria.

Dictamen 15/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VDG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 17/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FMSR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 18/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MOP como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 19/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 20/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAH como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 23/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PPB, don M, don C y doña EPP, tras el fallecimiento de don JPV, esposo y padre respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 24/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IPAZ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 25/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JIEL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 26/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ZGG y don F y doña CTG como consecuencia del fallecimiento de su esposo y padre, don FTG, tras la caída sufrida en la puerta de un hospital.

Dictamen 28/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 29/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 30/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EVG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 31/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLL como consecuencia del impacto de una piedra en el vehículo que conducía.

Dictamen 32/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor PMA como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 35/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PRL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 36/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJCM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 40/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EDG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 41/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 42/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GVM como consecuencia del accidente sufrido en una pista de atletismo.

Dictamen 43/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EMFF y don JRP, y por la hija de ambos, la menor LRF, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 44/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCSD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 46/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMO como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 47/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSGE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 48/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SMI como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 49/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RMU como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 50/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LNN como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante su embarazo por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 51/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PPP y su hijo, el menor YYY, como consecuencia de los abusos sexuales sufridos por el menor en el Centro Cívico … .

Dictamen 52/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTLS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 53/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MFS y su hijo, el menor JEF, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 55/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña TDSC y don ERI como consecuencia de la clausura y privación de uso de 7 habitaciones de la Pensión ….

Dictamen 56/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JLBP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 57/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JGC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 58/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMDI como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 59/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLML y otros como consecuencia del derribo de la Cruz de Gaztelumendi en Larrabetzu.

Dictamen 60/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCMV como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 61/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJBA como consecuencia de su exclusión del concurso de traslados convocado mediante Resolución 3792/2008, de 27 de octubre, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 62/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGM como consecuencia del accidente sufrido mientras circulaba en bicicleta por un túnel soterrado bajo la vía del tren.

Dictamen 63/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FNSB como consecuencia de la venta de la sepultura familiar.

Dictamen 66/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBGP y don JJGP tras el fallecimiento de su padre, don JGU, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 67/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor AHB como consecuencia de un accidente en un centro de enseñanza pública.

Dictamen 68/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCAL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 70/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor, IRA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 71/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JVL y don FRVL y don JDVL tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña ALC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 72/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FOEL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 73/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CRH, don IAR, don GAR y don NAR tras el fallecimiento de su esposo y padre, don NAR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 75/2018: Expediente de responsabilidad patrimonial iniciado de oficio por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por los daños sufridos por empresa ISGA Inmuebles, S.A. como consecuencia de la modificación del proyecto de obra para su adecuación a la normativa urbanística.

Dictamen 76/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCLO como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 80/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MRG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 81/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PSH como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 83/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CCM, don IGM y por su hija, la menor IGC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto a la madre y a su fallecido hijo, AGC, por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 84/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JCM como consecuencia de la incoación y tramitación de un expediente disciplinario.

Dictamen 85/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ITP como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 86/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don PGSRG como consecuencia del accidente sufrido durante el traslado en autobús adaptado a un centro de día.

Dictamen 87/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 89/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CHRM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 90/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMAM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 91/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ALBL y su hija AIJB, tras el fallecimiento de don JAJC, esposo y padre respectivamente, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 92/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesto por don JJSG y doña IGP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el embarazo a la madre y a su hija, la menor JSG, por el Servicio vasco de salud-Osakidetza.

Dictamen 95/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IOG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 96/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ASE y don TCB tras el fallecimiento de su hija menor de edad OCS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 97/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por MPAM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 98/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIGC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 99/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLMP y doña MJMM tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JMS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 100/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAEO como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 102/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 104/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AIT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 106/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMAL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 107/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña YGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 108/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don SEO como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 110/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JRG, doña TVR, don PJVR, don MVR y doña MVR tras el fallecimiento de su esposo y padre, don MVQ, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 111/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don APT como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 114/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MUM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 115/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FMLA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 116/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MPC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 118/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 119/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por Axa Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros como consecuencia del pago a sus asegurados tras la caída de un árbol sobre varios edificios.

Dictamen 120/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña JBG, don FAG y doña M y MAB tras el fallecimiento de su hijo y hermano respectivamente, el menor XAB, como consecuencia del servicio prestado por el Departamento de Educación.

Dictamen 122/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAGE como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 123/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AMB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 124/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AMBG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 125/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MHA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 127/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la menor JBM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 128/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 129/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MTA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 131/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ASA al ser excluido del proceso selectivo para el ingreso a las plazas de ... pertenecientes al Cuerpo Superior Facultativo de la oferta pública de empleo 2000 de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 132/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ECF como consecuencia de una caída con su motocicleta en la vía pública.

Dictamen 133/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios del Complejo Inmobiliario ... como consecuencia de la inactividad del ayuntamiento relativa a la no asunción de la prestación de servicios públicos municipales durante el período comprendido entre los días 1 de enero y 13 de diciembre de 2017.

Dictamen 136/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MRTL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 138/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLL como consecuencia una caída en la vía pública.

Dictamen 140/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IAU como consecuencia del otorgamiento de una licencia de obras en un terreno propiedad privada de una tercera persona.

Dictamen 141/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ARE como consecuencia de una caída en un polideportivo municipal.

Dictamen 142/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IIL como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 143/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CKE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 146/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EMP como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 147/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAOM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 148/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTL y sus restantes hermanos, tras el fallecimiento de su hermana doña MMTL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 151/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLCP y doña AM, doña A y doña BAC tras el fallecimiento de su esposo y padre, don ALAM, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 152/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MIAS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 153/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBCG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 154/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don HLL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 155/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBLR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 156/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IME como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakideta-Servicio vasco de salud.

Dictamen 157/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la UTE Alustiza Bidaiak S.L., Autores Aldalur Anaiak S.L., Barrio Autobusak S.L. (UTE ABA 2) como consecuencia de la anulación judicial de la adjudicación del contrato de servicios de "Transporte escolar a los centros públicos de enseñanza dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi en los Territorios Históricos de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia. Cursos escolares 2015-2016 y 2016-2017".

Dictamen 159/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CRH como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 160/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CPC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 162/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MABM tras el fallecimiento de su padre, don JEBV, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 163/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ARB y don JVR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada a su hijo, el menor AVR, por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 164/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NCG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 169/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don CCC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 171/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 172/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor DBF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 173/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCCS como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 174/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LLC como consecuencia de la demora en la adjudicación de una plaza de profesorado asociado de la UPV/EHU.

Dictamen 175/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ERR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 177/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MALM, y don A y don JJLF tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña AEFL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 178/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JIGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 179/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AVC como consecuencia de desprendimientos en una ladera en el ....

Dictamen 181/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMJMZ y por su madre fallecida, doña MCU, como consecuencia de la asistencia prestada a esta última por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 182/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PAA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 183/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don IMP como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 184/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 185/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCMR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 188/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AGN como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 190/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ADM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 191/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don BOP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 192/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños por don FJOP como consecuencia de un accidente en el vestuario de un polideportivo municipal.

D) Revisión de oficio (8)

Dictamen 16/2018: Revisión de oficio de los actos administrativos del Ayuntamiento de Errigoiti relativos a los procedimientos de apremio instados contra la mercantil Garaunza, S.L. por incumplimiento de las obligaciones de urbanización del sector Malluki.

Dictamen 37/2018: Revisión de oficio del Acuerdo de 4 de julio de 2014 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Llodio por la que se concede a don AAC licencia de obras para la construcción de pabellón agrícola.

Dictamen 74/2018: Revisión de oficio de la Resolución de 2 de agosto de 2017, del Director de Función Pública, por la que se declara a doña PQP en situación de baja definitiva en la bolsa de trabajo del Cuerpo Superior Facultativo, Opción Licenciatura en ....

Dictamen 78/2018: Revisión de oficio del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Valle de Trápaga-Trapagaran, del Plan de compatibilización de Ibarzaharra y de los Planes Especiales de Ordenación Urbana de las Áreas Industriales y de Servicios Ibarzaharra 06 y 07, en lo relativo a las previsiones limitativas a la implantación de grandes establecimientos comerciales.

Dictamen 79/2018: Revisión de oficio de las previsiones limitativas de implantación de grandes establecimientos comerciales incluidas en el Plan de compatibilización de Ibarzaharra y su entorno y en los Planes Especiales de Ordenación Urbana de las Áreas Industriales y de Servicios Ibarzaharra 06 y 07.

Dictamen 94/2018: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 21 de octubre de 2016 mediante el que fue otorgada la ampliación de servidumbre de seguridad de arbolado de 206 m^2 a favor de la empresa Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U., sobre la parcela ... polígono ... del término municipal de Azkoitia.

Dictamen 103/2018: Revisión de oficio del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 11 de diciembre de 2012 por el que se renuncia por razones de interés público al concurso de otorgamiento de las licencias para la prestación de servicios de comunicación radiofónica en ondas métricas con modulación de frecuencia.

Dictamen 149/2018: Revisión de oficio del Acuerdo de 9 de octubre de 2017 del Pleno del Ayuntamiento de aprobación definitiva del estudio de detalle de la unidad de ejecución 17-1 del Área AU 17-Artadi de Zumaia.

E) Recurso extraordinario de revisión (1)

Dictamen 161/2018: Recurso extraordinario de revisión contra la Resolución de 20 de noviembre de 2013 de la Junta de Gobierno Local por la que se acuerda la resolución de los convenios urbanísticos de planeamiento y gestión de 13 de febrero y 10 de julio de 2006 y la reclamación de daños y perjuicios a Korreo Berri S.L.

F) Contratos administrativos (8)

Dictamen 7/2018: Interpretación del contrato administrativo de gestión de servicio público que tiene por objeto la limpieza pública urbana y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

Dictamen 21/2018: Resolución del contrato administrativo de obras que tiene por objeto la construcción de edificio multifuncional y equipamiento cultural Errebal para el Ayuntamiento de Eibar.

Dictamen 33/2018: Resolución del contrato administrativo que tiene por objeto la prestación del servicio de limpieza de diversos edificios municipales del Ayuntamiento de Zeanuri.

Dictamen 38/2018: Resolución del contrato administrativo que tiene como objeto el servicio de limpieza viaria y mantenimiento de jardines del Ayuntamiento de Zeanuri.

Dictamen 54/2018: Resolución del contrato menor cuyo objeto es la realización de un vídeo promocional denominado "Vídeo candidatura UNESCO Ciudad Creativa de la Gastronomía" suscrito con la empresa Fomattoo Media SL.

Dictamen 117/2018: Resolución del contrato administrativo que tiene por objeto la prestación del servicio de limpieza del polideportivo Ibarra de Aretxabaleta (Gipuzkoa).

Dictamen 121/2018: Cuarta modificación del contrato administrativo para la prestación del servicio de recogida y transporte de residuos domésticos en los municipios de la Mancomunidad "Debagoineko mankomunitatea".

Dictamen 165/2018: Resolución del contrato de las obras de urbanización de la Fase III-C) del Proyecto de urbanización del AIU 9 Santa Marina.

G) Acuerdos de devolución (7)

Por no ser competencia de la Comisión:

Acuerdo 1/2018: Proyecto de Decreto por el que se declara de interés público la compatibilidad de la impartición de enseñanzas artísticas con la actividad realizada en otro puesto del sector público docente o cultural.

Acuerdo 2/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JFZG, doña ASA y sus hijos, don DZS y doña LZS, como consecuencia de los ruidos y vibraciones producidos por el Ferrocarril Metropolitano de Bilbao en su domicilio.

Acuerdo 3/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMOO como consecuencia de la ocupación de un nicho de su propiedad.

Acuerdo 5/2018: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil Construcciones Urrutia S.A. como consecuencia de la no ejecución de la promoción concertada de 30 viviendas de protección oficial de las unidades UAU 13.1 y 13.2 y anejos vinculados en el municipio de Ordizia.

Acuerdo 7/2018: Resolución del contrato administrativo de gestión de servicio público que tiene por objeto la limpieza pública urbana y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

Por no proceder nuevo dictamen:

Acuerdo 6/2018: Proyecto de Decreto de viviendas y habitaciones de viviendas particulares para uso turístico.

Para que continúe la instrucción:

Acuerdo 1/2019: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EFF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

SEGUNDA PARTE:
EXTRACTO DE LA DOCTRINA

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA

I. Ámbito de actuación

El proyecto remitido, con el contenido que hemos expuesto de manera resumida, **no constituye**, a juicio de la Comisión, **desarrollo material de la legislación estatal, sino que se trata de una disposición aplicativa de dicha normativa**, en la que, además, se abordan otros aspectos procedimentales.

El decreto se dicta en ejercicio de la habilitación que concede el artículo tercero de la LIPSAP, tanto al Consejo de Ministros como al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma, para declarar, en el ámbito de sus respectivas competencias, supuestos en los que el personal comprendido en su ámbito de aplicación pueda desempeñar, por razón de interés público, un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público.

En aplicación de la misma se han dictado previamente, entre otros, el Decreto 302/1985, de 10 de septiembre, por el que se determinan, por razones de interés público, los supuestos de compatibilidad entre el desempeño de los cargos al servicio del Ayuntamiento de Bilbao que se señalan y la actividad en los segundos puestos de trabajo, que se indican, en las instituciones paramunicipales dependientes de esa corporación, o el Decreto 348/1994, de 6 de septiembre, por el que se declara la compatibilidad de los funcionarios docentes de centros públicos de formación profesional específica para impartir formación profesional no reglada.

Es cierto que en esta materia rige el esquema de distribución competencial bases estatales y desarrollo autonómico, como recoge con claridad la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 197/2012, de 6 de noviembre, con cita de su jurisprudencia anterior:

> En cuanto al encuadramiento competencial de las normas en materia de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, la aludida STC 178/1989, de 2 de noviembre (RTC 1989, 178), F. 6, estableció que “el sistema de incompatibilidades del personal, cualquiera que sea el régimen jurídico al que esté sujeto, que se halle al servicio del sector público, debe encuadrarse dentro del régimen jurídico de las Administraciones públicas”, encuadramiento competencial del que se sigue que al Estado corresponde, ex art. 149.1.18 CE, el establecimiento de las bases relativas al sistema de incompatibilidades de los empleados públicos por cuanto, como recuerda la STC 172/1996, de 31 de octubre (RTC 1996, 172), F. 1, por referencia a la anteriormente citada, “el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es básico en cuanto expresión de un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto” con las consecuencias que ello tiene para el legislador autonómico que habrá de respetar las normas básicas dictadas por el Estado, desarrollando las mismas “en función de sus características y, entre ellas, la estructura de sus propias Administraciones y el diseño de la función pública que las sirvan, así como la materia o sector de la actividad administrativa donde se producen” (STC 87/2009, de 20 de abril [RTC 2009, 87], F. 2, recogiendo lo afirmado en la STC 172/1996, de 31 de octubre, F. 6).

Ahora bien, **el proyecto** no pretende acometer ese desarrollo de las bases estatales en materia de incompatibilidades, sino que, al amparo de la habilitación ya comentada, **se limita a establecer un supuesto excepcional de compatibilidad**, se reitera por razón de interés público y, en este caso, en el ámbito de sus competencias en materia educativa (artículo 16 del Estatuto de Autonomía) y Administración Local (artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía).

Es meridiano que la LIPSAP acoge la adopción de determinadas medidas singulares, y algunas de ellas se materializan mediante simples actos administrativos autorizatorios, colocando en la misma situación al Gobierno del Estado, órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma y Pleno de la Corporación Local, como se deduce de los artículos 7.1 *in fine* y artículo 8 LIPSAP.

La que comentamos, sin embargo, requiere la adopción de un acto de carácter normativo, que solo puede ser tomado por el Gobierno del Estado o por el órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma, porque así lo ha querido el artículo 3.1 LIPSAP, una previsión reglamentaria que, mientras no se derogue, va a permitir el posterior dictado de actos autorizatorios, cuando la compatibilidad se solicite en supuestos concretos.

En ese sentido, el contenido del proyecto constituye una auténtica norma ya que se erige en pauta rectora de ulteriores situaciones jurídicas, con vocación de generalidad y permanencia, sin que se agote con su mera aplicación. Ahora bien, con serlo, no ejecuta o desarrolla el régimen de incompatibilidades pues se limita a autorizar un supuesto excepcional de compatibilidad utilizando la habilitación otorgada por la LIPSAP.

Constituiría desarrollo legislativo de la LIPSAP, desde luego, una ley autonómica que se encargara de completar y detallar el régimen del artículo 3.1 LIPSAP, para establecer de forma genérica, por ejemplo, qué funciones, puestos o colectivos del sector público podrían ser autorizados por el Gobierno por razones de interés general, o el procedimiento que debe seguirse para la adopción de la medida. También podría serlo un reglamento autonómico, pero este tendría escasa fuerza normativa pasiva ya que podría ser reformado mediante otro decreto del mismo rango.

Cabe añadir, de manera incidental, que tampoco consta que los dos decretos que se citan en el expediente hayan sido previamente informados por los órganos consultivos superiores de la respectiva Comunidad Autónoma: Decreto 14/2006, de 2 de febrero, del Gobierno del Principado de Asturias, por el que se declara la compatibilidad, por razón de interés público, del desempeño de un segundo puesto o actividad en el sector público en el ámbito musical docente e interpretativo, y el Decreto 181/2006, de 19 de octubre, del Gobierno de la Xunta de Galicia, por el que se declara de interés público, la compatibilidad de la impartición de enseñanzas de música y artes escénicas, artes plásticas y diseño con la actividad realizada en otro puesto del sector público cultural.

Por tanto, examinado el contenido de la futura norma con el fundamento que se ha expuesto, puede observarse que su objeto no es desarrollar la LIPSAP sino que, en

un ámbito estrictamente aplicativo, y al amparo del artículo 3.1 de ese cuerpo legal, se viene a aprobar un supuesto excepcional de compatibilidad de puestos y actividades del sector público.

En consecuencia, **al no ser el proyecto disposición reglamentaria dictada en ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo de la legislación estatal, su examen queda fuera del ámbito de intervención preceptiva de esta Comisión que acota el artículo 3.1.d) de la LCJAE**, por lo que es de aplicación lo dispuesto en los artículos 21 y 28.2.a) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, aprobado por el Decreto 167/2006, de 12 de septiembre.

ACJA 1/2018 pár. 20 a 31

En el presente caso, **el ayuntamiento solicita la consulta en el marco de un expediente incidental de resolución contractual iniciado a instancia de la UTE, siendo esta última, por tanto, quien propone la resolución contractual**.

Esta circunstancia excluye por sí sola, como explicaremos posteriormente, la aplicación del apartado i) del artículo 3.1 de la LCJAE; pero a la misma se añade otra circunstancia aún más clara para excluir la intervención de la Comisión y es que, en su propuesta de resolución, **el ayuntamiento rechaza el incidente de resolución planteado desde la UTE adjudicataria por lo cual ni siquiera se ha planteado el supuesto fáctico principal previsto por la norma**, **esto es, el ejercicio por parte de la Administración de una de sus prerrogativas.** En este caso, la de resolver unilateralmente el contrato.

Hemos de aclarar que los supuestos de intervención de la Comisión en materia de contratos del sector público se concreta, tal y como hemos señalado, en la legislación de contratos del sector público; legislación que ha variado puntualmente en esta cuestión con la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, Ley 9/2017), pero que en lo que aquí nos atañe no ha sufrido variación alguna en cuanto a la intervención de esta Comisión en los supuestos de resolución contractual.

Esa legislación plantea esa intervención en el marco del ejercicio por parte de la Administración de una de sus prerrogativas y ese ejercicio no se materializa cuando la Administración no plantea unilateralmente esa resolución.

También **el hecho de que sea la UTE adjudicataria la que plantea la resolución del contrato excluye**, como también hemos avanzado, **la intervención de esta Comisión, incluso en aquellos supuestos en los que existan desavenencias entre ambas partes en cuanto a los efectos económicos de esa resolución**. Esta situación ha sido analizada por el **Tribunal Supremo** en su **Sentencia de 9 de enero de 2012** (RJ 2012\9), y confirmada en

la Sentencia de 26 de marzo del mismo tribunal (RJ 2012\5527). En ambas sentencias se analiza precisamente la necesidad del informe del órgano consultivo en el marco de una resolución contractual instada por el propio contratista, rechazando el carácter preceptivo de esa intervención. Como señalan ambas sentencias:

> (…) La Administración declara la resolución del contrato si concurre alguna de las causas prevista en el art. 111 en art. 149 del TRLCAP. El expediente para la resolución del contrato, según dispone el art. 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, en la redacción vigente al tiempo de dictarse la resolución recurrida, puede iniciarse: de oficio por la Administración, y en tal caso se deberá dar audiencia por plazo de 10 días naturales al contratista, para que muestre su conformidad o disconformidad con la resolución del contrato; o a instancia del propio contratista, como fue el caso. Es en esta fase donde puede opera la oposición a la resolución del contrato por parte del contratista, y en tal supuesto será necesaria ex art. 59.3º,a) del citado texto el preceptivo informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. **En el caso de autos la resolución fue a instancia del propio contratista; por lo que no había oposición a la resolución del contrato.**
>
> En resolución aparte, resolución que puede ser sucesiva o simultánea (si las obras deben ser continuadas por otro contratista o por la Administración), se determinan los efectos que derivan de su resolución según dispone el art. 151 de la TRLCAP. La oposición del recurrente en la instancia venía referida a los efectos de la resolución del contrato, siendo que la parte había interpuesto el correspondiente recurso contra la liquidación definitiva del contrato efectuada por la Administración, dando lugar al Recurso Contencioso-administrativo que se seguía ante la Sala de Instancia con el nº 2483/2006. Procede por tanto estimar el recurso de casación, al haber interpretado y aplicado incorrectamente la Sentencia de instancia los artículos 59.3º,a) y 149 y 151 de TRLCAP.

Recapitulando el marco en el que ha sido solicitada la consulta, el ayuntamiento no plantea la resolución del contrato y, por tanto, no está ejerciendo la prerrogativa que le atribuye en este caso el TRLCSP y, en cualquier caso, tampoco puede hablarse de oposición por parte del contratista, pues ha sido la propia UTE la que ha instado la resolución en atención a lo acordado anteriormente con el ayuntamiento; acuerdo que no es objeto de valoración por esta Comisión y que hacía referencia a la causa de resolución prevista en el artículo 223.g) del TRLCSP.

En este contexto, esta Comisión no puede admitir la consulta planteada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz puesto que, tal y como hemos reiterado en diferentes ocasiones (p. ej. Dictamen 92/2007 o Acuerdo 2/2013), de la lectura de los artículos 2 y 3 de la LCJAE se concluye que los supuestos de intervención de la Comisión están legalmente tasados y no son posibles las consultas —ni, en consecuencia, la intervención— potestativas. Este régimen ha sido completado por el Reglamento de organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi aprobado por Decreto 167/2006, de 12 de septiembre, que es explíci-

to al respecto [artículos 18, 21 y 28.2. a)]; cuando se aprecie la falta de competencia de la Comisión un acuerdo pondrá término al procedimiento de consulta.

ACJA 7/2018 pár. 8 a 14

II. Nueva consulta

Respecto a la modificación del proyecto de decreto que ahora se somete a consulta, la Comisión ha de examinar, en primer lugar, si existe fundamento para su intervención, en atención a lo previsto en el artículo 29 de la LCJAE. Ese precepto establece los supuestos de nueva consulta en los siguientes términos: "Si, tras la emisión del dictamen, el asunto sobre el que verse es objeto de modificaciones sustanciales que introducen nuevos contenidos que no responden a las sugerencias o propuestas efectuadas por la comisión o las exceden, se ha de realizar una nueva consulta sobre dichos cambios".

Conforme al artículo 29 de la LCJAE, por tanto, procederá un nuevo examen solo en el caso de que concurran "modificaciones sustanciales", que es un concepto jurídico indeterminado, para cuya concreción, siguiendo el literal del artículo, habrá de estarse a la conexión de tales modificaciones con lo analizado en el dictamen que las precede. O, en otras palabras, como dijimos en el Dictamen 10/2000 (y hemos recordado en otros posteriores, como el 51/2014, o en el Acuerdo 2/2014), dictaminado un determinado proyecto, la Comisión solo tendrá que volver a examinarlo cuando de su nueva elaboración se colija la existencia de elementos o aspectos sustantivos distintos de los examinados en el anterior informe que, por su relevancia, reclamen un nuevo análisis.

En relación con la cuestión que se plantea, el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina, referida al Consejo de Estado, que entendemos aplicable a los supuestos de intervención de esta Comisión. Conforme a ella, **el ámbito de la nueva intervención del órgano consultivo se delimita con exactitud en los siguientes términos: cuando "...las innovaciones introducidas tras el dictamen del Consejo de Estado no han sido sugeridas por éste, son ajenas a los términos de la consulta y, además, ostentan una relevancia sustancial"** (Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 27 de mayo de 1993 —RJ 1993\102040—).

En esa línea, la reciente **sentencia de ese tribunal de 18 de mayo de 2018** —JUR 2018\142040—, en su fundamento de derecho cuarto recopila esa reiterada doctrina jurisprudencial concerniente a la necesidad de nuevo dictamen del Consejo de Estado cuando un proyecto se modifica con posterioridad a su intervención. Subraya, con cita de otras sentencias, que "**no es necesaria una nueva consulta al Consejo de Estado cuando se realizan retoques en el Texto o se introducen modificaciones no sustanciales (…), ni cuando las discordancias entre el Proyecto y el Texto definitivo son consecuencia lógica del procedimiento de elaboración, en el que se emiten informes por distintos órganos, que pueden dar lugar a variaciones en la disposición que resulte, por fin, aprobada**, pudiendo añadirse, que la propia doctrina de la Sala ha insistido en la necesidad de efectuar una interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales establecidas para la elaboración de disposiciones generales, que se justifican no por el puro formalismo de su realización sino

por la finalidad a que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate (…)".

Recuerda, asimismo, esa STS de 18 de mayo de 2018 que es jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (STS de 8 de marzo de 2006) que, cuando las modificaciones introducidas en el texto definitivo de una disposición general no sean sustanciales, resulta innecesaria una nueva audiencia de las asociaciones, corporaciones o entidades representativas de intereses legítimos que guarden relación directa con el objeto de la disposición; como también lo es un nuevo dictamen del Consejo de Estado, "entre otras razones porque su parecer no es vinculante, de manera que si, contemplada la modificación tanto desde una perspectiva relativa, por la innovación en el texto informado, como absoluta, por su importancia intrínseca, no representa una alteración sustancial en el ordenamiento previamente sometido al trámite de audiencia o informe, la falta de éstos, respecto de la reforma introducida, no acarrea su nulidad radical, al haber contado quien ostenta la potestad para redactar definitivamente la disposición con el criterio o ilustración de las entidades, corporaciones, asociaciones y organismos consultados, que, en definitiva, es el fin perseguido (…) al establecer un procedimiento para la elaboración de los reglamentos (…)".

Dicha sentencia invoca también la de 31 de enero de 2001, por referencia a la de 27 de mayo de 1993, valorando las modificaciones allí producidas, que no requerían nuevo dictamen del Consejo de Estado, "ya que es necesario compatibilizar el carácter final de dicho dictamen, como juicio de síntesis de todas las cuestiones planteadas e informes específicos emitidos con anterioridad, con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (…), de la que resultaría desapoderado este si hubiese de ajustarse literalmente en la redacción definitiva a dicho dictamen, pues **sólo si se regulasen materias no incluidas en el Proyecto remitido a dictamen o su ordenación resultase completa o sustancialmente diferente, sin haber sido sugerida por el propio Consejo de Estado, debería recabarse sobre tales extremos nuevo informe**, ya que el titular de la potestad reglamentaria ostenta la facultad de introducir en el texto remitido al Consejo de Estado las reformas que considere adecuadas para la redacción final sin otro límite que el expresado (…)".

ACJA 6/2018 pár. 7 a 12

III. Parámetros

A) Actos administrativos

Contratación

El primer paso en ese proceso de revisión debe consistir en determinar la naturaleza de la reclamación presentada, para lo cual ha de analizarse la relación jurídica existente entre CUSA y la Administración General de la Comunidad Autónoma.

En el presente caso, **el departamento no ha hecho más que aceptar la calificación de la reclamación planteada por la empresa CUSA, la cual considera que existe responsabilidad de la Administración de naturaleza extracontractual** porque "la falta de ejecución de la promoción concertada tuvo lugar como consecuencia de la decisión de la Dirección de Planificación y Procesos Operativos de Vivienda".

Sin embargo, esta Comisión no puede emitir su dictamen sin tener en cuenta los antecedentes de la reclamación que muestra el propio expediente.

El origen de la reclamación se encuentra en la Orden del Consejero de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco de 14 de junio de 2012, por la que se autoriza la constitución de un derecho de superficie sobre terrenos propiedad de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco sitos en el Área de Intervención Urbanística A.I.U. "13-Floreaga" del barrio de San Juan, con destino a la Promoción Concertada de 30 Viviendas de Protección Oficial de Régimen General en las parcelas de las unidades UAU 13.1 Y 13.2, y sus anejos vinculados (además de locales comerciales en el caso de que existan), en el municipio de Ordizia (Gipuzkoa).

En el BOPV n.º 142 de 20 de julio de 2012 se publicó el anuncio relativo a la convocatoria pública para la señalada promoción concertada y, tras el análisis y valoración de las ofertas presentadas, resultó como adjudicataria del citado derecho de superficie la empresa CUSA; adjudicación que se produjo mediante Resolución de 22 de noviembre de 2012 del Director de Suelo y Urbanismo.

Como consecuencia de la adjudicación ambas partes asumen obligaciones y adquieren derechos recíprocos sobre la otra parte y de diferente naturaleza. La principal obligación de la Administración era la de constituir en favor de la empresa adjudicataria un derecho de superficie sobre los terrenos de su propiedad y por un periodo de 75 años. La empresa, por su parte, se obliga a construir las viviendas de protección oficial de régimen general para su posterior enajenación a personas físicas o unidades convivenciales que cumplan los requisitos que se establecen por la Administración. Asume igualmente la empresa otras obligaciones accesorias, entre las que cabe destacar la entrega gratuita y en nombre del Departamento de Vivienda, Obras Públicas y Transportes del Gobierno Vasco de 241,15 m^2 de locales comerciales que resulten de la edificación proyectada al Ayuntamiento de Ordizia, la redacción de un Plan Especial que recoja el planeamiento existente y el aumento del número de viviendas, así como el reajuste de alineaciones y rasantes o la asunción de cargas de urbanización, hasta un máximo de 100.000,00 € (I.V.A. no incluido).

Como se desprende de la propia reclamación, **el daño cuya indemnización se pretende es consecuencia de factores ajenos a la empresa adjudicataria CUSA. En concreto, la imposibilidad de ejecución tiene que ver con la falta de ejecución de una de las fases de urbanización** de la zona —la Fase I que, según parece, de acuerdo con lo convenido entre el departamento entonces competente en materia de vivienda y el Ayuntamiento de Ordizia, debía ser ejecutada por este último— **y la inexistencia de demanda de vivienda en el área funcional.**

Nos encontramos, por tanto, **ante una reclamación planteada en el marco de una relación de naturaleza contractual.**

La anterior afirmación se ve además confirmada por los pasos que ambas partes han dado con posterioridad a la adjudicación, dirigidos a la rescisión de la relación por mutuo acuerdo; acuerdo que finalmente se ha frustrado por los reparos planteados durante su tramitación por la Oficina de Control Económico. En cualquier caso, esos reparos ─relacionados fundamentalmente con cuestiones formales o competenciales─ no alteran la existencia de una relación de naturaleza contractual entre la Administración y la empresa CUSA.

Y encontrándonos ante una relación de esa naturaleza, es preciso recordar la **doctrina de esta Comisión** en torno a la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, dado que **no procede encauzar una petición de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración (responsabilidad extracontractual) cuando el hecho causante y la correspondiente reparación del daño alegado tenga una vía procedimental específica establecida en el ordenamiento jurídico.**

Tal y como señalamos en nuestro Dictamen 67/2010, no podemos obviar el hecho de que ambos tipos de responsabilidad son claramente diferenciables, "pues como dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1999, la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que esta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento ─por parte de las partes contratantes─ de un deber estipulado en el contrato" (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000).

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

Una vez reconducido el fundamento de la reclamación al ámbito contractual, **es preciso advertir que la intervención de esta Comisión en el marco de la contratación del sector público no alcanza a cualquier contrato que celebre la Administración, ni tampoco a cualquier incidencia que se produzca durante su ejecución, sino que se ciñe únicamente a los calificados como contratos administrativos y, dentro de estos, a aquéllos supuestos predeterminados por la ley**. Ello, claro está, dejando a un lado los supuestos de

revisión de oficio, en cuyo caso existe un régimen específico que puede afectar a contratos calificados como privados por ser adjudicados por entidades que actúan con formas de personificación del derecho privado.

Ello obliga a analizar las características del contrato para determinar si se trata de un contrato privado o administrativo.

La cuestión no resulta sencilla dado que nos encontramos ante una relación compleja, que no puede ser encajada en ninguno de los denominados "contratos típicos", y presenta connotaciones patrimoniales y urbanísticas que obligan a considerar diferentes aspectos en la relación contractual.

Debemos descartar obviamente, tal y como hemos señalado, la calificación del contrato dentro de los considerados típicos, pero no así su consideración dentro de los **contratos de naturaleza administrativa especial**. A estos se refiere el artículo 19.1.b del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante, RDL 3/2011) ─norma vigente en el momento en el que licitó y adjudicó la constitución del derecho de superficie─, y son así considerados cuando su objeto no es el definido por la ley para los contratos típicos, pero están igualmente vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacen de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla.

Esa calificación tampoco resulta sencilla en aquellos casos en los que el objeto del contrato afecta a un bien patrimonial de la Administración, dado que el artículo 4.1.p) de esa misma ley califica con carácter general los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles como contratos privados, excluyéndolos del ámbito de la legislación de contratos del sector público y remitiendo en cuanto a su régimen jurídico a lo dispuesto en la legislación patrimonial. La misma exclusión se mantiene en el artículo 9.2 de la nueva Ley 9/2017.

La cuestión radica, por tanto, **en determinar si para calificar como administrativo un contrato celebrado por la Administración debe prevalecer su vinculación con el interés público perseguido con su objeto o si lo que prevalece es el propio objeto del mismo, al margen de su causa.** En este segundo caso, los contratos a los que se refiere el artículo 4.1.p) del RDL 3/2011, celebrados por una Administración pública ─entre los que se encontraría el que nos ocupa─, serían siempre privados, independientemente de la finalidad perseguida con el mismo.

La realidad muestra la diferente consideración que en el mundo administrativo se ha dado a la **constitución de un derecho de superficie por parte de una Administración pública sobre terrenos que forman parte de su patrimonio**. En alguna ocasión ha sido considerado, incluso, como un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (Resolución 24/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, referida a la construcción y explotación de un edificio destinado a una Ciudad de la Justicia).

Una segunda opción es la que se desprende del Dictamen del Consejo Consultivo de Madrid 181/2014, de 30 de abril de 2014, referido a la construcción de determinadas infraestructuras deportivas en la que se entiende como un contrato estrictamente privado. Pero también ha sido considerado como un contrato administrativo especial, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 385/2011, de 22 de diciembre, que aborda el caso de un derecho de superficie para la construcción y explotación de una residencia para la tercera edad.

En lo que al supuesto que nos ocupa, **esta Comisión debe decantarse con claridad por la naturaleza administrativa del contrato, al imponerse su causa y el objetivo perseguido por el mismo sobre el carácter estrictamente patrimonial de su contenido.**

Como hemos adelantado, el destino de los terrenos cedidos bajo derecho de superficie era, según se recoge en el pliego de condiciones técnicas y jurídicas que regía la concesión a título oneroso del señalado derecho de superficie, el de servir de base a la construcción de 30 viviendas de protección oficial de régimen general, para su posterior enajenación a personas físicas o unidades convivenciales que cumplieran los requisitos establecidos por el departamento competente en materia de vivienda.

Pudieron concurrir a la convocatoria de adjudicación, según figura en el pliego, aquellas personas naturales y jurídicas, españolas o extranjeras, que, teniendo plena capacidad de obrar y constituidas de acuerdo a las normas reguladoras de sus respectivos regímenes jurídicos, cumplían los requisitos exigidos por la legislación de contratos del sector público.

La presentación de propuestas y documentación complementaria se regía por lo dispuesto en el artículo 34.1 del Decreto 39/2008, de 4 de marzo, sobre régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, normativa de indudable carácter público, que se impone al aspecto meramente patrimonial de la operación.

El pliego de cláusulas administrativas particulares que regía la adjudicación de beneficios de las promociones concertadas de viviendas de protección pública por el procedimiento de licitación abierto y la forma de adjudicación de concurso establecía que el concurso y las actuaciones subsiguientes se regirían por las cláusulas contenidas en el pliego, en las bases de la convocatoria publicada al efecto en el Boletín Oficial del País Vasco y en el pliego de condiciones técnicas y jurídicas. Para lo no previsto en los mismos contemplaba la aplicación de lo dispuesto en la legislación vigente en materias de contratación administrativa y patrimonial.

Tal y como afirma la Sala de lo civil del Tribunal Supremo en su Sentencia 1110/2002 de 26 noviembre (RJ 2002\9935), un importante sector de la doctrina entiende que el **derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana** común o clásica que, por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el derecho civil; **y la urbanística**, que, al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras

edificaciones determinadas en los planes de ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo. Esta diferenciación ha sido recogida y desarrollada en mayor detalle por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 2.ª, en su Sentencia 829/2003, de 10 junio.

De acuerdo con esta doctrina, es preciso diferenciar la constitución de un derecho de superficie urbano, negocio excluido del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, de aquellos casos en los que, como en el que nos ocupa, **el derecho de superficie aparece como instrumento de las administraciones para ejecutar su política de vivienda**; supuesto este último que **se desarrolla con un fin público y en el marco de una regulación jurídico-pública.**

Este segundo supuesto —que es, insistimos, el que nos ocupa— es el que prevé también la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo, en sus artículos 128 y siguientes, orientado a la explotación de los patrimonios públicos de suelo; patrimonios que, como es sabido, son independientes y separados del resto del patrimonio de cada Administración y se encuentran afectos al cumplimiento de una serie de fines públicos relacionados con el urbanismo y la vivienda. Por su parte, el Decreto 39/2008, de 4 de marzo, de régimen jurídico de viviendas de protección pública y medidas financieras en materia de vivienda y suelo, contempla el derecho de superficie en su artículo 28, señalando que las administraciones públicas podrán constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas de protección pública, cuyo derecho corresponderá al superficiario.

Resta por citar, para completar el complejo régimen jurídico al que se sometería la cuestión aquí suscitada, lo dispuesto por la disposición adicional segunda del Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto refundido de la Ley del patrimonio de Euskadi. Esta disposición confirma la diferente consideración que debe darse a las operaciones patrimoniales desarrolladas por la Administración General de la Comunidad Autónoma cuando afectan a la promoción de viviendas, de manera que "los bienes y derechos destinados a la promoción de vivienda en el ámbito de la política de vivienda se regirán por sus normas específicas, y supletoriamente por esta ley, en cuya aplicación el departamento competente en materia de vivienda ejercerá las competencias atribuidas al departamento competente en materia de patrimonio".

Cabe añadir aún un último argumento a favor de la naturaleza administrativa del contrato y su sujeción, con las especificidades que corresponden a su compleja regulación, a la normativa de contratos del sector público.

En efecto, aun siendo el contexto normativo diferente por tratarse de un supuesto al que aún resultaba de aplicación la antigua Ley de contratos del Estado, consideramos vigente y con pleno sentido lo argumentado por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia de 6 octubre 2004; RJ\2004\7313), referido a la transmisión dominical de unos terrenos propiedad de la Administración para la construcción de viviendas protegidas. Como señala esta sentencia,

> (…) no cabe dudar, por lo tanto, de que la adjudicación efectuada como consecuencia del concurso convocado en el B.O.E de 26 de julio de 1980 no queda circunscrita a la celebración de un convenio de carácter jurídico privado y finalidad lucrativa, como ocurre cuando se afectan bienes de carácter patrimonial y su objeto es ajeno a la satisfacción de un servicio público (Sentencia de 15 de febrero de 2002); con mayor motivo teniendo en cuenta que esta última finalidad ha de ser entendida en un sentido amplio, según se desprende de pronunciamientos concretos de esta misma Sala ya sea en relación el arrendamiento de una plaza de toros para la gestión de los espectáculos taurinos –que entran en el ámbito de las actividades culturales propias de un Ayuntamiento–, ya cuando se trata de la ejecución de un aparcamiento (Sentencia de 30 de octubre de 2001, ya citada), o de instalaciones de carácter deportivo y uso público (Sentencia de 4 de mayo de 1999). Y con mayor razón tratándose de la construcción y consiguiente reventa a un precio fijo estipulado de viviendas de protección oficial a adjudicar con sujeción a lo preceptuado en la legislación especial sobre la materia. Precisamente la doctrina jurisprudencial ha tenido ocasiones de pronunciarse sobre este extremo concreto de manera explícita, no solamente a través de las resoluciones de 12 de marzo (RJ 1996, 2030) y 11 de junio de 1996 (RJ 1996, 6123) que se transcriben en el escrito de oposición al recurso, sino también más recientemente en las de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8839) y 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 6149) , destacando que la finalidad social indudable que se atribuye a la construcción de este tipo de viviendas es una de las circunstancias que permiten caracterizar la naturaleza administrativa del contrato celebrado con esa finalidad.
>
> (…) ni el contrato objeto de litigio está exceptuado por disposición de la Ley de quedar sometido a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni la Ley del Patrimonio del Estado (RCL 1964, 896, 1024) tiene otro objeto que regular el régimen de adquisición, conservación, rendimiento y régimen jurídico de los bienes incluidos en el artículo 1º del Texto articulado de 15 de abril de 1964, o de las actividades comerciales e industriales del sector público, actividades que en absoluto influyen en la naturaleza de los contratos celebrados por la Administración en interés del servicio público mediante la enajenación de bienes que tengan esa misma consideración.

La Comisión considera, por tanto, que **nos encontramos ante un procedimiento dirigido a la celebración de un contrato de naturaleza administrativa, por lo cual la reclamación de la empresa debe encauzarse por esa vía, cuyo régimen jurídico, como decimos, se encuentra fundamentalmente, incluso en lo que se refiere a los actos preparatorios del contrato, en la normativa que regula la contratación en el sector público.**

Adelantándonos a otro potencial problema en la determinación del tipo de responsabilidad que se sustancia en este caso, **el contrato en cuestión ha de considerarse además perfeccionado con la adjudicación**, puesto que, pese a que el RDL 3/2011 contempla la perfección de los contratos administrativos sólo desde su formalización ─cambio de paradigma que se produjo con la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007 de contratos del sector público─, en este caso el pliego de condiciones técnicas y jurídicas que regía la concesión a título oneroso del derecho de superficie únicamente contemplaba la formalización en escritura pública del derecho de superficie, sin contemplar ningún otro elemento formal

para la asunción de las recíprocas obligaciones que se asumían con la presentación de la oferta y la adjudicación de los beneficios de la promoción concertada.

Ahora bien, tampoco es esta la única cuestión a dilucidar antes de juzgar preceptiva **nuestra intervención**, pues **no todas las incidencias que se producen en la vida de un contrato administrativo precisan para su resolución de esa intervención** y, como ya hemos adelantado, los supuestos de intervención de la Comisión están legalmente tasados y no son posibles las consultas potestativas.

Hasta la reciente entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, Ley 9/2017), la intervención de esta Comisión en reclamaciones de índole contractual se limitaba, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1.i) de la LCJAE, a los supuestos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos de acuerdo con la legislación sobre contratación de las administraciones públicas y de régimen local.

La entrada en vigor de la **Ley 9/2017 ha introducido una novedad que afecta al ámbito de intervención de esta Comisión** a través de lo dispuesto en el apartado n) del artículo 3.1 de la LCJAE, según el cual la Comisión ha de ser consultada en cualquier otro asunto de la competencia de las administraciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley para el que, en virtud de normas con rango o fuerza de ley, sea preceptiva la intervención de la Administración consultiva.

El artículo 191.3 de la Ley 9/2017 ha añadido, en efecto, un nuevo **apartado c)** a lo que ya disponía el artículo 211.1 del RDL 3/2011 ─así como en sus antecedentes legislativos─, **para establecer el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en "las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma".**

Aunque no sea este lugar adecuado para valorar la oportunidad de esta **novedad introducida** en la nueva ley, sí es preciso adentrarnos en alguna medida a su origen y finalidad, a los efectos de determinar su concreto efecto en el ámbito de actuación de esta Comisión.

De inicio, el motivo por el cual la Ley 9/2017 ha recogido expresamente este nuevo apartado ha de buscarse en el informe que el Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, emitido con objeto del anteproyecto de Ley de contratos del sector público, que finalmente se ha materializado en la Ley 9/2017.

El Consejo de Estado, en efecto, advertía en su informe de lo siguiente.

De acuerdo con la redacción original de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, tenía carácter preceptivo la intervención de la Comisión Permanente en los expedientes relativos a "reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado" (artículo 22.13). Como dejó sentado este Consejo de Estado en el dictamen nº 1.699/96, de 7 de noviembre, emitido en relación con una consulta donde se planteaba por la Abogacía del Estado la preceptividad del dictamen en los expedientes de responsabilidad contractual de la Administración, el artículo 22.13 transcrito no explicitaba "el título jurídico que sirve de amparo a la pretensión de resarcimiento deducida frente a la Administración Pública. Así pues, la intervención preceptiva de este Consejo de Estado se exige en todos aquellos casos en que se formula una reclamación indemnizatoria ante la Administración, abstracción hecha del título jurídico en que objetivamente pudiera fundarse, ya fuere éste de naturaleza contractual o extracontractual".

Sobre esta cuestión no tuvo impacto la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que se limitó a fijar un umbral económico (de 6.000 euros o cuantía superior prevista legalmente) a partir del cual sería preceptivo el dictamen en el caso de reclamaciones dirigidas a la Administración, pero sí la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible. Esta última disposición otorgó al artículo 22.13 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado su redacción actual, conforme a la que la Comisión Permanente "deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) Trece. Reclamaciones que, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, se formulen a la Administración General del Estado en los supuestos establecidos por las leyes".

Ninguna duda suscita la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual, (…)

Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, dada la redacción vigente del artículo 22.13 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, puede cuestionarse el carácter preceptivo de la intervención del Consejo de Estado. La intervención tradicional de este Alto Cuerpo Consultivo en los expedientes de responsabilidad contractual ha permitido sentar una aquilatada doctrina, que ha coadyuvado a resolver las dudas interpretativas que, por ejemplo, han ido surgiendo al valorar la indemnización de daños y perjuicios a que los contratistas tienen derecho en los supuestos de suspensión contractual.

Por ello, resulta de todo punto conveniente que, en la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y en relación con ellos, se afirme con claridad —para evitar las dudas actuales— el carácter preceptivo al dictamen del Consejo de Estado en la tramitación de cualquier reclamación dirigida a la Administración del Estado con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, a partir de cierta cuantía (que podría fijarse también en 50.000 euros, en consonancia con la responsabilidad extracontractual).

La propuesta del Consejo de Estado fue acogida mediante la inclusión en el proyecto del ya citado apartado c), en el artículo 191.3 de la Ley 9/2017, esto es, en el artículo destinado a

regular el procedimiento de ejercicio de las prerrogativas contractuales que, a su vez, siguen definidas en el artículo 190 de la nueva ley. Cabe advertir que la nueva ley otorga esa calificación a dos facultades que ya se venían reconociendo con anterioridad a la Administración aunque sin ser calificadas formalmente como prerrogativas: i) la suspensión de la ejecución del contrato, que se deprendía de lo establecido por el articulado de la ley y; ii) la declaración de la responsabilidad imputable al contratista frente a terceros a raíz de la ejecución del contrato, que la jurisprudencia —y esta Comisión— ya venía extrayendo de lo dispuesto en el artículo 214 del RDL 3/2011.

En cualquier caso, **lo que no se aprecia** —al menos con la claridad que resultaría deseable— **es que la nueva función atribuida en el ámbito específico de la contratación administrativa al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma se ligue específicamente a alguna o algunas de las prerrogativas tradicionales, o de las ahora reconocidas como tales en la nueva ley,** y tampoco parece que la argumentación del Consejo de Estado fuera en esa dirección. Su finalidad, a la vista de lo expuesto, era clarificar su intervención en las reclamaciones por daños y perjuicios de naturaleza contractual, que se derivaba de su propia ley orgánica, y en relación con la Administración del Estado. Todo ello, además, independientemente de las clásicas prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos.

La Ley 9/2017, al prever la intervención preceptiva de los órganos consultivos en cualquier reclamación con fundamento en la responsabilidad contractual en que la Administración pueda haber incurrido, permite pensar que esa intervención resulta preceptiva en cualquier reclamación de carácter económico que supere el umbral económico fijado o que se fije por las comunidades autónomas, con lo cual sólo caben dos posibles interpretaciones. La primera de ellas supondría que la intervención de los órganos consultivos ya no se reduciría al ejercicio por la Administración de sus clásicas prerrogativas, en cuyo caso, la ubicación de ese apartado c) en el artículo 191.3 de la nueva ley resultaría, en el mejor de los casos, asistemática. La segunda interpretación supondría considerar que cuando la Administración hace frente a cualquier reclamación de daños de naturaleza contractual adopta una situación de privilegio y ejerce una de las prerrogativas que le otorga la ley. El problema en este segundo caso sería la identificación de esa prerrogativa entre las reconocidas por el artículo 190 de la nueva ley. La cuestión así planteada tiene una repercusión aún pendiente de valoración puesto que, de considerarse que nos encontramos ante una nueva prerrogativa, en su aplicación debería tenerse en cuenta inexcusablemente el régimen transitorio previsto por la Ley 9/2017.

Al hilo de esta última cuestión, es preciso igualmente advertir que la ubicación sistemática de esa intervención en el artículo 191 de la Ley 9/2017 presenta otro problema al que debe darse respuesta antes de confirmar o excluir la preceptiva participación de esta Comisión en la presente reclamación.

Este artículo se encuentra en el capítulo I del título I del libro segundo de la ley. Concretamente en su sección 3.ª, intitulada "De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos".

Pues bien, la disposición transitoria primera de la ley se refiere a los expedientes iniciados y a los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, contemplando su apartado 2 que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada se regirán, "en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior".

No carece de sentido, por tanto, **cuestionarse si a un contrato adjudicado durante la vigencia del RDL 3/2011 le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 191 de la Ley 9/2013. De no entenderse así, la intervención de esta Comisión sólo podría plantearse en el marco de lo dispuesto por el artículo 211 del RDL 3/2011, en cuyo caso sólo correspondería en los supuestos de interpretación, modificación y resolución, además de los supuestos en los que se declara la responsabilidad imputable al contratista frente a terceros a raíz de la ejecución del contrato**. En este último caso, sin embargo, la intervención de esta Comisión se ha producido hasta la fecha en el marco de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Teniendo en cuenta que el artículo 191 de la Ley 9/2017 regula el procedimiento para su ejercicio, esta cuestión podría superarse acogiendo el principio según el cual se impone la aplicación del procedimiento vigente al tiempo en que este se inicia salvo que se establezca expresamente lo contrario, pero para ello habrá de identificarse previamente la prerrogativa a la que responde la aplicación del apartado c) del artículo 191.3, puesto que, si la reclamación no puede ser conectada con alguna de las que ya se reconocía como tal en el RDL 3/2011, habrá de considerarse que nos encontramos ante una prerrogativa de nuevo cuño, y sólo podrá ser ejercida por la Administración en aquéllos contratos que se hayan adjudicado tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017.

Retomando el concreto supuesto objeto de consulta, **la directa vinculación de los daños reclamados con la adjudicación mediante concurso público de un contrato, por el adjudicatario del mismo, excluye la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración**, cuya apreciación exige unos presupuestos diferentes al caso que nos ocupa.

La diferencia es palpable, por ejemplo, en el plazo de prescripción de la acción. La propuesta de resolución aprecia como primer motivo para rechazar la reclamación el de la prescripción de la acción, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Sin embargo, ese plazo es diferente en las acciones que tienen como fundamento un contrato y, cuando este tiene naturaleza administrativa, la norma a tener en cuenta a efectos de prescripción es, a juicio de esta Comisión. la presupuestaria, por delante incluso de la civil. Esa es la tesis que se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero 2003 (RJ 2003\2282) dictada en recurso de casación para unificación de doctrina cuando, reclamada una cuantía a la Administración en el marco de un contrato administrativo, afirma que:

> Estamos, en efecto, ante la exigencia de cumplimiento de una obligación de Derecho Público, la contraída por la Diputación Regional de Cantabria, en virtud del principio de la prohibición del enriquecimiento injusto, al beneficiarse de unas obras realizadas por Cosacal, S.A, que no ha retribuido. Por eso, las reglas a observar en lo que a la prescripción se refiere no son las del Código Civil, sino las establecidas en la Ley General Presupuestaria.

La naturaleza contractual de la relación y, por tanto, de la reclamación, también se aprecia, como ya hemos apuntado, en la propia actuación para tratar de llegar a un acuerdo de rescisión del contrato con la empresa CUSA durante el año 2015, por parte del departamento competente en materia de vivienda; actos preparatorios que llegaron incluso a la aceptación de la empresa CUSA, en escrito de 8 de octubre de 2015, el acuerdo con renuncia a cualquier tipo de reclamación presente o futura derivada del citado acuerdo, y que no fructificaron por los reparos planteados por la Oficina de Control Económico.

La intervención de esta Comisión, por tanto, ha de ser rechazada desde la perspectiva planteada por el departamento y ser reconducida, en su caso, a alguno de los supuestos previstos en el apartado i) del artículo 3.1 de la LCJAE o al supuesto que, como consecuencia de lo dispuesto en el nuevo apartado c) del artículo 191.3 de la Ley 9/2017 ─reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros─, se incorpora a nuestro elenco de competencias vía apartado n) del artículo 3.1 de la LCJAE ─cualquier otro asunto de la competencia de las administraciones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley para el que, en virtud de normas con rango o fuerza de ley, sea preceptiva la intervención de la Administración consultiva─.

En todo caso, esa intervención sólo podrá producirse en el marco del procedimiento previsto en la legislación de contratos del sector público ─artículo 211 del RDL 3/2011 o 191.3 de la Ley 9/2017─ conforme a los cuales, en los casos de interpretación, nulidad y resolución de los contratos, para que esa intervención resulte preceptiva debe también constar la oposición del contratista. En las modificaciones contractuales, el artículo 191.3 de la Ley 9/2017 ha limitado la intervención del órgano consultivo a las modificaciones que no estuvieran previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, elevando el porcentaje del 10 por ciento previsto en el RDL 3/2011 hasta el 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, manteniendo el umbral del precio en los 6.000.000 de euros.

Por los motivos ya expuestos, no es este lugar ni momento para entrar a analizar, con la extensión que requeriría, el alcance exacto de lo dispuesto en el nuevo apartado c) del artículo 191.3 de la Ley 9/2017 en relación con la intervención de los órganos consultivos. No obstante, **el supuesto que nos ocupa podría tener encaje,** respetando el procedimiento previsto para ello, **en un supuesto de resolución pero, para resultar preceptiva la intervención de esta Comisión, debería identificarse con claridad la causa de resolución invocada y los motivos de la oposición mostrada por el contratista.**

En relación con la resolución contractual, debe igualmente tenerse en cuenta lo contemplado lo dispuesto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas, y en la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, es preciso atender a los trámites previsto por el artículo 97 del mismo Reglamento.

En definitiva, **tratándose de una reclamación de naturaleza contractual, la intervención de esta Comisión debe enmarcarse en alguno de los supuestos legalmente establecidos y tras su tramitación por los cauces oportunos, de manera que sólo entonces procederá solicitar el dictamen de este órgano consultivo.**

ACJA 5/2018 pár. 9 a 63

Responsabilidad patrimonial

También hay que decir que **el reconocimiento por la sentencia penal del derecho de la víctima a ser indemnizada no impide que se sustancie la presente acción de responsabilidad patrimonial, en tanto que aquella tiene un fundamento distinto, siendo perfectamente "compatible con la responsabilidad criminal y con la civil ex delicto**, como ha tenido ocasión de reconocerlo este Tribunal en Sentencias de 6 de febrero de 1987, 13 de marzo de 1989 o 30 de enero de 1996" (Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 10 de abril de 2008-RJ 2008/1771).

DCJA 51/2018 pár. 35

B) Disposiciones Generales

Proyectos de normas con rango de ley

Cuando se analiza un anteproyecto de ley, las sugerencias buscan, en síntesis, bien mejorar la coherencia interna de la futura norma y su inserción en el ordenamiento autonómico, bien identificar nuevos contenidos o modulaciones del texto que, a juicio de la Comisión, ayuden a obtener una regulación más acabada, siempre tomando como parámetro la finalidad y objetivos que, conforme advere su tramitación, hayan inspirado la elaboración del anteproyecto.

Este aspecto del examen de las normas proyectadas ha cobrado una dimensión distinta y sin duda mayor tras la asunción en nuestro ordenamiento (lo que no sucedía en el año 2003) de los principios y reglas del programa "legislar mejor".

Conforme a estos debe asegurarse la claridad y el rigor en la formulación y redacción de las normas así como su adecuada relación con el resto de normas del ordenamiento jurídico.

Es ya un diagnóstico común entre quienes se ocupan de la ciencia de la legislación que la hiperinflación y dispersión normativas están produciendo un efecto indeseado en los ordena-

mientos, poblados de regulaciones parciales, a menudo contradictorias, que no solo dificultan enormemente la labor de los operadores jurídicos y merecen una valoración muy negativa desde la perspectiva de principio de seguridad jurídica (en su vertiente de certeza sobre el derecho aplicable) sino que tienen también consecuencias nocivas para la percepción ciudadana de lo que es el Estado de Derecho que exige marcos regulatorios estables, claros y sólidos que lo sostengan y refuercen.

DCJA 186/2018 pár. 123 a 126

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO

I. Reglamentos

A) Ejercicio de la potestad reglamentaria

Como ya se ha señalado en las consideraciones relativas al título competencial y al marco normativo, las OSI se han constituido a través de sus correspondientes acuerdos del Consejo de Administración de Osakidetza, que establecen su estructura organizativa, sus órganos de dirección y gestión, y de participación, prevén que los recursos humanos, materiales y organizativos de las organizaciones que se extinguen con la formación de las OSI se adscriben a las mismas, así como la subrogación en todos los derechos y obligaciones, tanto de carácter económico, laboral, contractual, patrimonial y de cualquier otra índole, de todas las unidades de las organizaciones de servicios suprimidas o modificadas y que se integran en las OSI. A diferencia del proyecto de decreto, los acuerdos de constitución de las OSI no hacen referencia a su organización asistencial en torno a servicios hospitalarios y unidades de atención primaria.

La cuestión que puede plantearse es, pues, **si la regulación de la materia objeto del proyecto de decreto podría adoptar**, igualmente, **la forma jurídica de un acuerdo del Consejo de Administración de Osakidetza**, en el ejercicio de sus funciones, **o si se requiere la adopción de una norma con rango de decreto**.

La idoneidad del acuerdo del Consejo de Administración de Osakidetza como la forma jurídica adecuada para la creación de las OSI fue también objeto del recurso interpuesto por CCOO y que dio lugar a la ya mencionada Sentencia núm. 116/2016, de 12 de mayo de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. La sentencia admite la validez de la figura del acuerdo de Consejo de Administración "al entender que las competencias que en los Estatutos Sociales se confieren a Osakidetza, y que se refieren a la 'modificación, fusión o segregación', han de incluir la posibilidad de supresión y creación, pues al fin y al cabo el resultado de un proceso de fusión pasa por una supresión de las organizaciones previas para conformar una nueva organización, como ocurre en este presente caso". El artículo 23.2 de la LOSE reserva la utilización necesaria de la figura del decreto de Gobierno para la creación de las organizaciones de servicios sanitarios dependientes del mismo con personalidad jurídica, supuesto que no se da en el caso de las OSI, que sí realizan su actividad bajo el principio de autonomía económico-financiera y de gestión, pero sin personalidad jurídica propia.

Sin perjuicio de las facultades de organización y gestión de Osakidetza derivadas del principio de autonomía fijado en la LOSE, **la Comisión considera que la adopción de la forma jurídica de decreto es, en principio, adecuada para afrontar la regulación de las organizaciones de servicios sanitarios.**

Si acudimos a la división original establecida por la LOSE entre dirección, planificación y programación del sistema, por un lado, y provisión de servicios sanitarios, por otro, es adecuado que sea el Gobierno el que adopte una decisión de este calado.

La LOSE no ignora la potestad reglamentaria genérica del Gobierno, conforme al esquema del artículo 152.1 CE, artículo 29 EAPV y artículo 16 de la Ley de Gobierno, y así expresamente la recoge en su disposición final primera, con su formulación clásica ("Se autoriza al Gobierno Vasco para dictar las normas de carácter general y reglamentario necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente ley") e, incluso, cabría encontrar un amparo más específico para la iniciativa proyectada en la competencia que el artículo 12.1.d) LOSE atribuye al Gobierno para "la delimitación estratégica del dispositivo de medios de titularidad pública con que cuenta el sistema según las necesidades de salud de la población".

Ninguna duda ofrece **la relevancia de las OSI como principal figura de organización de servicios sobre la que va a girar el sistema sanitario vasco**, por lo que, superados los iniciales niveles experimentales, **su introducción con vocación de permanencia en el ordenamiento jurídico** (al igual que sucedió con las organizaciones de servicios antecedentes) **ha de llevarse a cabo por el Gobierno mediante decreto.**

Los principios de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y del paralelismo de las formas avalan esta conclusión porque ha de tomarse en consideración la contribución al principio de seguridad jurídica que conlleva la expresa derogación (para lo que se requiere una norma al menos del mismo rango) del Decreto 194/1996, de 23 de julio, sobre estructura organizativa de los recursos adscritos a Osakidetza-Servicio vasco de salud para la atención especializada, y el Decreto 195/1996, de 23 de julio, sobre estructura organizativa de los recursos adscritos a Osakidetza/Servicio vasco de salud para la atención primaria.

De igual modo, ha de tomarse en consideración que, en parte, la iniciativa conlleva la modificación parcial de los Estatutos Sociales. Según hemos visto, en la LOSE hay una reserva expresa a dichos Estatutos Sociales para la regulación de la estructura central del ente (artículo 22.3), pero en estos también se incluyó la regulación de las organizaciones de servicios, en una perspectiva no totalmente coincidente con la que aborda el proyecto.

En las nuevas organizaciones de servicios OSI, el proyecto mantiene la Dirección Gerencia, el Equipo Directivo y el Consejo de Dirección previstos en dichos Estatutos Sociales (artículo 15) pero altera las funciones de la Dirección Médica a consecuencia de la creación de la Dirección de Atención Integrada, suprime el Consejo Técnico de participación profesional e implanta en su lugar el Consejo Clínico Asistencial (disposición final primera), a la par que añade otros dos órganos de participación (el Consejo Social y la Comisión Socio Sanitaria). Asimismo, el anexo de los Estatutos Sociales ha de entenderse necesariamente modificado por el que acompaña al proyecto.

Por tanto, **tratándose de reordenar un aspecto crucial de la organización del sistema sanitario vasco** con el contenido propuesto por la iniciativa que dictaminamos, **la Comisión considera que la aprobación de un decreto del Gobierno es el vehículo normativo más adecuado**.

No obstante lo cual, **la Comisión observa la conveniencia de reflexionar sobre el alcance que ha de darse a dicho reglamento**, teniendo en cuenta que existen previsiones en la

LOSE que autorizan a entender que **la ley ha querido dotar a Osakidetza de una amplia autonomía** para el "cumplimiento de su finalidad de desempeñar la provisión de servicios sanitarios mediante las organizaciones públicas de servicios dependientes del mismo" (artículo 20 *in fine* LOSE), **lo que obliga a respetar ese marco legal cuando el Gobierno ejercita su potestad reglamentaria.**

Como expresivas de esa autonomía, en general, podemos mencionar el *in fine* del artículo 22.2 LOSE, según el cual, entre las atribuciones del Consejo de Administración se incluye "la planificación estratégica de medios adscritos al ente, la dirección de sus actuaciones, el control superior de la gestión y las facultades necesarias para dirigir e impulsar el proceso e intensidad con la que se configurarán las organizaciones últimas de servicios sanitarios dependientes del ente, salvo en lo relativo al otorgamiento de personalidad jurídica".

Y, de forma más precisa, al conjunto de reglas que incluye el artículo 26 acerca de la estructuración y organización de personal, en especial sus apartados 2 y 3, sobre las plantillas de personal del ente y sus organizaciones de servicios sanitarios, previsiones que deben completarse con las de la norma común segunda del artículo 28 LOSE sobre los instrumentos de clasificación del personal.

Asimismo, se ha de citar el artículo 27 LOSE relativo a los cargos directivos, siendo competencia del ente "la determinación del personal directivo en las organizaciones de servicios sanitarios dependientes del mismo, de acuerdo con los criterios de dimensionamiento y estructura de cada organización que dispongan los estatutos del ente".

Partiendo del esquema de la LOSE, en suma, **convendría deslindar las decisiones básicas estructurales de las OSI**, que abarcan las cuestiones primordiales de su configuración jurídica —esto es, definición, clases y tipología—, **de las determinaciones que descienden a aspectos organizativos de detalle, sobre los que debe reconocerse un campo de decisión al propio ente.**

Por lo que se refiere a los órganos de dirección, en tanto que caracterizados como cargos directivos, son los Estatutos Sociales, además, los que deben llevar a cabo dicha tarea, para lo cual sería conveniente que se atribuyera el necesario margen al Consejo de Administración del ente, fijando criterios más abiertos como los del artículo 15.2 de los Estatutos Sociales (en vez de lo que ahora dispone la disposición final cuarta).

Por último, en lo que se refiere a los puestos funcionales de jefatura de los servicios hospitalarios y unidades de atención primaria, es el Consejo de Administración del ente el que debe aprobar su plantilla, sin perjuicio de que deba ajustarse a la caracterización de los puestos funcionales aprobada por el Decreto 186/2005, de 19 de julio, por el que se regulan los puestos funcionales del ente público de derecho privado Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Es por ello que se sugiere valorar la conveniencia de mantener en el proyecto de decreto el capítulo IV, "Organización asistencial de las OSI", y el capítulo V, "Disposiciones comunes", por enten-

der que, dado su carácter operativo, son cuestiones que deberían ser reguladas en el seno de Osakidetza.

DCJA 88/2018 pár. 60 a 78

B) Titularidad de la potestad reglamentaria

Parece necesario realizar una consideración general sobre el contenido del proyecto, ya que su lectura suscita la duda de cuál puede ser su alcance, teniendo en cuenta la delimitación que realiza el artículo **18 LALV.**

El artículo 18 tiene dos apartados y cada uno de ellos tiene un destinatario diferente: el **apartado 1,** que es el que da cobijo a la iniciativa**, incluye una habilitación al Gobierno Vasco para que determine los términos en los que el Instituto dispondrá de "autonomía organizativa, pedagógica y de gestión económica para adaptarse a las necesidades del alumnado al que dirige su oferta".**

Por su parte, **el apartado 2 se dirige al departamento competente en materia de educación para que regule "la organización y funcionamiento del Instituto Vasco de Educación a Distancia**, adaptando el régimen de dedicación del profesorado y los órganos de gobierno y coordinación docente a la singularidad y características específicas de este centro. Así mismo establecerá las normas y procedimientos de admisión del alumnado, priorizando las trayectorias personales y profesionales y facilitando la conciliación del aprendizaje con otras actividades y responsabilidades".

Partimos de que **ambos sirven para deslindar un ámbito potencial de desarrollo de la ley y que no hay ningún obstáculo para que la ley admita su ejecución mediante un reglamento aprobado por orden de la persona titular del Departamento de Educación.**

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

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 24 de mayo de 2018, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común, aun considerando que el párrafo tercero del artículo 129.4 solo es aplicable al ámbito estatal, no duda en admitir que el hecho de que la previsión estatutaria confiera la potestad reglamentaria originaria al Gobierno (en nuestro caso el citado artículo 29 EAPV), ello no impide que las leyes confíen desarrollos reglamentarios específicos a una consejería o a un órgano integrado en ella.

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

Además, **esa normación *per saltum***, ya que evita al Gobierno y habilita para dictar el correspondiente reglamento al consejero o consejera competente, **debe ser interpretada de forma rigurosa, acorde con el hecho de que tal habilitación ha de quedar reducida, conforme a nuestro sistema de fuentes, a supuestos excepcionales.**

En este caso no hay duda de que la LALV ha querido dar entrada directa a la persona titular del Departamento de Educación, pero lo ha hecho de una forma un tanto equívoca.

Ello se explica porque el artículo 18 LALV no evita la existencia de una posible zona de colisión entre ambas habilitaciones porque, si el Gobierno ha de establecer las normas que regulan la autonomía organizativa del Instituto adaptándose a las necesidades del alumnado, lo cual difícilmente podrá abordar sin entrar a dibujar su estructura organizativa, simultáneamente el Departamento de Educación se encuentra investido para dictar las normas que regulen sus órganos de gobierno y coordinación docente atendiendo a la singularidad y características específicas de este centro, lo que no puede llenar de contenido si no es ordenando también su estructura organizativa.

El proyecto opta por la solución, a nuestro juicio, más respetuosa con el sistema de fuentes de producción normativa reglamentara en el ámbito del ordenamiento autonómico.

Lo decimos (i) porque la potestad reglamentaria del Gobierno es originaria y la de los consejeros o consejeras derivada, siendo la primera genérica y estando la segunda siempre debidamente acotada (tanto por las leyes como, en general, por los reglamentos del Gobierno); (ii) porque el Gobierno no puede hacer dejación de su propia competencia dejando sin regular la materia, cuando una expresa habilitación en la ley le insta a hacerlo; y (iii) porque la importancia de la materia conduce a que recaiga en el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno (es significativo que en los centros públicos no universitarios se encuentre regulada por ley).

De esa forma, sin negar la habilitación departamental, el proyecto la reconduce en su disposición adicional tercera, a los aspectos no contemplados en el presente decreto.

Es cierto que de esa forma dicha habilitación queda en cierta forma desvirtuada porque la competencia natural de los consejeros o consejeras departamentales es la de desarrollo de los reglamentos gubernamentales, para lo cual no requieren habilitación expresa, y evidentemente no podrán regular tales aspectos en contradicción con el presente decreto, pues así lo exige el principio de jerarquía normativa (artículo 59 de la Ley de Gobierno), siendo nulas las disposiciones generales que lo infrinjan (en la actualidad 47.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común).

En definitiva, **siendo discutible hasta dónde llega la competencia del Gobierno y la del departamento, lo que en ningún caso cabe es prescindir de la potestad reglamentaria del Gobierno, de su esfera específica de actuación, siendo preciso que establezca el mínimo razonable de regulación**, esto es, una regulación con la suficiente densidad normativa sobre la autonomía organizativa del IVED que dote de un contenido cierto al mandato del legislador, por lo que consideramos correcto el proyecto.

Más complicado resultaría aceptar lo contrario, que la orden departamental, al albur de la regulación de los órganos de gobierno y coordinación docente, se introdujera indebidamente en el ámbito de la autonomía organizativa del Instituto.

DCJA 93/2018 pár. 82 a 97

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA

I. Estilo de regulación

Es adecuado que los artículos lleven un título pues facilita la comprensión de la norma y su manejo por los operadores jurídicos, pero debe buscarse la concisión (con este criterio podrían revisarse los artículos 8, 11 y, en especial, el artículo 13).

DCJA 101/2018 pár. 153

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

I. Generalidades

A) Potestad sancionadora

Conforme a la jurisprudencia constitucional, por todas STC 148/2011 de 28 septiembre, **la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo** (STC 156/1985, de 15 de noviembre, F. 7) **y las comunidades autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado, siendo esa posibilidad inseparable de las exigencias de prudencia o de oportunidad política que, lógicamente, pueden variar en los distintos ámbitos territoriales**. En todo caso, las disposiciones que dicten deberán ajustarse a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE) y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio.

Aunque la ordenación de la potestad sancionadora es conexa a la competencia material sustantiva, nada impide, sin embargo, que, circunscribiéndose la competencia para regular la potestad sancionadora a determinadas materias y no tratándose de una potestad sancionadora general, deba hacerlo de forma separada al dictar las leyes de los distintos sectores donde se plasma esa potestad, porque cabe argumentar, como en la STC 173/1998, de 23 julio, que:

> Se trata de una opción de técnica legislativa que entra de lleno en la libertad de configuración del legislador, y que tiene la indudable virtud de paliar la dispersión normativa existente en la materia.

DCJA 145/2018 pár. 102 a 103

Lo problemático de la LPAC es que, en vez de dedicar un capítulo al procedimiento sancionador, ha introducido en el procedimiento administrativo común especialidades aplicables a dicho procedimiento, lo que dificulta en ocasiones llegar a concluir si determinadas previsiones del procedimiento administrativo común son compatibles y encajan en el procedimiento administrativo sancionador.

Tales especialidades se encuentran dispersas en los siguientes preceptos: artículo 53.2 (derechos de los presuntos responsables), artículo 55.2 (actuaciones previas), artículo 60.2 (iniciación como consecuencia de orden superior), artículo 61.3 (iniciación por petición razonada de otros órganos), artículo 62 (iniciación por denuncia), artículo 63 (especialidades en el inicio), artículo 64 (acuerdo de iniciación), artículo 77.4 (hechos declarados probados), artículo 85 (terminación del procedimiento), artículos 89 y 90 (propuesta de resolución y especialidades

de la resolución), artículo 96.5 (tramitación simplificada), artículo 98.1.b) (ejecutoriedad), artículo 114.1.f) (procedimientos complementarios), y disposición adicional primera.2.c) (procedimientos especiales).

En cualquier caso, **la regulación de la LPAC no significa que las comunidades autónomas no puedan introducir trámites adicionales o distintos o especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recaba**r, algo que el artículo 1.2 y 129.4 segundo párrafo LPAC admiten, si bien imponen determinadas garantías formales (los primeros han de estar previstos en ley mientras que las segundas pueden establecerse en reglamento) y materiales (cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento), validadas por la STC 55/2018, de 24 de mayo (FJ 6).

En ese sentido, estima la Comisión que, por ejemplo, **cabría introducir trámites adicionales, encaminados a reforzar las garantías en el procedimiento sancionador, o especialidades procedimentales ajustadas a los ámbitos materiales donde la Comunidad Autónoma tenga competencia.**

Solo de esa forma se cohonestan la competencia estatal del artículo 149.1.18 CE y la competencia autonómica exclusiva reconocida por el artículo 10.6 EAPV en materia de "Normas procesales y de procedimiento administrativo y económico-administrativo que se deriven de especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco".

En definitiva, **la Comunidad Autónoma puede regular la potestad sancionadora** al tener competencia normativa en distintas materias, **pudiendo aprobar tanto reglas sustantivas como procedimentales, pero al hacerlo deberá acomodarse a la normativa básica dictada por el Estado en base al artículo 149.1.18 CE.**

Ese carácter de competencia conexa con la que se ostente para el establecimiento de la regulación sustantiva justifica que la ley resulte asimismo aplicable a los territorios históricos en aquellas materias en las que las instituciones comunes ostentan competencias normativas, ya sea plenas ya compartidas con los órganos de los territorios históricos, como expresamente recoge el literal del artículo 1.1 LPSAP, cuya redacción se mantiene inalterable.

No es preciso insistir en el reparto competencial dispuesto por el EAPV y la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos (LTH), entre competencias exclusivas (o en la dicción equivalente de la LPSAP, de plenas), compartidas (de desarrollo normativo) y de ejecución.

La atribución de competencia ejecutiva comprende limitadamente la aplicación de la normativa reguladora de la potestad sancionadora en la materia sobre la que se ejerce (por todas, SSTC 87/1985, 227/1988, 195/1996 y 104/2013).

Por lo que se refiere a las entidades locales, a la competencia genérica del artículo 10.4 EAPV en materia de "Régimen local y estatuto de los funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149. 1 18ª de la Constitución", **se añaden nuevamente las competencias sectoriales que pueden ordenar el régimen sancionador especifico en la materia**, siendo el mismo aplicable en aquellas.

Hay que recordar que el artículo 25 LRJSP señala que **la potestad sancionadora de las entidades locales** se ejercerá de conformidad con lo dispuesto en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL). Del mismo es preciso resaltar el contenido de su artículo 139, que permite a las entidades locales, para la adecuada ordenación de las relaciones de convivencia de interés local y del uso de sus servicios, equipamientos, infraestructuras, instalaciones y espacios públicos, en defecto de normativa sectorial específica, "establecer los tipos de las infracciones e imponer sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones o limitaciones contenidos en las correspondientes ordenanzas, de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos siguientes", en los que se establece una clasificación de las infracciones y unos límites a las sanciones económicas.

Por su parte, el artículo 44 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi (LILE), tras fijar en un listado los deberes y responsabilidades ciudadanas de las personas vecinas (apartado 1) y hacerlos exigibles a todas las personas que, sin ostentar la condición administrativa de vecino, se encuentren circunstancialmente en el término municipal, salvo el primero (apartado 2), concluye que "informarán, en su calidad de principios, las manifestaciones de la potestad normativa local, las políticas públicas, los tipos de infracción y, en su caso, la aplicación de las sanciones de los procedimientos sancionadores que se regulen en las ordenanzas municipales que tengan por objeto la preservación del espacio público, las relaciones de convivencia o la prestación de determinados servicios públicos locales".

Finalmente, la disposición final segunda de la LILE dispone que: "Cuando la ley sectorial correspondiente prevea al regular el régimen sancionador la colaboración normativa de la ordenanza en la tipificación de las infracciones y sanciones, esta podrá sustituir las multas, previo consentimiento de la persona afectada y salvo que la ley impusiera su carácter obligatorio, por trabajos de valor equivalente para la comunidad local, incluidas asistencias a sesiones formativas o participación en actividades cívicas, y proporcionadas a la gravedad de la infracción, cuando así lo acuerde el órgano sancionador".

Tales previsiones se ajustan a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, STC 25/2004 de 26 febrero:

> Es necesario traer a colación la doctrina sentada en la STC 132/2001, de 8 de junio. En el fundamento jurídico 6 de dicha Sentencia reconocimos una cierta flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de Ley del art. 25.1 CE en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo, señalando que la exigencia de Ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Sin embargo, también se dijo que tal flexibilidad no sirve para excluir de forma tajante la exigencia de Ley, "porque la mera atribución por Ley de competencias a los Municipios —conforme a la exigencia

del art. 25.2 LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la Ley, pero no permite la inhibición del legislador".

En relación con el art. 25.1 CE se extrajeron en la citada Sentencia y fundamento jurídico 2 exigencias: por un lado, y en cuanto a la tipificación de infracciones, afirmamos que corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos, ni siquiera genéricos, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Por otro, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la Ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la Ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.

En definitiva, **la inclusión de las entidades locales en el ámbito de aplicación de la LPSAP**, que se hace explícita ahora con el nuevo artículo 1.2 y la regla sobre las garantías materiales que deben respetar al aprobar las ordenanzas municipales que establezcan los tipos de infracción y sanciones del artículo 4.4, son **respetuosas con el reparto competencial en la materia y atienden a las competencias que ostentan los municipios.**

DCJA 145/2018 pár. 110 a 124

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

En cuanto a los condicionantes que para el ejercicio de la competencia autonómica pueden derivar de los preceptos del bloque de constitucionalidad que atribuyen ámbitos competenciales al Estado, es el artículo 149.1.18 CE el que tiene una especial relevancia.

Sobre el potencial de este precepto constitucional para delimitar la competencia autonómica hay una **doctrina constitucional** inicial —que fue examinada en el anterior dictamen— y que viene básicamente expuesta en la STC 15/1989, de 26 de enero, FJ 7; STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32; y STC 98/2001, de 5 de abril, según la cual **las comunidades autónomas ostentan plena competencia para establecer el iter procedimental de elaboración de sus normas**.

La competencia que ostenta el Estado para establecer el procedimiento administrativo común (art.149.1.18 CE) no alcanzaría al procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general de las comunidades autónomas, procedimiento especial respecto del que estas ostentan competencia exclusiva.

Esta doctrina se elaboró sobre la base de la distinción que había realizado el alto tribunal entre "procedimiento administrativo común" y "procedimientos 'ratione materiae'".

Según dijimos, en el primer ámbito, el Tribunal Constitucional ubicaba los principios o normas que definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, así como a la determinación de la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento.

El segundo, por su parte, definiría una competencia conexa o adjetiva a las que, respectivamente, el Estado o las comunidades autónomas ostenten para regular el régimen sustantivo de una actividad, de tal suerte que "... cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias" (por todas, STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 32).

En nuestro análisis, empero, apuntamos que no cabía hablar en puridad de una competencia "ratione materiae" pues lo que el anteproyecto regula es el cauce procedimental para que el Gobierno Vasco (en su dimensión de poder ejecutivo del País Vasco, art. 24.1 EAPV) ejerza su facultad de iniciativa legislativa y su potestad reglamentaria, en abstracto; funciones ambas inherentes a la naturaleza misma del poder ejecutivo autonómico.

Este entendimiento de la competencia autonómica parecía en los últimos tiempos negativamente afectado por las matizaciones que han ido introduciendo algunos pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional.

En efecto, por un lado, **junto a las categorías descritas alumbró una nueva, denominada "procedimiento administrativo común singular"** (STC 130/2013, de 4 de junio), que permitía al Estado, con base en el artículo 149.1.18 CE, adoptar respecto de una actividad propia de cualquier Administración pública (como p. ej.: la de fomento encauzada a través de subvenciones) una regulación singular común del *iter* procedimental de esa actividad; regulación compatible con la que pudiera establecerse como procedimiento especial *ratione materiae*.

Por otro, precisó que la competencia para establecer las "bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas", junto al objetivo fundamental de garantizar a los administrados un tratamiento común ante las administraciones públicas, podía también amparar regulaciones que respondan "a otros intereses generales superiores a los de las respectivas Comunidades Autónomas que

hagan igualmente necesario y justificado el establecimiento de un común denominador normativo" (STC 130/2013, de 4 de junio).

Sin duda esa doble apertura expansiva del ámbito del artículo 149.1.18 CE tuvo que ver con la inclusión en **la Ley 39/2015**, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (LPAC), de un título —el VI— que **regulaba la iniciativa legislativa y la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones** (artículos 127 a 133 LPAC) en el que por primera vez en el ordenamiento postconstitucional el legislador estatal introducía en la norma general del procedimiento administrativo preceptos de obligada aplicación por las comunidades autónomas.

En realidad, parte de la regulación de dicho título VI provenía de los artículos 4 a 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, pioneros en la introducción en nuestro ordenamiento de los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las administraciones públicas (necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia), así como de los instrumentos de análisis previos, revisión periódica y evaluación *a posteriori,* y los procesos de consultas y participación en la elaboración de normas.

Precisamente, según lo señalado, la adaptación de la LPEDG a los preceptos declarados básicos de la LPAC está en el origen del anteproyecto.

Sin embargo, su aplicación a una norma como la que dictaminamos ha quedado esencialmente desactivada en la STC 91/2017, de 6 de julio —que examinó los contenidos señalados de la Ley de economía sostenible— y en **la STC 55/2018**, de 24 de mayo, de cuya doctrina conviene rescatar para este dictamen las siguientes consideraciones.

Los estatutos de autonomía reconocen la iniciativa legislativa a los gobiernos autonómicos, no a sus administraciones. A diferencia de lo que ocurre con la potestad reglamentaria, que también corresponde al Gobierno, el ejercicio de esta prerrogativa se inserta en el ámbito de las relaciones del Gobierno con las cámaras parlamentarias. El procedimiento de elaboración y aprobación de proyectos de ley es la vía que permite al gobierno autonómico participar en la función legislativa y, por tanto, articular sus políticas públicas a través de normas con rango de ley. **Consecuentemente, el ejercicio de la iniciativa legislativa por parte de las comunidades autónomas, en general, y la elaboración de anteproyectos de ley, en particular, quedan por completo al margen del artículo 149.1.18 CE en lo que se refiere tanto a las "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" como al "procedimiento administrativo común".**

Sí cabe, en ejercicio de la competencia para el dictado de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, que el legislador estatal contemple la elaboración de reglamentos en un nivel principal que no entorpezca la competencia autonómica.

El Tribunal Constitucional ha admitido que las "bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas" (art. 149.1.18 CE) tengan como objeto la elaboración de reglamentos autonómicos. Pero siempre con un "escaso contenido normativo", "que no obstaculice el desarrollo autonómico de estos

principios ni la posibilidad de establecer otros diferentes, ni impide el diseño por parte de las Comunidades Autónomas, en la forma que estimen conveniente, de los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de sus competencias materiales sustantivas".

En este contexto, ha validado el carácter de bases de los artículos 129 (principios de buena regulación estrictos) y 130 (evaluación normativa a la luz de dichos principios), pero siempre en la medida en que se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo, de los diferentes niveles de gobierno.

Mientras se elaboraba este dictamen, se ha dictado la **STC 110/2018**, de 17 de octubre, que vuelve a examinar el artículo 129.4, párrafo segundo, en relación con el artículo 1.2, ambos de la LPAC.

En esta ocasión, la perspectiva de análisis es dilucidar si tales preceptos son aplicables también a los procedimientos de elaboración tanto de proyectos de reglamento como de anteproyectos de ley.

El tribunal reitera que, conforme a la doctrina fijada en sus anteriores pronunciamientos (STC 55/2018), **la elaboración de los anteproyectos de ley en modo alguno puede ser objeto de la LPAC. Y, en lo que atañe al de elaboración de normas reglamentarias, precisa que la LPAC no se ocupa de los trámites de un procedimiento común de elaboración de normas, por lo que los trámites adicionales o distintos de los que establece dicha ley se refieren necesariamente a trámites adicionales o distintos a los del procedimiento común para el dictado de resoluciones administrativas. Por tanto, tales previsiones no son de aplicación en el procedimiento para elaborar normas.**

Por todo lo expuesto, **la CAPV tiene competencia para el dictado de una ley que determine el *iter* procedimental aplicable a los anteproyectos de ley, sin condicionante alguno por decisiones del legislador estatal *ex* artículo 149.1.18 CE**.

Puede asimismo establecer el recorrido procedimental que ha de seguir la elaboración de las disposiciones reglamentarias sin otro condicionante que atender a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 LPAC (salvo el párrafo 3 del apartado 4); a los de evaluación normativa del artículo 130 LPAC y contemplar una consulta previa al inicio del procedimiento.

Desde la perspectiva de la distribución competencial en el interior de la Comunidad Autónoma, esto es, entre las instituciones comunes, los territorios históricos y los entes locales, el anteproyecto no contiene previsión alguna que resulte de aplicación a la elaboración de normas en ninguno de los dos niveles institucionales. Se trata de una decisión que encaja dentro del margen que corresponde al legislador.

DCJA 186/2018 pár. 96 a 119

Capítulo 5. ÁREAS

I. Administración Pública

A) Administración consultiva

Modificación de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

El anteproyecto prevé la modificación expresa de la Ley de esta Comisión en dos aspectos de relevancia.

El primero introduce entre las competencias de la Comisión el dictamen sobre "las proposiciones de ley tomadas en consideración por el Parlamento Vasco si, con respeto de lo que disponga el reglamento de la Cámara, lo requiere la Mesa del Parlamento a instancias de la Comisión competente para su tramitación".

Un precepto similar fue objeto de examen por la Comisión en su Dictamen 129/2015 (pár. 252 a 257) en el que señaló:

> Las consideraciones realizadas al analizar la disposición adicional tercera son trasladables a la modificación del artículo 3 de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, que realiza esta disposición.
>
> Según lo señalado, la introducción de trámites (aunque sean potestativos) en el desarrollo de la función legislativa, en este caso, para las proposiciones de ley tomadas en consideración, es materia reservada al Reglamento del Parlamento. Tal objeción no se desvanece al condicionar el supuesto "a lo que disponga el Reglamento de la Cámara" pues el orden de fuentes es el inverso, solo aquel podría —tras seguir el procedimiento para su reforma que se establece en su disposición adicional primera— fijar los informes —preceptivos o potestativos— que puedan instarse durante la tramitación de las proposiciones de ley, así como los órganos (Mesa del Parlamento, comisión competente, etc.) a los que corresponderá, en su caso, intervenir en ese trámite.
>
> La Ley de la Comisión Jurídica Asesora podría ser modificada en el sentido de habilitar a la Comisión a que pueda prestar su asesoramiento al Parlamento en los casos y términos en que así lo establezca el Reglamento del Parlamento.
>
> No obstante, tal y como hemos advertido en el examen del procedimiento, la modificación conlleva alterar el diseño legal de la Comisión, ahora centrado en procurar "… que el procedimiento de producción de los actos y normas administrativas cuente con la asistencia y el asesoramiento jurídico constantes", en expresión de su exposición de motivos. Con el cambio, se extendería dicho asesoramiento del ámbito de la producción normativa del Gobierno a la del Parlamento, lo que supone una modificación sustancial, no meramente cuantitativa, en tanto se interna en el ámbito de las relaciones entre el poder ejecutivo y el legislativo.

> A este respecto, es preciso detenerse en su naturaleza gubernamental en lo que se refiere a la producción normativa, realizando una labor de asesoramiento jurídico y control de la legalidad en auxilio del Gobierno, si bien ejerce la función consultiva con plena autonomía jerárquica y funcional (en los términos de la disposición adicional decimoséptima LRJPAC), se encuentra adscrito a los servicios jurídicos centrales del Gobierno.
>
> En suma, a juicio de la Comisión, el cambio propuesto requeriría el examen sosegado de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, a fin de estudiar los cambios que, en su caso, deberían introducirse en dicha ley para contemplar la nueva función (más que competencia) de asesorar al poder legislativo en el ejercicio de su función legislativa y poder desarrollarla adecuadamente.

A lo entonces razonado, la Comisión estima necesario añadir nuevas consideraciones que, en su opinión, deben ser tenidas en cuenta para valorar la modificación propuesta.

En el expediente no se explica con detalle la modificación, se cita la existencia de antecedentes en el derecho comparado (ejemplo francés) y los de otras leyes que, en nuestro mismo contexto, llegan a regular cuestiones de derecho parlamentario.

En el contraste de modelos es cierto que algunos órganos consultivos autonómicos tienen entre sus atribuciones el dictaminar iniciativas legislativas parlamentarias, pero esa circunstancia no puede ser tomada de forma aislada sino que ha de ser examinada en el conjunto del marco institucional y normativo al que pertenece cada órgano.

Porque, al diseñar la forma en que va a desarrollarse la superior función consultiva y el ámbito de esta (a salvo, las intervenciones obligadas por determinaciones de la legislación básica), juega con amplitud e intensidad la competencia de autoorganización de cada comunidad autónoma.

Como se expuso en el Dictamen 84/2003 sobre la Ley de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (LCJAE), en fase de anteproyecto, las opciones de configuración eran variadas y la CAPV podía conformar esa función como considerara más adecuado, teniendo en cuenta las características de su arquitectura institucional. El único límite era el respeto a las exigencias de objetividad, imparcialidad, independencia y cualificación técnica derivadas de la normativa básica (entonces contenidas en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico y del procedimiento administrativo —LRJPAC—).

El modelo que acogió la LCJAE es el de un órgano consultivo de las administraciones, inserto en la Administración activa y, en cuanto a sus atribuciones respecto de la producción normativa, se ciñeron a los proyectos de ley, proyectos de decretos-legislativos y proyectos de normas reglamentarias.

Salvo la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad Autónoma de Madrid —creada por la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, de supresión del Consejo Consultivo— y la Comisión Jurídica

Asesora de Cataluña —sobre la que luego volveremos—, el resto de órganos consultivos existentes han optado por soluciones distintas.

Pero este es un dato que, a juicio de la Comisión, es relevante para enjuiciar la modificación propuesta, todos se han configurado como órganos separados de la Administración activa y todos están mayoritariamente integrados por personas elegidas con el respaldo de mayorías reforzadas de sus respectivos parlamentos.

Cataluña tiene un modelo específico con dos órganos: la Comisión Jurídica Asesora y el Consejo de Garantías Estatutarias.

La primera se configura en la Ley 5/2005, de 2 de mayo, como el "alto órgano consultivo del Gobierno", que nombra a todos sus miembros. Sus atribuciones permanecen en el ámbito de la actividad del Gobierno.

Este es el modelo que más se asemeja a la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

El Consejo de Garantías Estatutarias se contempla en el Estatuto de Autonomía. Sus artículos 76 y 77 regulan el Consejo de Garantías Estatutarias, "institución de la Generalitat que vela por la adecuación al presente Estatuto y a la Constitución de las disposiciones de la Generalitat", al que compete, en los términos que establezca la ley, dictaminar los proyectos y proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía y los demás proyectos de ley, proposiciones de ley y proyectos de decretos-legislativos. El carácter vinculante de los dictámenes que estableció el apartado 4 del artículo 77 fue declarado inconstitucional en la STC 31/2010, de 28 de junio.

El Consejo de Garantías Estatutarias se elige a propuesta del Parlamento (dos terceras partes por mayoría de tres quintos) y del Gobierno (una tercera parte). El Estatuto remite a la ley la composición, el funcionamiento, el estatuto de sus miembros y los procedimientos relativos al ejercicio de sus funciones.

La Ley 2/2009, de 12 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutarias (modificada por la Ley 17/2009, de 16 de octubre, y 27/2010, de 3 de agosto) a lo que ahora interesa, regula la legitimación para solicitar el Dictamen en función del tipo de iniciativa en el artículo 23.a), b) c) d) (con carácter general, dos grupos parlamentarios, una décima parte de los diputados o el Gobierno) y destina los artículos 24 a 31 a regular la solicitud y el procedimiento a seguir en cada caso. Entre otros extremos, determina la suspensión del correspondiente procedimiento legislativo (artículos 25.4, 26.5, 27.4 28.4, 29.6), mientras el consejo dictamina.

Sobre el Consejo de Garantías Estatutarias catalán el Tribunal Constitucional recientemente —STC 10/2018 de 5 de febrero— ha recordado que:

> Se trata de una garantía creada por el propio Estatuto [art. 76.2 b)], en pro de la mejor acomodación de las iniciativas legislativas al bloque de la constitucionalidad, para cuya concreta ordenación el mismo Estatuto remite a "los términos que establezca la ley" (inciso inicial del mismo art. 76.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña: EAC), que no es otra que la Ley 2/2009 (LCAT 2009, 85), reguladora del propio Consejo. Es preciso

señalar que esta Ley legitima para pedir dictamen sobre la "adecuación al Estatuto y a la Constitución de los proyectos y proposiciones de ley sometidos a la aprobación del Parlamento, incluidos aquellos tramitados en lectura única" [art. 16.1 b)], a dos grupos parlamentarios o a una décima parte de los diputados [art. 23 b)]. La solicitud de dictamen ha de ser tramitada a través de la Mesa de la Cámara y da lugar, si se admitiera y cursara al Consejo, a la suspensión del correspondiente procedimiento legislativo hasta tanto el dictamen haya sido emitido o hasta el transcurso del plazo establecido legalmente para su emisión (arts. 26.1 y 4 y 27 bis.1 y 5). El Reglamento del Parlamento de Cataluña contempla, adicionalmente, un trámite de enmiendas subsiguiente a estos dictámenes (art. 120).

En cuanto al modelo francés, diferencias objetivas y notorias dificultan que podamos aceptar el Consejo de Estado francés, como término válido de comparación, pero, en cualquier caso, lo cierto es que hasta 2009 nunca ha tenido entre sus atribuciones la consulta respecto de las propuestas de ley procedentes de la iniciativa parlamentaria. En virtud de la revisión constitucional de 23 de julio de 2008, siempre y cuando lo considere conveniente el presidente de la asamblea en que se origina la propuesta de ley (Cámara de Diputados o Senado), puede aquel ser consultado.

Lógicamente, existe una compleja regulación sobre los casos, forma en que dicha intervención ha de producirse (nunca con la oposición de quien haya formulado la propuesta de ley) y el procedimiento para que el Consejo de Estado emita su parecer (que, como sucede con otras propuestas normativas, se encauza a través de una corredacción de los proyectos, con la figura de los comisionados del Gobierno que para el supuesto de iniciativas procedentes de las cámaras se sustituye por miembros de estas).

Llegados a este punto, **puede afirmarse que introducir en el ámbito competencial de la Comisión las proposiciones de ley no es ampliar sus atribuciones, sino modificar su naturaleza: la Comisión se convierte, de este modo, en asesora del Gobierno y del Parlamento. Su función consultiva se proyectará también sobre iniciativas legislativas del poder legislativo, lo que supone, no solo una modificación cualitativa de sus funciones, sino también una modificación de su posición institucional.**

En este momento, la Comisión Jurídica Asesora, en el aspecto que estamos analizando, comparte el modelo del Consejo de Estado que, como señala el Tribunal Constitucional, es el supremo órgano consultivo del Gobierno de la Nación, no de las cámaras legislativas, y orienta la actuación especialmente normativa de aquel a la luz del bloque de constitucionalidad y del resto del ordenamiento jurídico, actuando en la fase previa de elaboración de una norma: "Así, los dictámenes del Consejo de Estado versan sobre los anteproyectos o proyectos inicialmente aprobados por el Gobierno antes de su remisión al Parlamento y no sobre los proyectos que el Ejecutivo definitivamente aprueba y remite a las Cámaras. Su papel, por tanto, de apoyo a la función legislativa se centra en una fase muy inicial de la correspondiente iniciativa, pero una vez que el proyecto de Ley definitivamente se aprueba por el Consejo de Ministros, con la introducción o no de las indicaciones del Consejo de Estado, y es remitido a las Cámaras, al Consejo de Estado no le compete decir nada sobre las posibles enmiendas que se introduzcan en el texto" (STC 36/2016, de 14 de febrero).

En principio, **en opinión de la Comisión, la solución jurídicamente correcta para que un órgano ajeno al poder legislativo despliegue atribuciones referidas a la función de legislar es, como hemos razonado antes, la previsión en el bloque de constitucionalidad, sin perjuicio de que este pueda llamar a una ley ordinaria para completar la regulación.**

Así sucede en el caso francés (la previsión está en la Constitución) y en el catalán, ordenamiento de nuestro entorno que ha afrontado la cuestión con mayor rigor jurídico.

En nuestro caso, contamos con un buen ejemplo: la Comisión Arbitral que desarrolla sus funciones respecto de iniciativas legislativas en el Parlamento Vasco se contempla en el artículo 39 del EAPV, que expresamente remite a una ley la determinación del procedimiento.

A falta de previsión en la norma estatutaria, sin duda solo el Reglamento del Parlamento podría contemplar la introducción del informe de un órgano en el proceso legislativo de las proposiciones de ley, si bien en esa decisión habrá de valorar la posible afección al *ius in officium*, por cuanto dicho informe se emite por un órgano inserto en la Administración activa.

Quiere esto decir que la introducción de la opinión de la Comisión Jurídica Asesora (órgano creado para asesorar a las administraciones) en el procedimiento legislativo de las proposiciones de ley en principio atañe ─y puede llegar a afectar─ al derecho fundamental del artículo 23.2 CE, lo que ofrece una razón más que fundamental de la necesidad de enmarcar la modificación pretendida en un contexto más amplio: **es obligado calibrar adecuadamente las modificaciones que habría que incluir en la LCJAE una vez que el Reglamento del Parlamento regule la cuestión y conocidos los términos exactos en que se haga.**

Porque, incluso una vez establecida dicha intervención en el Reglamento del Parlamento, como evidencian tanto el supuesto del Consejo de Garantías Estatutarias catalán o el caso de nuestra Comisión Arbitral, la ley del órgano llamado a participar en el proceso legislativo ha de contar con una regulación *ad hoc* que le permita desarrollar esa labor consultiva especifica.

Por eso, señalamos entonces (Dictamen 129/2015) y reiteramos ahora, que **la introducción del dictamen de la Comisión en el proceso legislativo de las proposiciones de ley reclama algo más que la modificación puntual del artículo 3 de la LCJAE.**

En segundo lugar, se modifica el apartado 3 del artículo 11 de la Ley de la Comisión que en la actualidad tiene el siguiente contenido:

> Cualquier miembro de la Comisión que tenga conocimiento de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior [abstención o recusación] debe ponerlo en conocimiento de la comisión, a fin de que esta decida, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si el vocal o la vocal a quien afecte debe o no abstenerse del estudio y votación del dictamen
>
> La comisión adopta el acuerdo que proceda en la misma sesión en que la cuestión se plantee, sin necesidad de ponencia.

> Las miembros y los miembros afectados por posibles causas de abstención no pueden participar en el estudio, deliberación y votación sobre su apreciación que lleva a cabo la comisión y quedan vinculados por el acuerdo que ésta adopte.

Y se sustituye por el siguiente:

> Cualquier miembro de la comisión que tenga conocimiento de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior debe ponerlo en conocimiento de la comisión, a fin de que esta decida, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, si el vocal o la vocal a quien afecte debe o no abstenerse del estudio y votación del dictamen correspondiente. La comisión adoptará él acuerdo que proceda en la misma sesión en que la cuestión se plantee, sin necesidad de ponencia previa. No obstante, cuando la causa de la abstención sea la previa participación en la preparación o elaboración de disposiciones de carácter general y recaiga sobre el Presidente o Vicepresidente a quienes les hubiera sido encargada su elaboración o tramitación en virtud de los cargos que ocupan en la Administración activa, será derecho de los mismos solicitar su propia comparecencia o en el momento de plantear su abstención, podrán igualmente solicitar del Pleno o de la Sección encargada del tema la posibilidad de participar, a pesar de la causa de abstención concurrente, con voz pero sin voto, en el estudio o deliberación del dictamen correspondiente, al objeto de clarificar los objetivos de viabilidad práctica de las opciones barajadas o las alternativas que puedan plantearse.

Se propone, por tanto, **un régimen de abstención especial para las personas que ostenten la presidencia y la vicepresidencia de la Comisión. Es un régimen que prevé levantar la causa de abstención que concurriría, en aplicación del régimen general, cuando dichas personas hayan participado en la elaboración o preparación de una iniciativa normativa que la Comisión debe dictaminar.**

Antes de iniciar el examen hay que apuntar que en la nueva redacción se ha omitido el párrafo siguiente, que deberá incluirse antes de la nueva regla:

> Las miembros y los miembros afectados por posibles causas de abstención no pueden participar en el estudio, deliberación y votación sobre su apreciación que lleva a cabo la comisión y quedan vinculados por el acuerdo que ésta adopte.

La modificación propuesta presupone que en la situación descrita concurre una causa de abstención, esto es, que quienes tienen una participación directa en la preparación y elaboración de las iniciativas tienen una visión condicionada por esa actividad que puede afectar a su juicio técnico jurídico en el seno de la Comisión.

En el propio expediente, al examinar la cuestión del papel de las asesorías jurídicas, el órgano promotor afirma que: "Esta labor de fiscalización o crítica requiere, por su propia naturaleza, determinadas características de independencia y objetividad, que (aunque no están del todo ausentes tampoco en el caso del Servicio Jurídico Central) son evidentes en la naturaleza de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Esa independencia y objetividad, sin embargo, se encontraría algo comprometidas en el caso de las asesorías jurídicas departamentales en la medida en que la norma sometida a su escrutinio fuera efecti-

vamente fruto del ejercicio de la función que les atribuye el artículo 4.a) de la Ley 7/2016: difícilmente podría ser objetivo para fiscalizar un proyecto quien se hubiera encargado de la preparación de los proyectos de disposiciones de carácter general y la realización de los trabajos técnico-jurídicos previos necesarios".

Por lo demás, en la práctica de la Comisión, en los escasos supuestos en que las personas que ostentaban la presidencia o la vicepresidencia han participado en la elaboración de una iniciativa normativa que debía dictaminarse, se ha considerado que concurría una causa de abstención.

El expediente no ofrece una razón que justifique la modificación, ni análisis alguno que pondere el cambio, la finalidad de este y su inserción en el diseño legal de la Comisión.

En principio, quienes han elaborado el texto normativo se encuentran en la misma situación que el resto de órganos promotores de los departamentos que han de dejar constancia en el expediente de todas sus razones y que no están habilitados para intervenir en las sesiones de la Comisión "al objeto de clarificar los objetivos de viabilidad práctica de las opciones barajadas o las alternativas que puedan plantearse".

El artículo 24.1 de la LCJAE sí contempla la posibilidad de que "La presidencia, a propuesta razonada de las ponentes o los ponentes, o de la mayoría del Pleno o de la sección que deba emitir el dictamen pueda solicitar que autoridades o funcionarios o funcionarias del órgano o entidad consultante y de otros órgano o entidades que hayan participado en la elaboración del proyecto, acto o disposición objeto del informe o que puedan verse afectados por estos acudan a una comparecencia informativa sobre cuestiones atinentes al objeto de la consulta, las cuales han de expresarse sucintamente en el escrito de solicitud".

Las garantías de que se rodea este trámite hablan también de la preocupación de la LCJAE por encauzar la presencia de la Administración activa en el órgano.

Obvio es que la LCJAE y, en concreto, los mecanismos que regulan las comparecencias o el modo en que las administraciones que están incluidas en su ámbito de aplicación pueden acceder a la Comisión para exponer sus proyectos pueden ser objeto de evaluación y, de observarse aspectos que puedan mejorar la comunicación, motivar las adaptaciones legales correspondientes.

Pero la modificación planteada no se refiere a aspectos generales, ni se enmarca en un examen global de las relaciones entre la Administración activa y la consultiva, sino que **se ciñe a una modificación *ad casum* del régimen legal de la abstención previsto en la LCJAE**.

La modificación plantea reflexiones desde ópticas bien distintas, pero hay una que adquiere especial preponderancia con solo reparar en que la propia LCJAE, al configurar el diseño singular del que se dotó al ejercicio de la función consultiva superior en la CAPV, consideró necesario precisar en el artículo 11 (objetividad, imparcialidad y sigilo), en los dos apartados anteriores al que se proyecta modificar, lo siguiente:

1.- Las miembros y los miembros de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ejercen la función consultiva con objetividad e imparcialidad, sin sujeción a vínculo jerárquico alguno ni a instrucciones de ninguna clase de la Administración activa.

2.- Tienen la obligación de inhibirse del conocimiento de los asuntos en los que concurra alguna de las causas de abstención y recusación establecidas en la legislación en materia de procedimiento administrativo común. También deben abstenerse de intervenir en las consultas relativas a asuntos en cuya preparación o elaboración hayan participado directamente.

Quiere ello decir que en **la causa de abstención que ahora se pretende suprimir se consideró parte de los elementos en los que descansaba la garantía de una actuación imparcial y objetiva, enderezada a preservar la independencia del órgano**.

Así se valoró en el Dictamen 84/2003 (pár. 47 a 69), que examinó la LCJAE en fase de anteproyecto, el modelo adoptado:

…/…

El anteproyecto, por tanto, organiza la función consultiva superior de la CAPV mediante la creación de un órgano colegiado sin personalidad jurídica diferenciada de la administración activa pero dotado de autonomía orgánica y funcional, objetividad e imparcialidad; principios rectores de su actividad que condicionan, de forma sustantiva, la configuración objetiva y subjetiva del órgano, así como su entero régimen de funcionamiento en la vertiente formal y material.

…/…

De acuerdo con la opción primera, la autonomía del órgano no se garantiza a través de su separación de la administración activa sino mediante la definición de los principios que deben regir su actividad, la definición del estatuto de sus miembros, preservando su estabilidad y, a su través, el funcionamiento independiente (nombramiento, cese, régimen de incompatibilidades, etc.); la sacralización de los procesos de formación de la voluntad del órgano (procedimiento rígido para activar la actuación del órgano, las ponencias —con la expresa previsión del voto particular— los dictámenes y acuerdos) y la exigencia de una cualificación profesional específica para sus componentes (todos los miembros del órgano deben contar con una acreditada experiencia en las materias objeto de la función consultiva).

La configuración subjetiva del órgano merece una especial consideración atendiendo a las observaciones que han formulado algunos de los órganos participantes en la tramitación del anteproyecto, bien al formular sus alegaciones, bien a través de la emisión del correspondiente informe preceptivo.

Tales observaciones, recaen sobre uno de los elementos (la conformación subjetiva del órgano) cuya conexión con la garantía de actuación objetiva recomienda su detenido examen por ser tal extremo, además de novedoso en el panorama de órganos consultivos, esencial para validar el modelo del anteproyecto.

En efecto, según lo razonado, el sentido y razón de ser de la cualificada función consultiva que se atribuye al órgano está en su carácter de instrumento al servicio de la garantía del interés general y la legalidad objetiva. Aquélla encuentra sentido únicamente en la medida en que permita un mejor cumplimiento del "sometimiento pleno a la Ley y el Derecho" que condiciona la entera actividad administrativa (artículo 103.1 CE) pues, sólo así, cabrá predicar su carácter de instrumento garantizador de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Por tanto, para que la función de alto asesoramiento a la administración activa cumpla su finalidad, la opción organizativa debe permitir que la objetividad en la actuación del órgano quede garantizada y, por ello, debe aquélla preservar la imparcialidad de quienes conforman el órgano, al ser ésta correlato necesario del actuar objetivo.

Ese análisis requiere el del entero régimen jurídico de la estructura del órgano porque hay —como venimos reiterando y evidencia la práctica—, diversas soluciones organizativas para articular dicha garantía, pero su examen excede el ámbito de este dictamen, al que sólo corresponde valorar la conformidad a derecho con la que incorpora el anteproyecto.

En cuanto a su fundamento, la conformación subjetiva del órgano aparece como lógica consecuencia del modelo adoptado (centrado preferentemente en la función consultiva a desarrollar y no en que se trate de administraciones separadas) que explica la Memoria proporcionando la justificación (y con ello el fundamento objetivo) de tal elección. En este punto, se advierte la irradiación de esa elección primera de perseverar en la fórmula existente.

En cuanto a las características subjetivas del órgano, en el modelo del anteproyecto —a diferencia del mayoritario seguido por otras comunidades autónomas— es la administración activa la que nutre, en buena medida, aquél. En este sentido, su conformación subjetiva es singular y plantea cuestiones que no suscita el modelo de separación radical (administración consultiva/administración activa) que es el más extendido.

De los diez miembros que van a integrar el órgano, dos provienen de la administración activa (origen común en otros modelos) pero, en este caso, parte de su contenido funcional como Altos Cargos de la administración activa lo constituye su función en el órgano consultivo que, a su vez, es cualificada, por reservarse a dichos miembros la presidencia y vicepresidencia de aquél.

Hay, por tanto, para esos miembros un régimen distinto; si bien, como apunta el informe de la Dirección de Función Pública, esa especial conformación del órgano puede provocar que, en ocasiones, afloren problemas que en los otros modelos no se plantean,

pero “se trata de una duda metódica y probablemente insalvable, consustancial a la concepción de un órgano encargado de la función consultiva como integrado en la propia organización administrativa”.

El resto de miembros (los vocales) provienen de las administraciones públicas de la CAPV —con la sola excepción de la UPV/EHU— alejándose también así de los modelos que descasan mayoritariamente en la figura del consejero externo a la administración.

Pero, al margen de consideraciones de otra índole —legítimas, pero cuya valoración no corresponde a esta Comisión—, tal y como hemos razonado más arriba, el parámetro que ha de utilizarse para examinar la conformidad a derecho de la iniciativa (en lo que se refiere a la forma de estructurar la función consultiva) es su pacífico encaje en el mínimo común denominador normativo que ha establecido la D.A.17ª LRJAP —transcrita en el párrafo 31 de este Dictamen—.

Y, a lo que ahora interesa, dicho precepto (que admite múltiples alternativas) permite que la función consultiva pueda ser desarrollada por los servicios jurídicos de la administración activa, siempre que (1º) en el desarrollo de esa función actúen de forma colegiada y (2º) no medie instrucción, directriz o indicación alguna de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta (mecanismos a cuyo través se neutraliza la dependencia jerárquica, orgánica y funcional de dichos servicios jurídicos que pudiera condicionar la autonomía e independencia en el ejercicio de la función consultiva).

En el anteproyecto, se crea un órgano colegiado, sin vinculación jerárquica, con diez miembros, a los que se exige un perfil profesional adecuado al contenido funcional del órgano y a los que se dota de un estatuto personal que preserva el ejercicio de la función de la directriz jerárquica, orgánica o funcional.

En este marco, la presencia en el órgano de miembros de la administración activa se realiza eligiendo a los titulares de órganos que tienen un contenido funcional, permanente, estable y conexo al de la función consultiva superior (como son el control jurídico y la defensa y representación de la administración activa), alejado con carácter general (sin perjuicio de la excepción) de la iniciativa normativa y del dictado de actos administrativos con los ciudadanos como destinatarios. Y se preserva la formación jurídica específica que, de acuerdo con el modelo elegido, requiere el desarrollo de la función consultiva superior.

Dicha presencia es minoritaria y, aunque con funciones relevantes, los dictámenes son el resultado de la actuación colegiada (con expresa reserva del voto particular para el miembro discrepante).

En cuanto componentes de la administración activa, les resulta de directa aplicación la prohibición de dirigir instrucción, directriz o indicación alguna; prohibición que tiene una proyección específica en la regulación de las causas de abstención.

> En efecto, además de las comunes (artículo 28 LRJAP) que —como es sabido— vienen a preservar la indebida confusión del interés general y el privado, el anteproyecto añade un supuesto específico de abstención en las consultas relativas a asuntos en cuya preparación o elaboración hayan participado directamente los miembros del órgano —sin excepción—, estableciendo un procedimiento riguroso para su apreciación por el resto de componentes del colegio; supuesto enderezado a reservar el juicio del órgano de los condicionamientos que pudieran derivar de la jerarquía.
>
> Por último, el examen del quórum para la válida constitución del órgano y la adopción de los acuerdos (requiriendo siempre, al menos, cuatro vocales), así como del régimen previsto para la elaboración de las ponencias (del que quedan excluidos los dos miembros de la administración activa) permite constatar que la presencia de la administración activa, analizada en el marco del entero diseño del órgano, no desmerece su actuación imparcial y objetiva en el ejercicio de la función consultiva.
>
> La fórmula del anteproyecto supera el test de contraste con la norma básica; esto es, respeta el mínimo común denominador a que responde aquélla y con el cual ha estimado cumplida el legislador estatal la garantía de la autonomía del juicio consultivo cualificado.
>
> Por tanto, sin perjuicio de las consideraciones que se formulan al analizar el articulado del anteproyecto, atendido el sentido y alcance de la función consultiva respecto del Gobierno y su administración, en los términos antes descritos, el modelo escogido, permite el ejercicio de la función en plena sintonía con su finalidad: ser un instrumento más al servicio de la efectividad del principio de sujeción de la actividad de todos los poderes públicos y de la administración (artículos 9 y 103 CE) al principio de legalidad.

La causa de abstención específica, como se explica en el dictamen parcialmente trascrito, es un contrapeso a la presencia en el órgano de dos personas de la administración activa que ocupan la presidencia y la vicepresidencia.

Valorada, por tanto, a la luz del entero diseño legal de la Comisión, **no se encuentra justificación para la modificación propuesta.**

DCJA 186/2018 pár. 578 a 624

B) Administración corporativa

El artículo 33 del proyecto **regula el turno de guardia** y dentro de su párrafo 1 se **inserta un parágrafo cuya redacción es confusa porque**, al amparo del artículo 520.5 de la LEcrim, que cita, **formula unas obligaciones que no tienen encaje en ese precepto. Entre ellas se encuentra el deber del letrado o letrada que realiza el turno de guardia de tener su residencia habitual y despacho abierto "en el ámbito del Colegio respectivo**, a fin de cumplir

las obligaciones contenidas en el presente párrafo y las generales de acceso a los turnos del servicio de Asistencia Jurídica Gratuita".

Esa exigencia resulta novedosa también en el ámbito de las legislaciones autonómicas contrastadas y conecta con la obligación que en el mismo sentido y con carácter general impone el artículo 38.1 a los profesionales inscritos en los servicios de justicia gratuita.

En efecto, se puede comprobar que la **LAJG,** en cambio, **no contempla esa obligación** entre las que atribuye en su artículo 31 a las y los abogados y procuradores en el desempeño de sus funciones **en el ámbito de la AJG** (tampoco lo hace el Real Decreto 996/2003).

Al margen del debate suscitado respecto a esa cuestión en el ámbito administrativo y judicial, singularmente en relación con la defensa de la competencia, **entendemos que la obligación referida no es materia cuya regulación deba hacerse en el decreto proyectado porque**, según hemos expresado, **tales determinaciones se hallan en la órbita de la autonomía de los colegios profesionales** (así lo postula también el artículo 22 de la LAJG), que establecen sus propias normas de régimen interno, sin perjuicio de las leyes que regulen la profesión.

Esas normas, además, pueden variar en el tiempo, por lo que no se ve tampoco oportuno que queden petrificadas en una norma reglamentaria como la ahora informada.

Por ello, **lo procedente respecto a esa obligación sería, en su caso, remitirse a lo que dispongan las normas reguladoras de los colegios profesionales** a ese respecto, que, como establece el artículo 22 de la LAJG (aunque no es de aplicación directa, pero resulta coherente con el régimen establecido para la AJG), han de garantizar, en todo caso, la prestación continuada de los servicios obligatorios de AJG, atendiendo a criterios de funcionalidad y eficiencia.

Es interesante dejar constancia de la polémica que hemos apuntado, de la que es muestra la Resolución de 20 de marzo de 2017 de la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC), en la que apreció que el Colegio de Abogados de Bizkaia había infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC), y le impuso una sanción, por denegar a una letrada la solicitud de inscripción en los turnos de oficio y guardias por no tener residencia habitual en Bizkaia y despacho en la demarcación territorial competente (invocaba en apoyo de esa alegación varias STS, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) —desde 2009, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)— de 19 de febrero de 2002 en el Asunto C-309/99 ("Wouters y otros"). E invocaba numerosos precedentes en supuestos semejantes, como las resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 12 de marzo de 2015, contra los Colegios de Abogados de Alcalá de Henares, Guadalajara y Madrid, así como la resolución de ese mismo órgano, de 1 de septiembre de 2015 en la que fueron sancionados el Colegio de Abogados de Guadalajara y el Consejo General de la Abogacía Española por conductas iguales.

Esa resolución de la AVC fue anulada por la Sentencia del TSJPV 96/2018, de 19 de marzo de 2018 (JUR 2018\189384), que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el

Colegio de Abogados de Bizkaia, sin entrar en el fondo del asunto, con el fundamento principal de que no era aplicable al caso la LDC (al tratarse "de un servicio profesional con connotaciones claras de servicio público, y sin contenido económico, sin oferta profesional de servicios, ni libre fijación de remuneraciones u honorarios, no cabe hablar de un 'mercado' de prestación de los mismos").

Esa conclusión que alcanza el TSJPV no es compartida de forma unánime por el Tribunal Supremo, que mantiene una posición favorable al "pleno sometimiento de los Colegios Profesionales a la Ley y al Tribunal de Defensa de la Competencia (…), sean cuales sean las funciones que ejerzan y el carácter público o privado de las mismas" [entre otras, STS de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2009\338), referida al ámbito de los colegios de abogados]; y tampoco por el TJUE (en el mencionado "caso Wouters y otros").

A modo recapitulativo señalamos que, **en coherencia con la autonomía que se reconoce a los colegios profesionales,** en el sentido dispuesto en el artículo 22 de la LAJG, **corresponde**, en su caso, **a esas corporaciones establecer las condiciones de prestación del servicio de AJG**, con las garantías ya indicadas, **sin que competa al decreto proyectado exigir a sus colegiados y colegiadas** las concretas obligaciones a que nos venimos refiriendo.

En ese sentido, el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, que aprueba el Estatuto General de la Abogacía, prevé en el artículo 4.1.d) entre las funciones de los colegios de abogados en sus respectivos ámbitos territoriales, "Organizar y gestionar los servicios de asistencia jurídica gratuita y cuantos otros de asistencia y orientación jurídica puedan estatutariamente crearse".

Esa posición es también acorde con el pronunciamiento del TSJPV en la Sentencia de 11 de noviembre de 2013 que venimos citando, en relación con la impugnación del actual Decreto 110/2012, que declaró nulo el inciso que inicia el artículo 31.4 en atención al artículo 22 de la LAJG, "que establece que la organización de estos servicios corresponde a los Colegios, sin ninguna otra intervención por parte de las Comunidades Autónomas".

DCJA 126/2018 pár. 151 a 162

C) Cargos públicos

En cuanto a los órganos de gobierno del ente, la citada ley identifica sin vocación de exhaustividad "el Consejo de Administración" y "la Dirección General", junto a los que coloca "aquellos otros que se establezcan en sus propios estatutos". Con esa habilitación, **los estatutos regulan**, junto con el Consejo de Administración y la Dirección General, otro órgano unipersonal, que es **la Dirección de Internacionalización**, con la naturaleza y facultades que le atribuye el artículo 12 de los estatutos.

En relación con ese órgano se propone "la consideración de alto cargo, conforme al artículo 29 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno" (artículo 12.3 de los estatutos).

Se suscita una reflexión sobre ese tema porque **la ley de creación del ente atribuye expresamente la consideración de alto cargo a la Dirección General** (párrafo 6 de la disposición adicional decimotercera), **sin previsión alguna respecto a otros órganos que pudieran crearse en los estatutos.**

Esa falta de previsión no quiere decir, a juicio de la Comisión, que deba privarse, en cualquier caso, de la consideración de altos cargos a aquellos órganos unipersonales que se creen en los estatutos del ente. En el supuesto analizado el párrafo 6 de la disposición adicional decimotercera de la Ley 5/2017 señala los órganos de gobierno con los que, como mínimo, debe contar el ente, pero permite la creación de otros en los estatutos, por lo que puede entenderse que valida que en ellos se determine igualmente la naturaleza y consideración de esos órganos, como hace el proyecto al atribuir la de alto cargo a la Dirección de Internacionalización que crea.

En relación con esa cuestión apuntamos que una de las preocupaciones fundamentales que ha tenido la Comisión en materia de estatutos de la clase de entes como el que constituye SPRI-AVDE ha sido la de perfilar convenientemente la condición de sus cargos directivos. Esa cuestión ha sido abordada en otros dictámenes relativos a la aprobación de estatutos de algunos entes públicos de derecho privado, como Lanbide o la Agencia Vasca del Agua (dictámenes 218/2010 y 171/2014), en los que la ley de creación no contemplaba de forma cerrada los órganos directivos del ente.

Trasladamos aquí un resumen de lo que ha manifestado a ese respecto la Comisión de manera exhaustiva en el Dictamen 218/2010 (y que el Dictamen 171/2014 sintetiza). En ellos se citaban antecedentes de nombramientos en atención al artículo 18.j) de la Ley de Gobierno, referido a la competencia del Gobierno Vasco para nombrar y cesar altos cargos de la Administración, estando configurados en sus leyes de creación de forma similar a la de ahora (además de la Dirección de Lanbide, Dirección del Instituto Etxepare o Dirección de la Agencia Vasca del Agua).

En primer lugar, entendemos que **la apertura que se efectúa en una ley del ámbito analizado a los estatutos para determinar otros órganos directivos**, además de los que ella mencione, **permite un amplio margen de maniobra a los estatutos del ente para establecer y definir sus propios órganos**.

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

En el caso de los entes públicos de derecho privado, la calificación de la relación que une a sus directivos con la entidad requiere un examen específico de sus funciones. **Si en el ejercicio de las mismas ha de desempeñar potestades públicas, aquellos directivos que deban emitir los actos necesarios para ejercer esas potestades deberán tener una relación de naturaleza administrativa**, como la que se configura en el proyecto. De no ser así,

en coherencia con la personificación escogida por el legislador, esa relación debería tomar alguna de las figuras acuñadas en el derecho privado.

Ello no es, en definitiva, más que una consecuencia de lo dispuesto en el artículo 103 de la CE, así como de lo establecido por el artículo 2.3 de la LRJSP, cuando señala que las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Esas entidades sujetarán su actividad a dicha ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación.

En este caso, el artículo 12.2 de los estatutos atribuye a la Dirección de Internacionalización la naturaleza de órgano administrativo que "ejerce potestades administrativas en las funciones de naturaleza pública que le sean atribuidas". Ese elenco de funciones se detalla en el párrafo 4 de dicho artículo 12. Asimismo, según el párrafo 6 de ese precepto, "Los actos y resoluciones que dicte la Dirección de Internacionalización en el ejercicio de potestades públicas tendrán la condición de actos administrativos y sus requisitos, eficacia y efectos serán los propios del régimen jurídico establecido para dichos actos. Tales actos y resoluciones agotarán la vía administrativa".

Así caracterizada (órgano administrativo unipersonal que, en el ejercicio de sus funciones, desarrolla potestades públicas), la dirección mencionada deberá cubrirse mediante una relación de servicio sometida al derecho público.

En definitiva, **no plantea dudas la configuración de la Dirección de Internacionalización como un cargo directivo de naturaleza pública, puesto que dentro de sus funciones se incluyen aquellas que suponen el ejercicio de potestades públicas**.

Tampoco ofrece dudas el hecho de que se trata de un cargo público que desempeña funciones que implican amplios poderes y una especial posición jerárquica y de responsabilidad en la organización, cuya designación responde a criterios de confianza política.

Lo anterior se refuerza con lo comentado anteriormente en relación con la traslación a esa Dirección de Internacionalización del ente público de las funciones que actualmente desempeña un alto cargo, según el decreto de estructura orgánica del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras (artículo 14 de ese decreto: la Dirección de Internacionalización de la Viceconsejería de Industria).

En cuanto a los reparos que pueda originar la consideración formal de la dirección como alto cargo, por contraposición con lo dispuesto en los artículos 28 y siguientes de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, recordamos que, como ya dijimos en los dictámenes antes referidos, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, el contexto temporal en el que fue aprobada esa ley, anterior a la LPOHGP —en la que se definió el entramado institucional de la Administración de la Comunidad Autónoma—, sin que pueda por tanto pretenderse que dé solución a todas las

situaciones surgidas como consecuencia del posterior diseño y concreción de ese entramado institucional.

DCJA 150/2018 pár. 77 a 92

D) Silencio administrativo

Al margen de esta consideración de orden sistemático, **en cuanto al sentido desestimatorio del silencio es obligado realizar un examen detenido por ser una cuestión clave del régimen autorizatorio**, **que** —insistimos— **ha de ser examinado como una pieza más del procedimiento para obtener la autorización.**

En primer lugar, ha de recordarse que con la actual regulación legal del silencio una norma reglamentaria no puede establecer un supuesto de silencio negativo, al ser una cuestión reservada a la ley (artículo 24.1 LPAC). **En este caso, las leyes que contemplan la posibilidad de someter a una autorización previa la actividad** de determinadas empresas y establecimientos alimentarios para la protección de la salud pública (todas las citadas más arriba y, en especial, el transcrito artículo 29 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública) **nada señalan al respecto.**

Por otra parte, debe asimismo recordarse que **la norma que se deroga** —Decreto 233/96, de 17 de septiembre—, que en principio hemos de entender que es la que se está aplicando en este momento, **contempla un silencio positivo** (artículo 7.2); silencio estimativo que, asimismo, se contempla como regla general en la Ley 17/2009, de 22 de diciembre, cuyo artículo 6 —de acuerdo con la Directiva de Servicios— recuerda que los procedimientos deberán "... garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general". En igual sentido, las normas autonómicas sobre la materia contemplan un silencio positivo.

Siendo esto así, el único fundamento que pudiera encontrar el sentido negativo del silencio ha de buscarse en el supuesto "norma de Derecho de la Unión Europea" que establece el artículo 24.1 LPAC.

En esta perspectiva, lo primero que se observa es que el silencio negativo se aplicará exclusivamente a los supuestos de autorización previa establecidos en el artículo 4.2 del Reglamento n.º 853/2004, de 29 de abril. Esto es, la valoración de las razones imperiosas que justifican el establecimiento de un régimen autorizatorio se ciñe exclusivamente a la realizada por el normador comunitario, al no haber ninguna extensión de ese régimen (y, por tanto, del silencio negativo) al acceso a la actividad de ninguna otra empresa o establecimiento alimentario.

De otro lado, se aprecia que, de acuerdo con el artículo 4.3 del Reglamento n.º 853/2004, de 29 de abril, los establecimientos sujetos a autorización no iniciarán su actividad hasta que la

autoridad competente les conceda "la autorización para desarrollar su actividad después de una inspección *in situ*" o una autorización condicional.

Si bien, como se deduce de su fecha de aprobación, la norma comunitaria estaba en vigor cuando se han dictado las normas que contemplan un sentido positivo para el silencio, con posterioridad se ha producido la aprobación del Reglamento (CE) n.º 625/2017, de 15 de marzo, del Parlamento y el Consejo, relativo a los controles y otras actividades oficiales realizados para garantizar la aplicación de la legislación sobre alimentos y piensos, y de las normas sobre salud y bienestar de los animales, sanidad vegetal y productos fitosanitarios y por el que se modifican numerosos reglamentos, directivas y una decisión del Consejo.

El artículo 148 —intitulado, Relación con los Reglamentos (CE) n.º 852/2004 y (CE) n.º 853/2004 en lo que respecta a la autorización de los establecimientos de empresas alimentarias)— tiene el siguiente tenor literal:

> 1. Las autoridades competentes establecerán los procedimientos que deberán seguir los operadores de empresas alimentarias al solicitar la autorización de sus establecimientos conforme a los Reglamentos (CE) nº 852/2004 y (CE) nº 853/2004.
>
> 2. Cuando la autoridad competente reciba de un operador de empresa alimentaria una solicitud de autorización, llevará a cabo una inspección in situ.
>
> 3. La autoridad competente solo autorizará un establecimiento para las actividades en cuestión si el operador de empresa alimentaria ha demostrado que cumple los requisitos correspondientes de la legislación en materia de alimentos.
>
> 4. La autoridad competente podrá conceder una autorización condicional si se pone de manifiesto que el establecimiento cumple todos los requisitos de infraestructura y equipamiento. Únicamente concederá la autorización plena si en un nuevo control oficial del establecimiento, efectuado dentro de los tres meses de la concesión de autorización condicional, comprueba que el establecimiento cumple los demás requisitos pertinentes de la legislación en materia de alimentos. Si se han producido claros progresos pero el establecimiento todavía no cumple todos esos requisitos, la autoridad competente podrá prorrogar la autorización condicional. No obstante, la duración total de esta última no será superior a seis meses, excepto por lo que se refiere a los buques factoría y buques congeladores con pabellón de los Estados miembros, para los que la autorización condicional no será superior a un total de 12 meses.
>
> 5. La autoridad competente mantendrá bajo examen la autorización de los establecimientos al realizar controles oficiales.

A juicio de la Comisión, dicho artículo introduce matizaciones relevantes en el diseño del procedimiento autorizatorio.

El artículo reitera la necesidad de la inspección *in situ* —que ya figuraba en el anterior reglamento—, pero refuerza la exigencia de una actuación expresa cuando señala que la autoridad competente solo podrá otorgar la autorización si el operador ha demostrado que cumple los requisitos correspondientes de la legislación en materia de alimentos y, asimismo, cuando al regular la autorización condicional con más detalle vuelve a insistir en la exigencia del "control oficial" y cuando, en su último apartado, establece la obligación de que la autoridad competente despliegue una vigilancia constante ("mantendrá") de las autorizaciones, mediante los controles oficiales.

Cabe, así, sostener que la norma comunitaria refuerza la obligación de una actuación expresa de la Administración competente tanto para emitir la autorización como para convertir la autorización condicional en definitiva y para vigilar que las condiciones de otorgamiento se mantienen.

En este contexto, podría entenderse aplicable la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) ha sostenido, principalmente en el ámbito del medio ambiente (Sentencia TJUE de 14 de junio de 2001, asunto C-230/00), sobre la incoherencia de considerar las autorizaciones tácitas compatibles con la exigencia de una autorización que obliga a la autoridad competente para concederla a desplegar una concreta actividad material de control o evaluación previa.

Con este fundamento, la Comisión considera que pudiera entenderse factible la fijación de un sentido negativo para el silencio como mecanismo que impide la obtención de una autorización tácita. En esta perspectiva, **el silencio positivo vendría a dejar desprotegidas** (por un incorrecto funcionamiento de la autoridad competente que deberá tener otros mecanismos de corrección) **las sólidas razones de interés general (salud, protección a los consumidores y seguridad alimentaria) que justifican el establecimiento de un régimen de autorización previa** en cuyo procedimiento de otorgamiento la norma comunitaria introduce el control oficial como trámite inexcusable.

Cabría sostener que precisamente son las razones que justifican el establecimiento de una autorización previa para ejercer la actividad de las empresas y establecimientos sometidos a ese régimen de intervención las que vetarían el uso del silencio positivo en estos casos.

Ahora bien, dicho esto, es asimismo obligado señalar que, si fuera a mantenerse esta opción del proyecto, han de valorarse conjuntamente varios aspectos.

Así, ha de atender al procedimiento del proyecto en su conjunto a la luz de la norma comunitaria, pues en el artículo 148 trascrito también cabe observar una clara finalidad de cohonestar la protección de las razones que justifican la técnica autorizatoria con el acceso a la actividad, mediante la regulación del mecanismo de la autorización condicional (que en el proyecto no se contempla).

Quiere esto decir que habría que sopesar un procedimiento autorizatorio de acceso a la actividad que puede durar seis meses (más el tiempo que pueda estar interrumpido dicho plazo

por la subsanación requerida) y que finalmente permite a la Administración, sin pronunciarse expresamente, denegar el acceso.

En esta perspectiva, no es necesario razonar en profundidad la necesidad de valorar si no bastaría con mantener el plazo de seis meses (o el que se estime suficiente) si se tiene en cuenta que el único trámite esencial es la inspección *in situ* y el consiguiente informe vinculante y que para los casos de subsanación dicho plazo debe interrumpirse de acuerdo con el régimen de la LPAC descrito.

En suma, aunque, según lo expuesto, hay razones para fundar un silencio negativo, esta solución debe ser valorada por el órgano promotor atendiendo a todos los factores presentes y, por tanto, sin olvidar que, según lo apuntado, en este momento no se cuenta con una norma legal interna que lo avale (en realidad, como señala la doctrina, lo cierto es que el legislador estatal ha aprovechado el proceso de adaptación de la Directiva de Servicios para potenciar el silencio positivo, convertido en regla general —artículo 6, Ley 17/2009, de 23 de noviembre—). Tampoco la normativa comunitaria excluye de manera expresa la utilización del silencio positivo, ni por el momento contamos con una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión que haya aplicado al supuesto de las autorizaciones sanitarias de empresas y establecimientos alimentarios la doctrina construida en el ámbito del medio ambiente —que hemos dejado citada—.

DCJA 27/2018 pár. 128 a 167

El sentido negativo del silencio que establece el apartado 6 no encuentra amparo en ninguna de las excepciones que determina el artículo 24.1 de la LPAC a la regla general del silencio positivo, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado.

En este ámbito cabe observar, por un lado, que el artículo 59.1 *ter* de la LSS establece el silencio positivo para los procedimientos de autorización de los servicios y centros que intervienen en la provisión y prestación de servicios sociales, y que, por otro lado, no encontramos previsión alguna en la LOF o en otra norma legal posterior que otorgue cobertura al silencio negativo que prevé el proyecto. **La seguridad jurídica exige en la actualidad contar con un amparo expreso en ley para fijar los efectos negativos cuando la Administración no resuelve en el plazo establecido.**

DCJA 101/2018 pár. 119 a 120

E) Técnicas de intervención de la Administración

La segunda cuestión general que ha de exponerse se refiere a las figuras de la comunicación previa, la declaración responsable y la autorización, por cuanto se contemplan en el proyecto.

La autorización de actividad o de funcionamiento que establece el proyecto para determinadas empresas y establecimientos alimentarios [los que contempla el Reglamento (CE) n.º 853/2004, del 29 de abril] **es el instrumento jurídico que permite a las administraciones verificar de forma preventiva que la actividad cumple con los requisitos exigidos para el desarrollo de aquella.**

Si se diseña la intervención pública mediante la figura de la autorización, ya no cabe la declaración responsable o la comunicación (de acuerdo con el literal del artículo 69 LPAC ya no se denomina comunicación previa, sino comunicación a secas), pues se requiere la comprobación previa de los requisitos materiales y formales que el ejercicio de la actividad requiere.

Para el examen de las otras dos figuras, interesa recordar que la Directiva 2006/123/CE, de Servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de Servicios), fue traspuesta al ordenamiento interno mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a la actividades de servicios y su ejercicio, y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modificó diversas leyes para adaptarlas a la anterior, entre las que figuró la Ley 30/1992, de 23 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC). En concreto, la modificación supuso la introducción de un nuevo artículo 71 bis —en la actualidad, artículo 69 LPAC— que contempló una regulación genérica de la declaración responsable y la comunicación previa.

En la vertiente más sustantiva, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre —que dio nueva redacción al artículo 7.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre—, en su artículo 17. 2 y 3 parece reservar la declaración responsable "para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o para las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados", y la comunicación, cuando presente alguna de esas razones, las autoridades deban "conocer el número de operadores económicos, las instalaciones o las infraestructuras físicas en el mercado".

Pero lo cierto es que la elección de una u otra figura no parece responder a criterios predeterminados pues tampoco los elementos que permiten deslindar con nitidez cada figura, a decir de la doctrina autorizada, no son claros. En realidad, ambas se presentan como alternativas a la intervención más severa constituida por la técnica autorizatoria. Descartada esta, **optar por la declaración responsable o la comunicación no parece conducir a regímenes jurídicos muy distantes y son muy pocas las notas de las que se dispone para configurar una caracterización sólida y diferenciada de cada una.**

Según la definición de la declaración responsable (artículo 69.1 LPAC), el interesado, bajo su responsabilidad, declara ante la Administración que cumple los requisitos que establece la normativa aplicable y que cuenta con la documentación que así lo acredita. Con la comunicación (artículo 69.2 LPAC), por su parte, el interesado pone en conocimiento de la Administración sus datos identificativos y demás requisitos exigibles, por lo que podría conllevar además la exigencia de aportar documentación, no siendo suficiente la declaración de que se está en posesión de la misma.

Ambas —declaración responsable y comunicación— **permiten reconocer o ejercer un derecho o iniciar una actividad desde el día en que se presentan**, salvo que se establezca otra cosa en la legislación aplicable (artículo 69.3 LPAC).

Es importante recordar que no cabe su exigencia acumulativa (artículo 69.6 LPAC y en el mismo sentido, artículo 17. 4 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, se "elegirá un único medio de intervención, bien sea de presentación de una comunicación o de una declaración responsable o de solicitud de una autorización").

La Administración mantiene incólumes sus facultades de comprobación, control e inspección, pudiendo requerir a los interesados en cualquier momento la acreditación del cumplimiento de lo declarado o lo comunicado (artículo 69 1 *in fine* y 3).

En realidad, **en ambas figuras lo relevante es que la actividad se ejerce bajo la exclusiva responsabilidad del interesado**, al que la Administración podrá requerir en cualquier momento posterior a la presentación de la declaración o de la comunicación que acredite que dicho ejercicio se está realizando de acuerdo con los requisitos sustantivos y formales exigibles.

Por ello, la inexactitud, falsedad u omisión de carácter esencial de cualquier dato o información que se incorpore a la declaración responsable o a una comunicación, o su no presentación ante la Administración, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad, sin perjuicio de otras consecuencias (responsabilidades penales, civiles o administrativas u obligación de restitución de la situación jurídica anterior o la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento, artículo 69.4 LPAC).

Las administraciones están obligadas a publicar y tener actualizados los modelos de declaración responsable y comunicación previa, en forma fácilmente accesible para los interesados.

DCJA 27/2018 pár. 92 a 104

II. Asistencia jurídica gratuita

Conforme a esa disposición, "En aquellos casos en que la persona solicitante interese la designación de un o una Graduado Social, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y lo recogido en la Ley 36/2011, de 10 de

octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, la designación para la defensa de la persona solicitante de justicia gratuita, podrá recaer en dicho profesional. A tal fin, tras recabar los correspondientes informes de la Comisión de Seguimiento prevista en el artículo 12 de este Decreto, y las propuestas de los distintos Colegios Profesionales afectos a esta regulación, así como cuantos otros resulten precisos, se dictará la normativa de desarrollo del presente Decreto que pueda facilitar la conexión de los Colegios de Graduados Sociales al Sistema de Asistencia Jurídica Gratuita".

En relación con la incorporación de las y los graduados sociales al sistema de AJG cabe apuntar que, según la disposición final undécima de la Ley 42/2015, de modificación de la LEC, "El Gobierno, en el plazo de un año a contar desde la publicación de esta Ley en el 'Boletín Oficial del Estado', remitirá a las Cortes Generales, para su aprobación, el proyecto de ley que regule la capacitación profesional exigida a los graduados sociales para actuar en los procedimientos laborales y de Seguridad Social de conformidad con la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, y que determine, entre otros aspectos, el título exigible, la formación especializada y la evaluación a realizar". Y añade, "A tal efecto y con el fin de elaborar, en el mismo plazo de un año, un estudio sobre los desarrollos normativos necesarios para la adaptación del marco legal que posibilite, en su caso, el acceso de los graduados sociales al sistema de representación técnica gratuita, se constituirá en el plazo de tres meses una comisión mixta formada por el mismo número de representantes del Consejo General de la Abogacía y del Consejo General de Graduados Sociales, de la que formarán parte los expertos, en igual número, que designe el Ministerio de Justicia".

Sin embargo, **esa adaptación todavía no se ha realizado**, por lo que nuestro análisis debe realizarse de acuerdo con la normativa actualmente en vigor.

Con arreglo al artículo 545 LOPJ ("Designación de abogados y procuradores"):

> 1. Salvo que la ley disponga otra cosa, las partes podrán designar libremente a sus representantes y defensores entre los Procuradores y Abogados que reúnan los requisitos exigidos por las leyes.
>
> 2. En los procedimientos laborales y de Seguridad Social la representación técnica podrá ser ostentada por un Graduado Social, al que serán de aplicación las obligaciones inherentes a su función, de acuerdo con lo dispuesto en su ordenamiento jurídico profesional, en este título y especialmente en los artículos 187, 542.3 y 546.
>
> 3. Se designarán de oficio, con arreglo a lo que en las leyes se establezca, a quien lo solicite o se niegue a nombrarlos, siendo preceptiva su intervención. La defensa o representación de oficio tendrá carácter gratuito para quien acredite insuficiencia de recursos para litigar en los términos que establezca la ley.

La justicia gratuita viene, por tanto, referida en ese precepto a la defensa o representación en juicio.

Tampoco la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, permite una inserción de las y los graduados sociales en el ámbito de la justicia gratuita. Así, el artículo 21 de ese texto legal (intitulado "Intervención de abogado, graduado social colegiado o procurador") solo hace referencia a la solicitud de "designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y

los beneficiarios del sistema de seguridad social que, por disposición legal ostentan todos el derecho a la asistencia jurídica gratuita". Asimismo, dispone que "La defensa por abogado y la representación técnica por graduado social colegiado tendrá carácter facultativo en la instancia. En el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por abogado o representados técnicamente por graduado social colegiado. En el recurso de casación y en las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo será preceptiva la defensa de abogado".

En instancias superiores, según el artículo 231 de esa ley (dentro del libro III título V, referido a las disposiciones comunes a los recursos de suplicación y casación), también se menciona el nombramiento de letrado del turno de oficio. El artículo 232 regula la "Designación de letrado de oficio", sin que añada o equipare en su tratamiento al graduado social.

A la vista de la regulación actual de **la intervención de las y los graduados sociales se puede afirmar que no se encuentran incluidos en el ámbito de la AJG**, **por lo que no puede sostenerse, como hace la disposición transitoria segunda del proyecto, que pueda recaer en tales profesionales la designación para la defensa de la persona solicitante de justicia gratuita**. En consecuencia, al no ser posible el supuesto sobre el que se articula el mandato que sigue, tampoco tiene sentido la previsión del dictado de la normativa de desarrollo del decreto para facilitar la conexión de los colegios de graduados sociales al sistema de AJG.

En definitiva, **la disposición transitoria segunda debe ser apartada del texto ya que, en tanto no se modifique la normativa** (en el sentido que apunta la Ley 42/2015), **no les está permitido a las y los graduados sociales la prestación del servicio de AJG.**

En ese sentido se ha pronunciado también el Consejo de Estado en su Dictamen 1059/2013, de 19 de diciembre de 2013, en relación con los artículos 6 y 40.1 del anteproyecto de ley de AJG —que no ha llegado a ser aprobado—, en el que, con remisión a la citada Ley 36/2011, tras señalar que "de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, se podrá solicitar la representación técnica de un Graduado Social, que, en su caso, actuarán con sujeción al mismo régimen que para Abogados y Procuradores establece esta ley" (artículo 6 del anteproyecto), se disponía que "Mediante convenio, los Colegios de Abogados y los de Graduados sociales articularán el libramiento de fondos con cargo a los cuales se retribuirá, de conformidad con el módulo que se establezca para la misma actividad cuando se lleve a cabo por un Abogado, las actuaciones profesionales que correspondan a la representación técnica en el orden social prestada por Graduados Sociales" (artículo 40 del anteproyecto).

El Consejo de Estado formuló en ese dictamen una observación de carácter esencial a la inserción de las y los graduados sociales en el sistema de AJG: "Entiende este Consejo de Estado que la previsión contenida en el artículo 6 del Anteproyecto en torno a la participación de los Graduados Sociales en el régimen contradice lo previsto en el referido artículo 545 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que la sustancial modificación que ese artículo 6 introduciría en el régimen de la asistencia jurídica gratuita exige previamente modificar el aludido precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial". El Consejo de Estado añade que entiende que "no cabe remitir a unos futuros convenios entre los Colegios de Abogados y los de Graduados Sociales la retribución de unas actuaciones que no están actualmente incluidas en el actual mecanismo general de financiación de la asistencia jurídica gratuita, sin regular previamente

los cambios que debieran introducirse en el régimen general de esa asistencia y de especificar cuál debiera ser el alcance de esos convenios y como se insertaría la actuación de los Graduados Sociales dentro del régimen de la asistencia jurídica gratuita (designación, relaciones profesionales de esos Graduados Sociales con los Abogados intervinientes...)".

DCJA 126/2018 pár. 197 a 207

III. Cooperativas

El anteproyecto, tal y como se refleja en las memorias del mismo, ha incorporado los aspectos sustanciales relativos al gobierno corporativo derivados de lo establecido en la Ley estatal 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de sociedades de capital para la mejora del gobierno corporativo. En este sentido ha procedido a adaptar el antiguo artículo 47 de la LCE a través del artículo 50 del anteproyecto, dedicado a la responsabilidad de los administradores. En el mismo se establece que "los administradores responderán, siempre que haya intervenido dolo o culpa, de los daños que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos sociales o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al cargo, que deberá estimarse con más o menos rigor en función del carácter retribuido o no del mismo".

Llama la atención que el citado artículo mantenga **el inciso final del artículo vigente que establece una limitación o graduación de la responsabilidad unida a la mayor o menor profesionalización del desempeño del cargo. Una especie de atenuante o exoneración basada en el binomio retribución *versus* gratuidad.**

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

Según la teoría general de las obligaciones, la responsabilidad está basada en el deber de actuar con una diligencia adecuada en el cumplimiento de las funciones. Esta obligación se recoge en el **artículo 49** del texto, al establecer los **deberes de los administradores.** Así, dispone **que deberán actuar en sus funciones con la diligencia de un ordenado empresario, desempeñando su cargo con lealtad y obrando de buena fe.**

Esta exigencia, como no podía ser de otra forma, se realiza con independencia de que el cargo se desempeñe de manera retribuida o no. Así, a la hora de establecer las obligaciones de los administradores, estas son idénticas para todos ellos no pudiendo minorarse por el hecho de la ausencia de retribución. Se les supone una conducta adecuada a la buena fe y que, en la gestión de sus atribuciones, emplean la diligencia debida, debiendo ser conocedores del funcionamiento de la cooperativa, en virtud de su deber de información, suponiéndosele una dedicación adecuada al cargo para cumplir sus obligaciones. Lo que no parece lógico

es que se le pueda estimar que deben cumplir sus obligaciones con menor diligencia o lealtad derivado de la gratuidad del cargo.

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

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

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

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

DCJA 176/2018 pár. 120 a 127

IV. Espectáculos y actividades recreativas

Dentro de la sección cuarta (dedicada a "Higiene y Salubridad") del capítulo II merece un análisis detallado el artículo 23 (en especial su párrafo 3), que ha de efectuarse, además, asociado con otros preceptos relativos a los establecimientos dedicados a actividades sexuales.

Así, **dentro del catálogo de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos** del anexo I del decreto proyectado **se contempla** dentro del apartado B, de forma novedosa respecto al catálogo previsto en la LEPAR, **como actividad recreativa las "Actividades de esparcimiento sexual"** (párrafo 13), que se definen (con una redacción deficien-

te, como analizamos en el apartado de técnica normativa) como "Actividad consistente en se presten o realicen [sic] actividades de esparcimiento de naturaleza sexual de manera libre e independiente".

Además de lo anterior, dentro del apartado del anexo I dedicado a los establecimientos públicos (numerado incorrectamente como III), en el subapartado J, relativo a "Otros establecimientos de esparcimiento", en el párrafo 3 se prevén los "Establecimientos dedicados a actividades sexuales", que se definen como "Establecimientos de pública concurrencia y acceso directo desde la vía pública en cuyas dependencias se presten o realicen actividades de esparcimiento de naturaleza sexual de manera libre e independiente. Estos establecimientos podrán disponer de servicio de hostelería y restauración". En definitiva, es en esos establecimientos públicos donde se llevan a cabo, con la consideración de actividad recreativa, la de esparcimiento sexual del párrafo 13 del apartado B del anexo I.

Cabe señalar que **la LEPAR**, en el catálogo que incorpora en su anexo, dentro del apartado B correspondiente a los establecimientos de actividades recreativas **incluye** en el párrafo 10 **los "Clubes especiales o de alterne". En su parte dispositiva no contiene ninguna previsión en relación con actividades que se puedan calificar explícitamente como de esparcimiento sexual**.

En el proyecto de decreto, en primer lugar, el artículo 23 (dentro del capítulo II, sección cuarta, dedicada a las condiciones de higiene y salubridad de los establecimientos públicos y demás lugares donde se celebren espectáculos públicos y actividades recreativas) establece unas disposiciones relativas a la "Salud e higiene en establecimientos dedicados a actividades sexuales", esto es, aplicables a los incluidos en el apartado III.J, párrafo 3, del anexo I.

Además, en el artículo 32.2.d) del proyecto se subsumen esos establecimientos en el grupo horario IV. Y, conforme al apartado b) del artículo 52.1, no se permite la entrada ni permanencia de personas menores de dieciocho años (solos ni acompañados de mayores de edad) en esos establecimientos destinados a actividades sexuales.

Con arreglo a las previsiones del artículo 23 del proyecto, en esos establecimientos "el acceso a los reservados solo podrá hacerse desde el interior del local y deben cumplirse con las condiciones de higiene y salubridad establecidas en la normativa específica en materia de salud" (párrafo 1). En su párrafo 2 contiene previsiones relativas al uso de preservativos y "elementos profilácticos para prevenir las enfermedades de transmisión sexual". Por último, el párrafo 3 establece de manera específica para "los establecimientos dedicados a la prostitución" que, "además, deben tener una zona de vestuario y de descanso para las personas que la ejercen, que no podrá ser utilizada como vivienda o para la pernoctación de dichas personas".

Entiende la Comisión que de ese párrafo 3 del artículo 23 se deduce, o bien que dentro de las actividades sexuales realizadas en los denominados en el catálogo como "Establecimientos dedicados a actividades sexuales" se comprende también el ejercicio de la prostitución, o bien que hay una categoría de establecimientos (que no menciona expresamente el catálogo del anexo I), que son los "establecimientos dedicados a la prostitución" (en términos del artículo 23.3).

El reconocimiento de que en esos establecimientos se puedan llevar a cabo actividades de prostitución o, incluso (con arreglo a la segunda de las interpretaciones), **regular algunos aspectos de los establecimientos dedicados a la prostitución en la norma informada suscita varios comentarios.**

En primer lugar, aprecia la Comisión que la modificación que lleva a cabo el proyecto del catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos aprobado por la LEPAR como anexo, supone un cambio sustancial, sin precedente en esa ley.

Un cotejo entre ambos catálogos permite constatar que **se ha suprimido el establecimiento de actividad recreativa contemplado** en el apartado B)12 del anexo de la LEPAR, **como "Clubes especiales o de alterne" y, en su lugar, se prevén los "establecimientos dedicados a actividades sexuales", que pueden abarcar la prostitución**, según lo expuesto.

A ese respecto, resulta interesante trasladar aquí la valoración de la **distinta naturaleza jurídica laboral que tienen la actividad de alterne y la prostitución,** como refleja la jurisprudencia del orden social, de la que es muestra la Sentencia del Tribunal Supremo ─STS─, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2016 (RJ\2016\6323), que, asimismo, define las características diferenciales de ambas actividades. También resulta ilustrativa por su enfoque sobre la prostitución en el orden social la reciente sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, número 174/2018, de 19 de noviembre (JUR\2018\313878).

A la vista de la sustancialidad del cambio del catálogo en esa categoría, **llama la atención de la Comisión que no conste justificación suficiente en el procedimiento por parte del órgano promotor al respecto, así como que tampoco haya sido objeto de especial consideración durante la tramitación del procedimiento** el encaje de la prostitución en el ámbito del proyecto (espectáculos públicos y actividades recreativas).

Resulta especialmente llamativa esa falta de reflexión en el procedimiento por las circunstancias que rodean a la prostitución, que genera un gran debate social y jurídico en orden al propio desarrollo de la actividad, a su eventual regulación y la forma, en su caso, de abordarla (así lo pone de relieve, por ejemplo, Emakunde en sus informes sobre "La prostitución ejercida por las mujeres en la CAPV", del año 2002, y "Mujeres que ejercen la prostitución en la Comunidad Autónoma del País Vasco", de diciembre de 2007).

Además, es de reseñar que, derogado el Reglamento de espectáculos públicos y actividades recreativas de Cataluña, aprobado por Decreto 112/2010, de 31 de agosto, no existe tampoco regulación autonómica alguna que contemple la prostitución en el ámbito al que nos referimos.

La redacción propuesta para el párrafo 3 del artículo 23 del proyecto, relativo a "los establecimientos dedicados a la prostitución", supone incardinar de forma expresa esa actividad (que no se encuentra regulada en otros ámbitos, al margen de algunas ordenanzas municipales que abordan ciertos aspectos relacionados con la salubridad o la convivencia vecinal) precisamente en el ámbito de los espectáculos públicos y actividades recreativas.

Hay que reparar en que **en sede parlamentaria se aprobó dentro de la LEPAR un catálogo en el que se clasificaban los establecimientos, espectáculos y actividades recreativas.**

El cambio de esa clasificación y, en concreto, la introducción de esa nueva categoría, se ha realizado al amparo de la habilitación que efectúa el artículo 3.1 de la LEPAR al Gobierno Vasco para que, mediante decreto, pueda "modificar" y "desarrollar" dicho catálogo. Pero entiende la Comisión que de esa habilitación no puede resultar la inclusión en el catálogo de categorías que no encuentren amparo en la propia LEPAR o se desvíen de su ámbito de aplicación.

Entendemos, en definitiva, que el proyecto no completa, aclara o pormenoriza la LEPAR en ese aspecto, sino que introduce un ámbito de regulación no previsto en ella. De lo que se deducimos que **la inclusión de la prostitución como actividad recreativa en el ámbito de la LEPAR no puede llevarse a cabo mediante un reglamento ejecutivo de dicha ley, que no ampara ese contenido, y cuyas circunstancias requieren, a nuestro juicio, un pronunciamiento expreso del Parlamento.**

DCJA 189/2018 pár. 81 a 99

V. Personas extranjeras menores de edad

Sin embargo, la Comisión entiende necesario realizar una observación en relación con el tratamiento que se da en el artículo 4 del proyecto (dentro de su capítulo II) a los **programas de desplazamiento temporal** que van a quedar sometidos a las condiciones y al procedimiento que el proyecto prevé en los capítulos que siguen.

En nuestro análisis de esa cuestión tomamos en consideración que dentro de los programas de desplazamiento temporal de personas extranjeras menores de edad regulados por los artículos 187 y 188 del Reglamento que nos sirve de referencia distingue los que tienen por finalidad: el tratamiento médico o disfrute de vacaciones (artículo 187) y la escolarización (artículo 188).

Respecto al desplazamiento temporal de las personas extranjeras menores de edad con fines de tratamiento médico o disfrute de vacaciones (las del artículo 187), lo que le caracteriza es que se ha de realizar en el marco de "programas de carácter humanitario promovidos y financiados por las administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones u otras entidades ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela".

En cuanto al desplazamiento temporal de tales personas menores con fines de escolarización, según el artículo 188.2 del Reglamento (en que se aparta del régimen establecido para el desplazamiento de personas menores por estudios contemplado en el artículo 38), ha de enlazar con "programas promovidos y financiados por las administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones u otras entidades o personas ajenas a quienes ejercen su patria potestad o tutela". A

efectos del procedimiento que se ha de tramitar en este caso se asimila al de los supuestos de desplazamiento del artículo 187, con la exigencia añadida de que se ha de acreditar que la persona menor ha sido admitida en un centro de enseñanza reconocido oficialmente en España.

No obstante, apreciamos que, conforme a la redacción propuesta en el artículo 4 del proyecto, quedan reducidos los supuestos en que es posible el desplazamiento temporal en contraste con lo previsto en los citados artículos 187 y 188 del Reglamento, en cuanto que en su párrafo 1 establece, con carácter general, **el requisito del carácter humanitario de los programas de desplazamiento y lo define (a diferencia del Reglamento) de forma que lo restringe a los tres supuestos** que expresamente menciona en sus apartados a), b) y c), relativos a: **la procedencia de las personas menores extranjeras de países o zonas afectadas por conflictos bélicos, catástrofes o desastres naturales o provocados por el ser humano; o de campos de personas refugiadas.**

En definitiva, **podrían quedar fuera del ámbito de aplicación del proyecto de decreto (apartándose, en su caso, de lo dispuesto en el Reglamento) otros supuestos que, por su naturaleza y características, son de carácter humanitario, pero que no se consideren formalmente como tales por no afectar a menores que se encuentren en alguna de las concretas situaciones del artículo 4.1. De lo que se derivaría también la consecuencia, que entendemos no sería deseada por el órgano promotor de la iniciativa, de que tampoco quedarían sujetos al procedimiento previsto en el proyecto (en desarrollo del Reglamento) ni, por ello, al informe que deben emitir las diputaciones forales.**

Pensemos, por ejemplo, en programas desplegados por administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones o entidades sobre la base principal del espíritu solidario y de cooperación de la sociedad vasca con el fin de que personas menores extranjeras que, sin encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 4.1 del proyecto, se hallan en una situación de dificultad social o médica especial, o bien en un entorno social y familiar que dificulta gravemente su desarrollo integral y bienestar, puedan disfrutar de un período de vacaciones, o bien puedan recibir un tratamiento médico o puedan permanecer en el territorio de la de la Comunidad Autónoma con fines de escolarización.

A la vista de lo expuesto, **la Comisión estima procedente adecuar el contenido del artículo 4 del proyecto al ámbito diseñado en los artículos 187 y 188 del Reglamento.**

DCJA 168/2018 pár. 61 a 68

VI. Profesiones tituladas y profesiones reguladas

Tal y como hemos expuesto, **las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucional el artículo 30 del Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana** –aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre–, que regulaba

la capacitación para suscribir el informe de evaluación de los edificios, **ha motivado que no exista norma legal estatal que establezca los requisitos de cualificación que deben cumplir los diferentes profesionales para poder realizar la ITE.**

Así las cosas, el proyecto de decreto mantiene la regulación del Decreto 241/2012, estableciendo que "1.- la inspección técnica de los edificios será realizada por quien posea la titulación profesional habilitante según corresponda conforme a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, bien de forma directa como profesional, o bien como técnica o técnico facultativo inspector perteneciente a una Entidad de Control de la Calidad de la Edificación regulada por el Real Decreto 410/2010, de 31 de marzo, por el que se desarrollan los requisitos exigibles a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos para el control de calidad de la edificación..., 3.- Sin perjuicio de lo anterior, la certificación de la eficiencia energética del edificio se realizará por las personas técnicas competentes de acuerdo con la normativa de aplicación".

Es notorio que existe una gran controversia sobre la reserva de actividad en este tipo de actividades y su posible conflicto con lo regulado en el artículo 5 de la LGUM, a los efectos de su justificación y en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En virtud de las cuales, **el establecimiento de reservas de actividad debe justificarse en razones imperiosas de interés general, ser proporcional, adecuado a los fines que se persiguen y no discriminatorio.**

Ha sido profusa la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la materia. En general, el Tribunal Supremo ha venido negando la existencia de un monopolio en el ámbito general de la edificación a favor de uno u otro colectivo profesional, siempre y cuando de la naturaleza del propio proyecto o actuación no se derive una atribución específica a una especialidad técnica concreta. Así, por todas, lo ha expresado en la **Sentencia (STS) de 19 de enero de 2012**, que manifiesta que:

> ...cuando la naturaleza de un proyecto técnico exige una intervención exclusiva de un determinado técnico la competencia es indubitada, pero cuando, como sucede en el caso planteado, se trata de un complejo polideportivo el criterio jurisprudencial prevalente, habida cuenta de su carácter multidisciplinar, ha de primar el principio de idoneidad del facultativo interviniente sobre el de exclusividad que conduce a un monopolio profesional que esta Sala rechaza.
>
> Por su parte Tribunal Supremo, recuerda el principio sentado por una muy reiterada jurisprudencia de libertad con idoneidad frente a la pretensión de exclusividad a favor de determinadas titulaciones salvo que dicha exclusividad venga reservada para una determinada titulación profesional mediante una Ley.
>
> Con evidente mayor simplicidad, puesto que se trata de una mera remisión, la Ordenanza limita su mandato sobre el particular a habilitar para la Inspección Técnica a "las profesiones autorizadas para la intervención en obras de edificación, atendiendo a sus características de uso y tipología", de conformidad con la Ley de Ordenación de la Edificación.

A partir de este dato, la racionalidad del argumento ofrecido por la sentencia recurrida, en el sentido de la evidente relación entre la capacidad para intervenir en la edificación y la de calificar el estado general de su conservación, sería la justificación de la norma de la Ordenanza impugnada, por lo que resulta de lógica jurídica que solamente un precepto con el preciso rango legal que diese beligerancia a las razones de diferencia técnica entre la actividad de edificación y la de conservación que aducen los actores para mantener su pretensión podría abatir el fallo recurrido.

Y este precepto consideramos que no existe.

Los recurrentes invocan los anteriormente citados que entienden infringidos. En ellos se habilita a los Ingenieros Industriales para “la verificación ... de materiales, elementos e instalaciones de todas clases“, así como la capacidad para “proyectar, ejecutar y dirigir ... construcciones hidráulicas y civiles“ (Decreto de 18 de septiembre de 1935) y, en cuanto a los Ingenieros Técnicos, “la realización de mediciones, cálculos, valoraciones, tasaciones, peritaciones, estudios, informes, planos de labores y otros trabajos análogos“, así como “la redacción y firma de proyectos que tengan por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación, demolición, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles ... siempre que queden comprendidos por su naturaleza y características en la técnica propia de cada titulación“ (Ley 12/86, por la que se regulan las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos Industriales).

Ahora bien, estas atribuciones de los Ingenieros se hacen condicionados a que correspondan “por su naturaleza y características a la técnica propia de cada titulación“ (Ley 12/86) o que se trate de “instalaciones o explotaciones comprendidas en las ramas de la técnica industrial Química, Mecánica y Eléctrica y de Economía Industrial“ (Decreto de 1935), de modo que las mismas normas atributivas de competencias profesionales matizan las mismas en función de los saberes propios de cada titulación, siendo de notar que los demandantes no solo invocan para afirmar su posición las capacidades de dictamen e informe, sino también las de “proyectar“ para así justificar la capacidad de intervención de los Ingenieros en la Inspección Técnica, razonamiento que en definitiva viene a avalar la posición de la Ordenanza, al vincular la intervención en la construcción con la competencia para hacerlo en la Inspección Técnica, a la vista de que la Ley de Ordenación de la Edificación refiere la capacidad para intervenir en ésta a la titulación que “corresponda“.

Consideramos, por tanto, que la Ordenanza no limita las competencias propias de los Ingenieros ni contradice las capacidades genéricas y específicas de proyectar e informar que sus particulares regulaciones les atribuyen sino que simplemente asume la lógica eficacia de la Ley de Ordenación de la Edificación a la hora de determinar los ámbitos de actuación de los Arquitectos y los Ingenieros en la Inspección Técnica, cuya íntima relación con la actividad de la construcción, en cuanto implica un examen e informe sobre su estado, resulta innegable.

> La desestimación del primer motivo arrastra la del segundo, en el que se denuncia la infracción de los artículos 2 y siguientes de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, sobre la base de afirmar que la misma considera que su ámbito de aplicación es el "proceso de la edificación, entendiendo por tal la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente ..." (art.2) y que por lo tanto solo se refiere a proyecto y dirección de obra, no a la inspección, que no actúa sobre el edificio, ya que solo puede recomendar acciones de reparación o rehabilitación, pero no las ejecuta.
>
> Siendo sustancialmente correcto lo que nos dice la parte, sin embargo, ello no devalúa la argumentación que con anterioridad hemos desarrollado sobre la evidente e íntima relación entre los conocimientos precisos para proyectar y dirigir la construcción de edificio o algunos de los elementos integrados en los mismos y los adecuados para informar sobre su estado de conservación lo que justifica —repetimos— la racionalidad jurídica de la norma puesta en entredicho.

Son relevantes asimismo la STS de 25 de noviembre de 2015 (rec. 578/2014), y la STS de 9 de diciembre de 2014 (rec. 4549/2012). En todo caso, resulta particularmente ilustrativa la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de fecha 30 de junio de 2014** (rec. 24/2014), que expresa que:

> La determinación del acto recurrido en concreto tiene en este caso gran importancia por cuanto no se trata de dilucidar la capacidad técnica de los ingenieros de caminos, canales y puertos para poder realizar las inspecciones técnicas de las construcciones en general sino la capacidad en concreto para la inspección de un edificio destinado a viviendas. Consiguientemente el principio de libertad con idoneidad a que se refiere el Colegio apelante en el primero de los motivos de su recurso de apelación con base en la doctrina jurisprudencial que cita (Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de enero de 2012 y la jurisprudencia en ella citada) no ha sido desconocido por la Sentencia recurrida sino que el mismo ha sido aplicado a un caso concreto, que es el que acabamos de indicar.
>
> No se discute la capacitación de los ingenieros en general sino en relación a un edificio destinado a viviendas ya construido, a lo que hay que añadir que con independencia de esa formación es la ley la que determina qué técnico es el competente para inspeccionar un edificio como el que nos ocupa en los términos que seguidamente expondremos. La expresión "técnico competente" debe ponerse en relación con el tipo de edificación a inspeccionar y de ahí que la Sentencia recurrida acuda a la Ley de Ordenación de la Edificación por cuanto es en esa norma donde se establece quién es el competente en función del tipo de edificio y por eso la Sentencia recurrida concluye que "la condición de técnico competente corresponderá con las profesiones autorizadas para la intervención en obras de edificación, atendiendo a sus características de uso y tipología", añadiendo que cuando se trate de edificios que tengan un uso de los previstos en el artículo 2 apartado 1 a) de la Ley 38/1999 (uso administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural) el técnico competente es el arquitecto. De la misma manera, aunque no sea de aplicación al caso, el artículo 6 de la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas cuando se refiere a

la Evaluación de los Edificios se remite de manera expresa a la Ley 38/1999 de 5 de noviembre y si bien es verdad que esa evaluación tiene un contenido más amplio que el correspondiente al informe de la inspección técnica, también lo es que este último puede servir en los términos que indica el artículo 4.2, último inciso para aquella evaluación. Tal razonamiento, esto es, determinar quién es el técnico competente en función del tipo y uso de la construcción a inspeccionar se ha visto confirmada por la modificación del artículo 317.1 del Reglamento de Urbanismo que, tras la indicada reforma introducida por el Decreto 10/2013, dice "1. La inspección técnica de construcciones debe ser realizada por técnicos que sean competentes para proyectar o dirigir las obras de cada tipo de construcción, o para dirigir la ejecución de dichas obras". Consideramos que, cuando se trata de la inspección técnica de un edificio destinado a viviendas, a tenor del contenido de la misma el técnico competente a que se refiere la normativa de aplicación es el arquitecto por ser un supuesto en el que "la naturaleza de la obra" exige la intervención de ese técnico, lo que nos lleva a la desestimación del recurso de apelación.

Por todo ello, **la remisión que realiza el proyecto a la normativa sobre la ordenación de la edificación, para determinar el técnico competente para la realización de la ITE, es adecuada al no limitar la capacidad de intervenir sino remitirse a la cualificación adecuada para la realización de la misma, en función de la capacitación técnica para la que habilite cada titulación derivada de las intervenciones a realizar.**

DCJA 109/2018 pár. 103 a 108

VII. Sanidad

La LGS regula la vinculación de los centros privados en la red asistencial pública en los artículos 66 y 67; artículos que no tienen consideración de legislación básica.

Por su parte, el artículo 30 de **la LOSE** regula las relaciones jurídicas con instituciones privadas para la provisión de servicios sanitarios en su artículo 30. Este artículo prevé que las relaciones entre el departamento competente en materia de sanidad y cualquier entidad privada para la provisión de servicios sanitarios se instrumentalizarán, previa homologación, de acuerdo con lo que al respecto establecen la legislación general básica y la propia Ley.

A continuación, los párrafos 2 y 3 de este mismo artículo **se refieren únicamente a los conciertos sanitarios y no hay mención expresa alguna a la posible vinculación de los centros sanitarios privados**. Ello ha originado que durante el proceso de elaboración **se haya puesto en cuestión la posibilidad de que, en ejecución de la normativa autonómica, una norma reglamentaria regule una figura que únicamente aparece en la legislación estatal**, aunque, como hemos avanzado, **no con carácter básico**.

En favor de esta posibilidad, el departamento promotor parte, en la memoria explicativa del proyecto, del carácter supletorio de los artículos 66 y 67 de la LOSE, además de realizar una lectura aperturista de lo establecido en el artículo 30 de la LGS y alude al antecedente del

presente proyecto: Decreto 82/1989, de 4 de abril, por el que se regula el marco al que deben ajustarse los convenios de vinculación que suscriban los centros sanitarios del sector público sin ánimo de lucro. Considera que este decreto se mantuvo vigente y activo ─aunque en este momento ya no exista ningún centro vinculado─ después de la entrada en vigor de la LOSE pese a no estar incluido en la relación enunciativa que establece el mantenimiento de la vigencia de una serie de decretos del párrafo 2 de la disposición derogatoria de esta ley.

Pues bien, con carácter general, la Comisión viene defendiendo que, desde la perspectiva intraordinamental, la producción de normas jurídicas autonómicas ha de respetar el principio de jerarquía normativa en el marco del ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma. Por tanto, **siendo la LOSE la ley de cabecera que ordena en el marco intraautonómico las relaciones jurídicas con instituciones privadas para la provisión de servicios sanitarios, debería recoger con claridad las opciones en ese campo y, en caso de considerarlo conveniente o necesario, incluir la figura de la vinculación.** Esta es la opción que, por lo general, ha adoptado la mayoría de comunidades autónomas al prever con rango de Ley, aunque sea mediante remisión a la LGS, la posibilidad de vincular centros privados sin ánimo de lucro a la red de centros sanitarios públicos.

Ahora bien, aun reconociendo la falta de claridad deseable en el marco legislativo en el que se inserta el proyecto, extraer la exclusión de esa figura en el sistema sanitario vasco resulta, a juicio de esta Comisión, excesivo.

En primer lugar, **ha de descartarse que la reserva de ley** del artículo 43.2 CE **alcance a la definición de los modos de gestión de los servicios sanitarios e, igualmente, conviene recordar que nos encontramos ante una competencia de carácter prestacional que no está reservado por ley a una gestión directa, pues no supone el ejercicio de la autoridad**. **Todo ello permite contemplar un amplio margen de autoorganización por parte de la Administración sanitaria, siempre que se mantenga y no ponga en riesgo la recognoscibilidad de la institución** ─aquí el régimen público de Seguridad Social en sentido amplio─ tal y como aclara la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril.

En segundo lugar, porque **lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 30 de la LOSE permite también una interpretación aperturista que incluya los convenios de vinculación como fórmula de relación entre la Administración sanitaria y entidades de naturaleza privada para la provisión de servicios sanitarios**, siempre y cuando las relaciones jurídicas con estas últimas partan, como es el caso, de una previa homologación.

A favor de este segundo argumento puede también añadirse que **la Ley 15/1997,** de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, **estableció para todo el ámbito del Sistema Nacional de Salud que, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria puede llevarse a cabo directamente o indirectamente** a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en

derecho (apartado 1). Estableció, asimismo, que la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios puede llevarse a cabo, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la LGS (apartado 2).

Esta ley estatal atribuye así, en el marco determinado por las leyes, al Gobierno y a los órganos de gobierno de las comunidades autónomas la determinación de las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios.

En tercer lugar, **el mantenimiento de la figura de la vinculación de centros privados sin ánimo de lucro en la red sanitaria pública vasca por vía del Decreto 82/1989 parece ir más allá de la aprobación de la LOSE en el año 1997**, pese a que el citado decreto no fue incluido en la relación —enunciativa— que, para confirmar su vigencia, se incluyó en la disposición derogatoria de la ley. Este decreto se fundamentó en su momento en el artículo 23 de la derogada Ley 10/1983, de 19 de mayo, del Servicio vasco de salud–Osakidetza, y actualmente su engarce con la normativa autonómica se encontraría en el ya citado artículo 30.1 de la LOSE.

Todo ello lleva a esta Comisión a apoyar la viabilidad jurídica del proyecto dentro del marco legal aplicable en nuestra Comunidad Autónoma.

Los convenios en los que se formaliza la vinculación al Sistema sanitario público de centros sanitarios de titularidad privada y su consideración desde la perspectiva de la contratación pública:

Salvado ese primer escollo en el proyecto, la segunda cuestión de orden general que afecta a la viabilidad del proyecto es el de la consideración de su objeto desde la perspectiva de la contratación pública.

El objeto del proyecto, como ya hemos descrito, es la regulación de los requisitos y el procedimiento para la suscripción de los convenios de vinculación de centros sanitarios de titularidad privada y sin ánimo de lucro.

Pero para analizar la regulación propuesta sobre esos dos aspectos de estos convenios —requisitos y procedimiento para suscripción— parece conveniente detenerse con carácter previo en la naturaleza de estos convenios; aspecto cuya definición condicionará su régimen jurídico.

Como avanza la parte expositiva del proyecto, **con la vinculación se trata de integrar determinados centros prestadores de la actividad asistencial y de titularidad privada en la red asistencial pública, de tal modo que a los referidos centros integrados se les aplicará un régimen de organización y funcionamiento similar al de los centros de titularidad**

pública. Los centros vinculados quedan sujetos a un régimen de control financiero, de gestión, de sistema de admisión, de garantía de derechos y de actividades asistencial similar a los centros de titularidad pública. **La integración, en definitiva implica la creación y mantenimiento de una estructura común entre organizaciones independientes con el propósito de coordinar su interdependencia para trabajar juntos en un proyecto común**.

Se aduce también, **por contraposición con respecto a los conciertos sanitarios en sentido estricto, que con la vinculación no se trata de contratar prestaciones sanitarias determinadas en cuanto a definición o cuantía, sino la integración de los centros vinculados a la red pública**.

De un modo simplificado**, es la Administración sanitaria la que asume el control y, en gran medida, el riesgo de la actividad de un centro sanitario sobre el que se mantiene la titularidad privada**; actividad finalmente económica, aunque de interés general. Ha de destacarse, **sin embargo**, que **no hay una subrogación de la Administración en relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios en el momento de la vinculación.**

Como figura jurídica, la vinculación y el convenio mediante el cual se formaliza se contemplan en los artículos 66 y 67 de la LGS; artículos que, como ya hemos adelantado no tienen la condición de legislación básica.

El 66 de la LGS establece como requisitos para esa vinculación: I) la necesidad de un previo protocolo definido; II) que las necesidades asistenciales lo justifiquen y; III) que las disponibilidades económicas del sector público lo permitan.

El artículo 67 LGS establece que la vinculación a la red pública de los hospitales a que se refiere el artículo anterior se realizará mediante convenios singulares.

En estos convenios deben establecerse los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a duración, prórroga, suspensión temporal, extinción definitiva del mismo, régimen económico, número de camas hospitalarias y demás condiciones de prestación de la asistencia sanitaria, de acuerdo con las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la ley. Establece también que el régimen de jornada de los hospitales convenidos será el mismo que el de los hospitales públicos de análoga naturaleza en el correspondiente ámbito territorial (apartado 2).

En cada convenio quedará asegurado que la atención sanitaria prestada por hospitales privados a los usuarios del Sistema sanitario se imparte en condiciones de gratuidad, por lo que las actividades sanitarias de dicho hospital no podrán tener carácter lucrativo (apartado 3).

El cobro de cualquier cantidad a los enfermos en concepto de atenciones no sanitarias, cualquiera que sea la naturaleza de estas, podrá ser establecido si previamente son autorizados por la Administración sanitaria correspondiente el concepto y la cuantía que por él se pretende cobrar (apartado 4).

Se establecen también las causas de denuncia del convenio por parte de la Administración sanitaria competente (apartado 5), para finalizar sometiendo a los hospitales privados vinculados a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos que los hospitales públicos, aplicando criterios homogéneos y previamente reglados (apartado 6).

En todo este esquema **la cuestión más delicada es la de establecer la naturaleza de esos convenios** y, más concretamente, **si al igual que en el caso de los conciertos sanitarios, esa naturaleza es contractual.**

Hemos de partir, no obstante, por admitir que nos encontramos ante una cuestión que, lejos de ser pacífica, encuentra enfoques diferentes tanto en el campo doctrinal como en el campo jurisprudencial y normativo. En favor de su naturaleza contractual se muestra parte de la doctrina y alguna jurisprudencia, como la Sentencia de 6 noviembre 2012 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de Casación núm. 3002/2010) o la Sentencia 262/2017 de 8 noviembre, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, si bien en ambos casos lo analizado en la sentencia se ha limitado únicamente a la admisibilidad del recurso, por lo cual la naturaleza de estos convenios ha sido tratada únicamente de forma tangencial.

Por otro lado, **la exigencia de un previo protocolo y unas características técnicas homologables permiten también concebir el convenio como un supuesto de finalización convencional de un procedimiento administrativo dirigido a constituir una nueva relación jurídica predefinida normativamente**. A esta segunda tesis, defendida en la memoria y parte expositiva del proyecto, parece sumarse también, en un pronunciamiento jurisdiccional en el que sí se pretende clarificar la cuestión, la Sentencia 839/2013, de 13 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la cual establece con claridad que:

> (…) Por lo que al fondo del recurso se refiere, los recurrentes parten de una premisa errónea para solicitar la declaración de nulidad de pleno derecho del Concierto de 28 de diciembre de 2006, por cuanto que el Concierto Singular de Vinculación impugnado no es un contrato administrativo de gestión de servicios públicos a través del subtipo del concierto regulado en la LCAP (RCL 2000, 1380 y 2126), sino uno de los "Convenios de Vinculación" regulados en los arts. 66 y 67 de la Ley 14/1986 de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad (LGS) y arts 68 y 69 de la Ley 12/2001 de 21 de diciembre (LCM 2001, 596 y LCM 2002, 185) de Ordenación Sanitaria de la CAM, por lo que no le resulta de aplicación la normativa sobre contratación pública ni el art. 90 de la LGS (referido a los conciertos) que la recurrente cita como infringidos, siendo ambos figuras jurídicas diferentes.
>
> (…)
>
> La diferencia en este caso entre el convenio singular de vinculación y otras formas de vinculación administrativa [conciertos del art 90 de la LGS (RCL 1986, 1316) y gestión indirecta de servicios públicos, art 156 LCAP (RCL 2000, 1380)] estriba en que en el

convenio singular de vinculación el hospital privado se integra en el Sistema Nacional de Salud conforme a un protocolo definido, quedando sometido a un régimen sustancialmente idéntico al de los centros públicos, mientras que el concierto supone una vinculación limitada a determinadas prestaciones que el sector público le reclame. En efecto, el artículo 67 de la Ley General de Sanidad establece claramente que la "vinculación a la red pública de los hospitales a que se refiere el artículo anterior, se realizará mediante convenios singulares", de tal modo que los hospitales privados vinculados están sometidos a las mismas inspecciones y controles sanitarios, administrativos y económicos, e incluso al mismo régimen de jornada que los hospitales públicos, lo que produce una publificación del régimen de organización y funcionamiento de dicho Hospital, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro y de las relaciones laborales del personal que preste sus servicios. El concierto, sin embargo, no tiene como objetivo la vinculación de la institución a la red integrada de hospitales del sector público, sino que es una de las formas jurídicas contractuales del contrato de gestión de servicios públicos por la que las Administraciones públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate, la gestión de un servicio público, contratando la prestación de determinados servicios públicos que pasan a ser prestados indirectamente por el contratista, por lo que, en este caso, no nos encontramos ante una vinculación global de un determinado centro privado a la red sanitaria pública sino ante la encomienda a un tercero de la realización de determinadas prestaciones sanitarias.

El promotor del proyecto parece consciente de esa dificultad en su catalogación; de ahí que en la memoria que acompaña al proyecto se califique el convenio singular de vinculación como la subsunción de un caso concreto en un supuesto de hecho abstracto regulado en una disposición general. No obstante, también alude a la posibilidad que la Directiva 2014/24/UE, traspuesta a nuestro ordenamiento mediante la LCSP, ofrece a los estados para prestar determinados servicios a las personas —educativos, sociales y sanitarios— mediante terceros privados pero bajo fórmulas excluidas del marco general aplicable a los contratos públicos de servicios.

Al margen de la tesis que finalmente se imponga en torno a la naturaleza de la vinculación, la Comisión estima que **la viabilidad global del proyecto quedaría en entredicho únicamente en el supuesto de considerar que el convenio tuviera naturaleza contractual y su adjudicación estuviera sujeta a las estrictas reglas de adjudicación de la contratación pública, por resultar estas incompatibles con el procedimiento previsto en el proyecto para la vinculación**.

Sin descartar la tesis de la finalización convencional de un procedimiento ajeno a la contratación e, incluso, partiendo del hecho de que la asistencia sanitaria ofrecida a través de un convenio singular puede ser también satisfecha mediante concertación, es cierto que la **Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014**, sobre contratación pública, afirma en su considerando 6 que "los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva". Asimismo, en relación con los llamados "servicios a las personas", entre los que se incluyen los servicios sanitarios, su considerando 114 añade que "Determinadas categorías de

servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales (…)"; y que las Administraciones competentes "siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación".

Por su parte, el artículo 11 de la LCSP establece que queda excluida de su ámbito de aplicación "la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación".

Desde la perspectiva de la contratación pública resulta también factible, por tanto, que para prestar el servicio sanitario la Administración acuda a fórmulas que no deben necesariamente estar sujetas a las normas aplicables a la adjudicación de contratos públicos de servicios, si bien en ese caso el sistema alternativo previsto —en este caso la vinculación— debe garantizar una publicidad suficiente y ajustarse a los principios de transparencia y no discriminación.

Y en la medida en la que el sistema se regula en este caso en abstracto mediante una norma como la proyectada, esos requerimientos y principios pueden considerarse cumplidos, sin perjuicio que el resultado de un análisis más pormenorizado de la regulación pueda plantear cuestiones o recomendaciones de orden puntual, en la línea constructiva de los informes elaborados por la Junta Asesora de Contratación Administrativa de Euskadi y por la Oficina de Control Económico.

Diferente de lo anterior deben entenderse los contratos reservados para determinados servicios a los que se refiere el artículo 77 de la mencionada directiva ya que en ellos se está refiriendo, a juicio de esta Comisión, a ciertos contratos cuya adjudicación puede reservarse, dado que su objeto también está relacionado con esos mismos "servicios personales", **a ciertas organizaciones**. Situación que aparece mejor definida en la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-113/13, as. CroceRossa Italiana y otros), que ha declarado que "los artículos 49 UE y 56 FUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa".

DCJA 112/2018 pár. 84 a 118

El artículo 25 establece tanto las **causas de extinción del convenio** como las que deben dar lugar a la denuncia del convenio.

Entre las primeras, el apartado c) incluye "el **incumplimiento del convenio por cualquiera de las dos partes**". Este **supuesto**, sin embargo, parece **excesivamente genérico lo que en la práctica puede dar lugar a problemas interpretativos**. Dado que parece que con la constatación de alguna de estas causas deberá procederse a la extinción del convenio y, teniendo en cuenta los posibles efectos derivados de esa decisión, **se recomienda** que, tras un análisis de los aspectos esenciales del convenio, **se establezcan con mayor detalle los supuestos de incumplimiento del convenio que deben derivar en su finalización**.

En cuanto a **las causas de denuncia del convenio**, el apartado 2 recoge como causa "**las infracciones, calificadas como graves, en materia de legislación fiscal, social, laboral, de contratación pública y del régimen de incompatibilidades**". Debe advertirse, no obstante, sobre la **excesiva generalidad** que encierra este supuesto al referirse de modo genérico a las señaladas "materias".

Tampoco resulta clarificadora la referencia a que sean "calificadas como graves" pues con ello parece que se trata de una remisión normativa concreta, pero no parece ser así porque, si en el campo fiscal, social o laboral es posible acudir a la legislación correspondiente para encontrar la relación de infracciones y su calificación, no ocurre lo mismo con la contratación pública, mientras que, en lo referente al régimen de incompatibilidades, su tipificación se realiza en la normativa sobre función pública.

Se recomienda por ello, también en este caso, una redacción más aquilatada que permita determinar con más precisión.

DCJA 112/2018 pár. 147 a 151

La disposición adicional, referida a la posible **responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios vinculados** por la asistencia sanitaria comprendida en el convenio, trata de aclarar, en primer lugar, **la responsabilidad que surge en ese marco como consecuencia de la actividad sanitaria frente a terceros, asumiendo —teniendo en cuenta la "publificación" que se produce con el convenio— el régimen de responsabilidad patrimonial que corresponde a la actuación de la Administración sanitaria**, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. En segundo lugar, trata de aclarar igualmente el reparto de responsabilidad entre las dos partes que suscriben el convenio.

En cuanto a los **supuestos en los que la Administración sanitaria puede exigir al centro vinculado el reintegro de las cantidades satisfechas a terceros**, la Comisión estima que, si bien esta disposición tiene igualmente una función principalmente aclaratoria, **puede resultar contraproducente y dar lugar a diferentes interpretaciones al establecer como fuentes**

—aparentemente **únicas— de esa potencial responsabilidad la posible negligencia por parte del personal del centro vinculado y el mal funcionamiento o defectuoso mantenimiento o conservación de los medios materiales utilizados.** Un ejemplo de esa dificultad es el diferente tratamiento de la negligencia en el régimen de responsabilidad del personal al servicio de las administraciones públicas en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que sólo traslada o exige esa responsabilidad en caso de dolo y culpa o negligencia graves.

DCJA 112/2018 pár. 155 a 156

VIII. Vivienda

La ITE básicamente es un informe de evaluación que analiza el estado de conservación, la accesibilidad y la eficiencia energética de edificios de tipología residencial.

Uno de los aspectos novedosos del proyecto de decreto es el que tiene que ver con su ámbito de aplicación. Derivado de la redacción del texto legal que le da cobertura, **el proyecto varía el concepto de edificios residenciales afectados por la medida**. Así, el artículo 52 de la LV se refiere a que la ITE se realizará sobre "edificios de uso predominantemente residencial", mientras que la LSU, en su derogado artículo 200, se refería a "Los propietarios de toda construcción o edificación catalogada o protegida, así como de toda edificación de uso residencial".

Para aclarar este término, **el artículo 3 del proyecto** ha incluido una nueva definición del concepto de "**Edificio de uso predominantemente residencial**", señalando que son:

> aquellos edificios en los que su uso mayoritario sea destinado a viviendas unifamiliares, bifamiliares y adosados así como los de tipología residencial colectiva, entendiéndose estos por los compuestos por más de una vivienda, sin perjuicio de que pueda contener, de manera simultánea, otros usos distintos del residencial. Con carácter asimilado se entiende incluido en esta tipología el edificio destinado a ser ocupado o habitado por un grupo de personas que, sin constituir núcleo familiar, compartan servicios y se sometan a un régimen común, tales como hoteles o residencias.
>
> De igual manera, se entenderá por edificación de uso residencial aquella en la que su uso mayoritario sea el de alojamiento dotacional sin perjuicio de que simultáneamente pueda contener otros usos.

Ciertamente esta definición, además de los edificios residenciales de tipología colectiva que tradicionalmente han venido siendo incluidos en este tipo de medidas, ha procedido a incluir a viviendas que no cuentan con dichas características, fundamentalmente las viviendas unifamiliares y bifamiliares.

Sin olvidar, por otra parte, que el concepto de "predominantemente residencial" haya quedado indeterminado y sometido a un régimen interpretativo circunstancial, como luego comentaremos.

Si bien no podemos cuestionar el carácter predominantemente residencial, cuando lo tengan, de este tipo de edificaciones, llama la atención que determinadas edificaciones, que por sus características en el vigente Decreto 241/2012 están exentas de la realización de la ITE (edificios de uso residencial unifamiliar que no tengan fachada a vía o espacio de uso público), inicialmente quedaron incluidas en el ámbito del decreto.

A lo largo del expediente, los entes locales y diversas asociaciones han manifestado su posición contraria a la ampliación del ámbito de aplicación respecto a este tipo de edificios. Atendiendo a dicha inquietud, el proyecto ha optado por una solución que pretende acoger dicha demanda.

Así, **el artículo 11.1 del proyecto establece la obligación de presentar la ITE tras el vencimiento del plazo, "salvo en el caso de los edificios de uso residencial unifamiliar que no tengan fachada a vía o espacio de uso público que lo deberán presentar ante el Ayuntamiento a requerimiento de este".**

Ahora la decisión sobre la obligatoriedad de realizar la ITE ha quedado al albur de la opinión del ayuntamiento respectivo, lo que no contribuye a la seguridad jurídica sobre la materia al introducir un elemento que deja en manos de los ayuntamientos la decisión sobre la pertinencia del informe, en vez de someter la misma a criterios técnicos u objetivos, lo que puede generar evidentes desigualdades en función del municipio.

Como bien expresa el proyecto, el objetivo de la ITE es garantizar las condiciones de conservación, seguridad, estanqueidad y consolidación estructural del edificio y ello en orden a proteger tanto a las personas que viven en edificios colectivos como a las personas que viven en viviendas unifamiliares. En este sentido, es cierto que el artículo 3 de la LOE contempla el cumplimento de dichos objetivos entre los requisitos básicos de la edificación, estableciendo en su artículo 16 la obligación de los propietarios de conservar en buen estado la edificación.

Ahora bien, que se deban garantizar dichos objetivos no requiere en todo caso que se deba realizar una ITE, que puede suponer una carga excesiva en determinadas situaciones. Ya que existen otro tipo de medidas en la legislación urbanística que permiten garantizar que los edificios mantienen las condiciones de seguridad, salubridad, ornato público y decoro y que permiten obligar a realizar los trabajos y las obras precisas para conservarlos o rehabilitarlos, a fin de mantener las condiciones requeridas para la habitabilidad o el uso.

Por otra parte, también es cierto que nos encontramos ante un reglamento ejecutivo cuya labor precisamente consiste en establecer y aclarar las reglas para que la normativa sobre la materia pueda ser aplicada correctamente y que la ley introduce un término "predominantemente residencial" sujeto a interpretación. Por consiguiente, **correspondería al proyecto la labor de definir cuáles son las características que debe cumplir un edificio para ser conside-**

rado de uso predominantemente residencial y, por tanto, ser incluido en el ámbito de aplicación de decreto. Precisando, en su caso, con mayor claridad las características de los edificios que quedan excluidos, evitando dejar un amplio margen a la interpretación, lo cual iría en detrimento de la seguridad jurídica.

Dicha exclusión bien pudiera definir casos concretos, como los ya mencionados en atención a unas características predeterminadas, o en atención a su ubicación en núcleos rurales o en suelos no urbanizables, o por su carácter de explotación agropecuaria, o bien en función de porcentajes de uso que pudieran determinar que, a pesar de la existencia de uso residencial, hay otro más predominante.

De todas formas, debemos reiterar que, **a pesar de que determinados edificios queden excluidos de la obligatoriedad de realizar la ITE, siempre estarán sujetos a la disciplina urbanística,** ya que la LSU otorga a los ayuntamientos una serie de instrumentos de intervención para que, en cumplimiento de los objetivos generales de la ordenación de la edificación, puedan imponer una serie de medidas de conservación o rehabilitación que garanticen las condiciones de habitabilidad de los edificios.

También relacionado con el ámbito de aplicación han surgido **dudas sobre la obligatoriedad de la ITE para los edificios declarados en situación de ruina o sobre los que se haya iniciado un expediente para dicha declaración**. El órgano promotor de la medida considera que, dado que la LV no contempla exclusión alguna respecto al uso residencial, no compete al reglamento realizar dicha exclusión.

Tal y como hemos manifestado, una de las misiones del reglamento ejecutivo, cuando nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados o susceptibles de interpretación, consiste en aclarar, precisar, determinar, aquilatar o completar el sentido de los conceptos legales, contribuyendo a la seguridad jurídica. Inicialmente, cabe reseñar que la LSU introdujo la obligación preventiva de inspección periódica del estado de conservación de los edificios, evitando que la declaración de ruina se convirtiera en un procedimiento más de especulación del suelo urbano. A pesar de ello, **puede parecer razonable que, una vez declarada la ruina, cese la obligación de realizar la ITE**, por lo menos hasta que, en su caso, se opte por la completa rehabilitación del edificio, en cuyo caso, una vez finalizada la misma, sería más adecuado someter al edifico al régimen de las revisiones periódicas. Por su parte, en **los edificios sometidos a un expediente de declaración de ruina se debería suspender la obligatoriedad al menos hasta que no se sustancie el expediente que determinará las actuaciones necesarias en el inmueble, que pueden llevar, como en el caso anterior, a la rehabilitación integral del edificio.**

DCJA 109/2018 pár. 77 a 92

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

A) Ámbito y finalidad

La iniciativa tiene como divisa conseguir un procedimiento que permita acortar el tiempo que transcurre entre la adopción de la decisión de normar y el trámite final (remisión al Parlamento como proyecto de ley o, en el caso de las normas reglamentarias, aprobación para su publicación).

Ese objetivo —que debe ser valorado de forma muy positiva en una Administración del Siglo XXI— recorre todo el texto del anteproyecto. **Pero supone un cambio en la dinámica que se sigue al elaborar normas, surgida durante la vigencia de la LPEDG. Por ello, es muy importante, para asegurar su efectivo cumplimiento, que las medidas conectadas a dicho objetivo se incorporen en el anteproyecto de manera jurídicamente segura.**

La Comisión enuncia muchas sugerencias para que el cambio se refleje en la norma en forma clara y sistemática, a fin de que los operadores jurídicos puedan aplicarla desde su entrada en vigor en un entorno normativo seguro.

Sin prejuzgar la elección sobre cuál debe ser la densidad regulatoria adecuada, ya en este primer acercamiento al texto parece importante recordar que debe adoptarse teniendo en cuenta la posición que la norma vaya a ocupar en el ordenamiento jurídico en el que va a insertarse.

En nuestro caso, la iniciativa tiene una indudable vocación de generalidad y ha de servir para el dictado de normas ambiciosas y complejas pero también de otras más modestas.

La concepción de la futura ley del procedimiento de elaboración como un código cerrado que prácticamente agota la regulación sin negar sus ventajas, en especial para los aplicadores, puede tener también ciertos inconvenientes en orden a establecer un procedimiento excesivamente rígido.

Un grado de detalle intenso unido al rango legal sirve, sin duda, para preservar la materia de incursiones reglamentarias —que es una de las opciones del anteproyecto— pero a la vez petrifica una regulación que no deja de ser procedimental y dificulta su modificación —si su aplicación revelara disfunciones—.

Cuando la Comisión advierte este riesgo, lo señala y avanza la sugerencia que estima adecuada, para su valoración por el órgano promotor teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por el anteproyecto.

Otra de las cuestiones que aprecia la Comisión en el examen del proyecto que afectan a más de un contenido es la atinente a la forma en que se contemplan algunos trámites. **En especial, los informes** que han de ser emitidos por los distintos órganos (así, entre

otros, Emakunde, Consejo Económico y Social, Comisión de Instituciones Locales) llamados a tomar parte en la elaboración del procedimiento.

El anteproyecto hace un esfuerzo por ordenar la intervención de dichos órganos lo que es muy positivo pero, en algunos casos, al **identificar el momento de cada intervención se adentra en la regulación parcial del contenido de esta o sobre el modo en que ha de ser realizada.**

Ello genera algunas disfunciones en orden a la armónica inserción de la futura norma en el ordenamiento autonómico: a veces, es difícil identificar si se quiere modificar la norma que contempla la intervención o, si por el contrario, solo se desea recoger las líneas generales de aquella, sin voluntad de modificar ninguna norma legal.

Estos casos son identificados con especial detalle en el dictamen pues **ha de ser evitada a toda costa la modificación no expresa de normas legales del ordenamiento autonómico.**

DCJA 186/2018 pár. 130 a 141

Artículo 5 (Nulidad y anulabilidad del procedimiento de elaboración de reglamentos)

El precepto es una de las novedades del anteproyecto. Su objetivo es introducir un régimen nuevo (en el sentido de distinto al que contempla el ordenamiento con carácter general) sobre la nulidad de los reglamentos.

Es un asunto relevante en la arquitectura del anteproyecto y son varios los preceptos cuyo contenido se ve concernido por la nueva regulación. No obstante, la pieza angular del cambio propuesto se condensa en el artículo 5, cuyo título (nulidad y anulabilidad en el procedimiento de elaboración de reglamentos) lo anuncia. Por ello, vamos a estudiarlo con detenimiento, sin perjuicio de los comentarios que se añaden al final respecto del resto de aspectos de la regulación afectados.

En cuanto a su contenido, el precepto contempla en su apartado 1 los supuestos de nulidad de pleno derecho de las disposiciones de rango inferior a la ley.

Con carácter general, dicha nulidad se producirá cuando en el procedimiento de elaboración de la norma "concurra la ausencia completa de los trámites que vengan expresamente exigidos y definidos con el carácter de esenciales en la presente Ley".

A continuación, el artículo enumera [apartados a) a f)] ejemplos de dicha nulidad.

El número 2 define la anulabilidad de las disposiciones, que concurrirá cuando durante la elaboración "se incurra en cualquiera otras infracciones de lo previsto en esta Ley, cuando estas no hubieran

sido debidamente subsanadas o convalidadas sus consecuencias antes de la promulgación de la disposición".

El número 3 contempla un supuesto específico: el de la disposición cuya "validez y eficacia" se haya visto afectada por una infracción de lo previsto sobre tramitación bilingüe.

La primera cuestión que debemos resolver (pues es premisa del entero contenido del precepto) **es si el anteproyecto**, al fijar el procedimiento para elaborar normas **puede integrar como objeto regulativo el régimen de nulidad de las disposiciones de carácter general de naturaleza reglamentaria. Dicha cuestión, a juicio de la Comisión,** en este momento, **no tiene una respuesta positiva.**

El anteproyecto en este punto parece querer trasladar al mundo de las disposiciones reglamentarias el régimen de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos (hoy contenido en el capítulo III del título III de la LPAC).

Se trata, sin duda, de una idea sugerente que **conecta con cierta doctrina administrativista que viene abogando por modular la sanción de nulidad de las disposiciones administrativas cuando esta tenga su origen en la infracción de una norma procedimental.**

La posibilidad de modular la sanción de nulidad en los supuestos en que esta descanse en vicios de procedimiento o de forma, producidos durante el proceso de elaboración de la norma, es efectivamente objeto de análisis doctrinal, especialmente en relación con las normas de planeamiento urbanístico, e incluso ha llegado a plasmarse en una iniciativa legislativa (que luego analizaremos con detalle).

Así, hay cierto sector de la doctrina que viene reflexionando sobre la conveniencia de matizar o repensar la severa sanción de nulidad de pleno derecho que nuestro ordenamiento contempla de antiguo para la norma reglamentaria y que sigue en el artículo 47.2 LPAC, con su clásica formulación, según la cual, la norma reglamentaria será nula cuando vulnere el principio de jerarquía normativa por contravenir la Constitución, la ley u otra disposición administrativa de rango superior; el principio de reserva de ley, por regular materias que corresponden a esta; y el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Vienen, así, a sostener que el empleo del término "vulnerar" en el artículo 47.2 LPAC permitiría incluir solo a los reglamentos con contenidos materialmente incompatibles con las normas de rango superior, quedando las demás infracciones sin una previsión expresa, lo que permitiría explorar la vía de la anulabilidad (artículo 48 LPAC).

Pero lo cierto es que **hoy en el ordenamiento vigente, a diferencia de lo que sucede con los actos administrativos, en el caso de los reglamentos tanto el incumplimiento de los requisitos formales como de los requisitos sustantivos acarrea su nulidad radical** (entre otras, STS de 18 de noviembre de 2011).

Dicha nulidad del reglamento, no admite gradación ni distinción alguna entre infracciones de orden sustantivo o procedimentales: cuando la norma reglamentaria infringe en su proceso de elaboración una previsión legal, se considera que concurre una vulneración de una norma legal y ha de ser castigada con la nulidad de pleno derecho.

Su fundamento no es endeble: si el reglamento ilegal fuera anulable, la expulsión del ordenamiento de una norma inválida estaría en función de un breve plazo. Ello supondría, además, aceptar la posibilidad de una derogación irregular de las leyes a través de reglamentos que vulneran la jerarquía normativa y la reserva de ley.

Cuestión distinta —que excede el objeto de este análisis— es la existencia en el ordenamiento de mecanismos para modular los efectos de la nulidad, entre los que cabe dejar citados (I) el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), a cuyo través se matizan de forma intensa los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad de la norma reglamentaria; (II) la administración prudente que los tribunales realizan de la nulidad por vicios en el procedimiento de elaboración en la que tácitamente analizan la conexión del vicio con una infracción sustantiva, directamente concluyen que algunas infracciones de forma no son incumplimientos reales *ex* artículo 47.2 LPAC o, aceptada la infracción, restringen sus efectos a unos preceptos (STS 11 de noviembre de 2008); y (III), por último, también en el mismo sentido cabe citar la inveterada jurisprudencia que veda la alegación de vicios formales durante la elaboración cuando se trata de recursos indirectos contra reglamentos (entre otras STS de 11 de octubre de 2005).

Pero, en todo caso, de modo general la jurisprudencia determina que el procedimiento para elaborar los reglamentos está vinculado al artículo 105.1 CE y es un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria cuya observancia tiene por ello un carácter *ad solemnitatem* y su omisión o defectuoso cumplimiento supone la nulidad de la disposición (entre otras STS de 13 de noviembre de 2000).

Al ejercer la potestad reglamentaria cabe incurrir en una causa de nulidad cuando se infringe una norma de superior rango, tanto por su contenido como por no ajustarse al procedimiento establecido para su elaboración, puesto que, en definitiva, el procedimiento de elaboración de los reglamentos lo establece una ley.

El órgano promotor considera que el artículo 5 del anteproyecto encaja en las normas básicas establecidas en la LPAC. Entiende que el citado artículo 47.2 LPAC no regula de forma cerrada los efectos asociados a cada posible infracción del procedimiento de elaboración sino que dispone un efecto concreto y contundente para determinadas infracciones cualificadas del procedimiento. Y considera, en consecuencia, que dentro de la competencia de la CAPV cabe la regulación incorporada al anteproyecto.

La Comisión, por el contrario, **estima que la determinación del régimen de nulidad de las disposiciones reglamentarias es una cuestión sustantiva y no de orden procedimental.**

En un acercamiento abstracto, dicha determinación sería un asunto reconducible al ámbito de la validez y eficacia de las normas y permitiría su ubicación competencial en el marco del artículo 149.1. 8 CE cuando atribuye al Estado "En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros, e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

El artículo 47.2 LPAC, en este enfoque, sería el reflejo o traslado al ámbito de las normas administrativas de la regla sobre la eficacia y validez de las normas que contempla el título preliminar del Código Civil, cuyo artículo 1.2 prescribe que "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior"; precepto que ha de ser leído a la luz del artículo 9.3 CE que, entre otros principios, garantiza el de jerarquía normativa. En el mismo sentido, ha de ser interpretado el artículo 63 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno.

En un acercamiento más preciso, **si se afronta el análisis del artículo 5 en la perspectiva del artículo 149.1.18 CE, un régimen de validez de las normas reglamentarias distinto del establecido con carácter general revela también obstáculos competenciales.**

De acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, la competencia sobre el procedimiento administrativo común incluye la fijación de "los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento" (STC 227/1988).

Siguiendo la senda que abre el argumento del Tribunal Constitucional, si los requisitos de validez y eficacia de los actos son materia propia del artículo 149.1.18 CE, el régimen de validez (nulidad/anulabilidad) de las disposiciones reglamentarias parece ubicarse también con naturalidad en el ámbito de la competencia estatal, **por cuanto exige asimismo un tratamiento uniforme y general,** no solo por afectar de lleno a las personas destinatarias de las normas, sino también por versar sobre uno de los elementos/principios esenciales del ordenamiento jurídico (en el caso analizado, la propuesta supone una interpretación distinta del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.3 CE).

Con todo, los obstáculos que debe salvar el artículo 5 del anteproyecto no terminan aquí. Si cambiamos la perspectiva y adoptamos la de **los destinarios directos del mensaje** normativo que contiene, se comprueba que estos **son los tribunales** encargados del control jurisdiccional del reglamento —vía recurso directo o indirecto— o, en su caso, la Administración titular de la potestad de revisión de oficio de las disposiciones.

También esta perspectiva permite constatar las dificultades para validar la modificación propuesta: **de acuerdo con la actual LJCA, el juez que resuelva un recurso directo o indirecto contra una disposición general, si estima el recurso, solo viene autorizado a declarar la nulidad y, en el caso del recurso indirecto, si no fuera competente para ello, inaplicar**

la norma nula y plantear de seguido la cuestión de ilegalidad ante el tribunal competente para declarar la nulidad.

El cambio de la sanción de nulidad para todos los casos a **la posibilidad de declarar la anulabilidad de la norma reglamentaria por defectos de forma va a requerir el correspondiente ajuste de la forma actual en que se contempla la función jurisdiccional de control de la norma reglamentaria.**

Debe tenerse presente que el anteproyecto en este punto tendría únicamente el soporte competencial del artículo 10.6 EAPV cuyo ámbito surge de la disección con el del artículo 149.1.6 CE.

Conforme a la recopilación de la doctrina constitucional, sobre el **reparto competencial en el ámbito de las normas procesales**, que realiza la STC 92/2013, de 22 de abril ─con cita de las SSTC 21/2012, de 16 de febrero y STC 47/2004, de 25 de marzo─, ha de destacarse, en primer término, que dicha atribución responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales.

En el caso examinado, el artículo 5 contempla una regulación sustantiva que impone una forma de ejercer el control de las normas reglamentarias distinto al ahora vigente. **Resulta, en esta perspectiva, una regla de derecho sustantivo necesitada de un reflejo en la norma procesal**.

Con base en la citada STC 47/2004, el Tribunal Constitucional ha enumerado las operaciones jurídicas que han de realizarse para fijar el alcance legítimo de la salvedad competencial "necesarias especialidades" del artículo 149.1.6 CE.

Según dicha doctrina, primero se ha de identificar cuál es en el caso el derecho sustantivo autonómico, pues solamente a las particularidades que presente tal derecho se les reconoce por el constituyente capacidad para justificar, en su caso, una normación autonómica específica en el orden procesal. Segundo, ha de identificarse respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predican las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador. Y, por último, ha de indagarse si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico existe una conexión directa que justifique las especialidades procesales, es decir, que las legitime como "necesarias" en los términos de la cláusula competencial del art. 149.1.6 CE, con la precisión de que tal necesidad no puede ser absoluta, pues así interpretado el precepto constitucional vaciaría de contenido el ámbito competencial autonómico.

En suma, de la doctrina constitucional sentada, entre otras, en las SSTC 146/1996 y STC 173/1998 cabe concluir que **para que una especialidad procesal pueda encontrar amparo en la competencia del artículo 10.6 EAPV debe venir exigida por una regulación sustantiva para cuya adopción resulte competente la CAPV**. Solo bajo esta premisa queda admitida la singularidad procesal compatible con la competencia en materia de legislación procesal que atribuye al Estado el artículo 149.1.6 CE.

La Comisión, según lo razonado, no encuentra apoyo en el haz competencial autonómico para el artículo 5.

DCJA 186/2018 pár. 221 a 256

El apartado 1 **contempla la posibilidad de que el Parlamento, de acuerdo con lo que disponga su reglamento, respecto de las proposiciones de ley pueda encargar al Gobierno "la evacuación de cualquier de los informes o memorias a los que se refiere esta ley, estando el Gobierno obligado a colaborar de esa manera en la tramitación de la correspondiente proposición de ley".**

La explicación que acompaña a la disposición ha sido transcrita en el párrafo 48. Destaca, en síntesis, la conveniencia de que, cuando el Parlamento lo solicite, puedan aplicarse a las proposiciones de ley las posibilidades de tramitación que permite el anteproyecto.

Plantea, por tanto, la disposición **la posible sujeción de las proposiciones de ley a la intervención del Gobierno, de acuerdo con lo que disponga el Reglamento del Parlamento.**

A juicio de la Comisión, **el precepto se adentra en el ámbito de las relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo, concretamente al hilo del ejercicio de la iniciativa legislativa lo que, en principio, es una materia reservada al bloque de constitucionalidad,** sin perjuicio de que las normas que lo integran puedan contemplar remisiones puntuales a la ley ordinaria ─así, v. gr., el artículo 27 4 EAPV remite la regulación de la iniciativa legislativa popular a una ley que deberá respetar lo que establezca la ley orgánica sobre esta materia determine (artículo 87.3 CE)─.

Basta reparar en la regulación constitucional de la delegación legislativa (de cuyos precisos límites y cautelas deja buena nota la disposición final tercera del propio anteproyecto) para comprender la **compleja problemática que genera una previsión legal como la propuesta que permite reenviar una iniciativa legislativa nacida en el seno del poder legislativo al Gobierno para que proceda a analizarla a través de los informes o las memorias a las que se somete la tramitación de los proyectos de ley**.

El hecho de condicionar esta posibilidad a lo que el Reglamento del Parlamento establezca no despeja totalmente, a juicio de la Comisión, los problemas de la disposición. Como de forma constante reitera el Tribunal Constitucional, **la iniciativa legislativa pertenece al núcleo duro del *ius in officium* de los representantes parlamentarios y los condicionantes que para el ejercicio de esa función de iniciativa legislativa puedan establecerse**, además de cumplir unos requisitos formales (regulación en la CE, los estatutos de autonomía o los reglamentos de las cámaras), **deben respetar la naturaleza de la participación e intervención de los diputados y los grupos parlamentarios en el proceso de elaboración de las leyes, que no puede ser sometida a tramitaciones que la constriñan** o ignoren, lo que podría suceder si se contempla la posibilidad de que el ejecutivo se pronuncie sobre las iniciativas

legislativas que nazcan en la Cámara, a través de la emisión de los mismos informes o memorias a los que se sujeta el ejercicio de la iniciativa legislativa gubernamental. Esa identidad va a requerir un sólido fundamento en el bloque de constitucionalidad.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con una doctrina constitucional consolidada, el ejercicio de la función legislativa por los representantes de los ciudadanos constituye la "máxima expresión del ejercicio de la soberanía popular en el Estado democrático. Puesto que la participación en el ejercicio de dicha función y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan (…) constituyen una manifestación constitucionalmente relevante del ius in officium del representante" (entre otras, STC 10/2016, de 1 de febrero).

La Comisión considera que, **en este momento, sin haberse abordado en el seno del Parlamento el debate sobre la posible inclusión de trámites nuevos en la tramitación de las proposiciones de ley, resulta prematuro incluir la disposición proyectada.**

La obligación de colaborar que se impone al Gobierno requiere, sin duda, una regulación legal más pormenorizada.

Si en algún momento el Reglamento del Parlamento llegara a establecer una determinación como la que plantea la disposición (cuya constitucionalidad entiende la Comisión habría de ser examinada con detenimiento), no bastará una ley que imponga al Gobierno la obligación de colaboración sino que será necesaria una ley que regule el modo en que el Gobierno deberá cumplir con esa obligación, los efectos en el procedimiento legislativo, los límites de la colaboración, etc.

De mantenerse la disposición se recomienda suprimir la mención a la comisión competente y limitarse a mencionar el Reglamento de la Cámara.

DCJA 186/2018 pár. 567 a 577

B) Audiencia

Según lo señalado, **la audiencia en la elaboración de las disposiciones de carácter general** —aquí como normas de rango inferior a la ley— no es un trámite como los demás, **es un trámite cualificado por su previsión en el artículo 105.a) CE.** La audiencia se vincula al principio democrático y engarza con el deber que compete a todos los poderes públicos de facilitar la participación en la vida política, social, económica y cultural (artículo 9.2 EAPV).

Como venimos insistiendo, fomentar la participación de la ciudadanía en el ámbito público es un principio básico en la actividad de los poderes públicos y, en particular, cuando de elaborar normas se trata es un principio constitucional que debe ser observado por todos los que tienen atribuida la potestad de dictar normas (esto es, afecta a los tres niveles, estatal, autonómico y local).

De igual modo, es aquí necesario reiterar el papel que la participación ciudadana ha adquirido en los últimos tiempos, convertido en un principio trasversal que debe estar presente en todos los ámbitos de la actividad pública porque se considera uno de los pilares de la buena gobernanza, por la que el Gobierno Vasco ha apostado.

Por ello, hemos de retomar también en el examen de la regulación del trámite de audiencia que incorpora el anteproyecto, la Proposición de Ley sobre transparencia y la participación ciudadana.

Aunque respecto de la audiencia se remite a lo que se disponga en el procedimiento de elaboración, en el examen de algunas de las cuestiones que abordamos resulta de ayuda.

Hechas estas consideraciones liminares, procede analizar con detalle el artículo 15.

En el apartado 1, la diferente naturaleza de la audiencia y la consulta previa, que por lo demás cuenta con una regulación específica en el artículo 9, recomienda suprimir la mención a esta. Asimismo, el apartado menciona la información pública aunque, como expondremos, se olvida en la regulación.

La exigencia de una afección "de manera directa" a los derechos e intereses legítimos merece una valoración negativa.

En cuanto a las personas que han de ser oídas en el trámite de audiencia, superada una jurisprudencia inicial que abogó por trazar dicho círculo en torno al corporativismo, **hoy la doctrina más autorizada sostiene que el fundamento del trámite en el principio democrático y el respaldo constitucional del mismo llevan a integrar como potenciales destinatarias del mismo a cuantas personas puedan verse potencialmente afectadas por la iniciativa normativa.**

A la hora de definir esa afección está asentada la solución de acudir a la legitimación para cualquier procedimiento administrativo (artículo 4 LPAC), que es la misma que contempla la LJCA (artículo 19), resultado de una conocida evolución (desde el interés directo al interés legítimo).

La restricción introduce una disfunción ya que la persona legitimada para impugnar la norma reglamentaria ante los tribunales podría verse excluida del trámite de audiencia.

Se ha de convocar a cuantas personas puedan resultar afectadas en su círculo de interés legítimo por la regulación en proceso de creación porque con ello la norma se asienta de forma más firme sobre la realidad que recibirá sus efectos. En esta perspectiva, la audiencia es un elemento del procedimiento que rema a favor de afianzar la factibilidad de la norma proyectada. La restricción del círculo de potenciales participantes tampoco en esta perspectiva encuentra sentido.

(…)

A este respecto, cabe recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia (entre otras, STS de 12 de febrero de 2002), **una cosa es la audiencia a los ciudadanos afectados y otra la información pública**. O en otras palabras, **son supuestos distintos y no cabe optar entre la "audiencia pública" y "la audiencia a las personas afectadas"**. Porque audiencia e información pública no son alternativas. La audiencia (directa o través de organizaciones o asociaciones representativas) es un trámite que debe realizarse siempre (artículo 105 CE).

(…)

Para examinar los apartados 4 y 5 hemos de rescatar el anclaje del trámite en el principio democrático y su previsión constitucional que, al margen de otras consecuencias, conlleva que **las excepciones a la audiencia hayan de encontrar adecuada justificación** en otros valores constitucionales cuya preservación **legitime la supresión del derecho a ser oído** en ese importante campo de la actividad administrativa.

En el apartado 4 del anteproyecto se enumeran los casos en que puede prescindirse de la audiencia.

Antes de abordar su examen, cabe indicar que la referencia a la ley, "De acuerdo con la Ley", que inicia el apartado no ayuda a su interpretación porque esa ley será el anteproyecto.

En cuanto a los supuestos, primero se hace referencia a las normas presupuestarias y a las organizativas. A continuación, se enumeran los siguientes: (I) razones graves de interés público; (II) carencia de impacto significativo en la actividad económica; (III) que no se impongan obligaciones relevantes a los destinatarios; o (IV) que se regulen aspectos parciales de una materia.

La excepción atinente a las normas organizativas —que concreta el apartado 5— descansa en su tradicional consideración como normas que no interesan a la ciudadanía por su dimensión interna, pero esta aproximación, en el nuevo escenario de expansión del derecho de participación ciudadana, tal vez debiera contemplarse en términos más restringidos que los que ahora acota el final del precepto.

El supuesto "razones graves de interés público" —que deberán quedar debidamente justificadas en el expediente—, por su naturaleza, deberán ser de notoria apreciación y carácter objetivo. **El interés público gravemente amenazado es un valor constitucional que autoriza la excepción**.

Distinto es el juicio que merecen los otros tres supuestos. El hecho de que una propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica no impide que pueda afectar los intereses legítimos en otros ámbitos de la vida (política, social, cultural, medioambiental, etc.) de los ciudadanos y ciudadanas. Lo mismo cabe decir de la iniciativa que no vaya a imponer obligaciones relevantes a sus destinatarios.

Que sean regulaciones parciales nada presupone sobre la potencial afectación a los intereses legítimos de cuantas personas puedan verse afectadas por aquellas. Hace tiempo que la regulación en una sola norma de una materia o sector ha sido sustituido por regulaciones, a menudo, fraccionadas, parciales y dispersas.

Todo ello al margen de los problemas objetivos que se atisban para concretar en la práctica las excepciones analizadas, pues se definen a partir de conceptos jurídicos indeterminados.

Ha de insistirse en que la incertidumbre se proyecta sobre los casos en que no ha de realizarse un trámite esencial en la elaboración de las normas reglamentarias.

A este respecto, en los tres supuestos que estamos analizando se observa la huella de las excepciones a la consulta pública previa previstas en los artículos 133.4 (último parágrafo) de la LPAC y 26 2, segundo párrafo, de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Pero, como hemos expuesto, **la consulta previa** es, por un lado, una nueva manifestación o profundización del principio constitucional de participación, pero **su naturaleza es distinta a la de la audiencia** [artículo 10.a) CE]. Y, por otro, **también su finalidad es distinta**: la consulta previa persigue conocer la opinión de la sociedad sobre la conveniencia de normar o no sobre una determinada cuestión y, por eso, las excepciones tienen otro sentido.

La intervención a través de regulaciones en la actividad económica es algo que ha de sopesarse adecuadamente, singularmente tras la trasposición de la Directiva de Servicios, tal y como deriva de la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, o la Ley 29/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La Unión Europea considera que la decisión de establecer regulaciones en sectores de la actividad económica ha de ser evaluada con extrema atención y es precisamente uno de los ámbitos donde las consultas previas a las personas y entidades potencialmente afectadas se ven como trámites necesarios para tomar adecuadamente la decisión de dictar normas, sin perjuicio de que la escucha deba extenderse a lo largo de todo el proceso de elaboración.

En cuanto a los otros dos supuestos, tratándose de la fase anterior a la toma de la decisión de dictar una norma a la que pertenece la consulta previa, adquieren el sentido que pierden como fundamentos para eludir el trámite de audiencia.

La Comisión considera que deben reformularse en profundidad las tres excepciones analizadas.

DCJA 186/2018 pár. 426 a 476

C) Informes

Por otro lado, **la simple carencia de cualquier impacto en función del género** ubicaría el proyecto en el ámbito de la excepción prevista en el apartado 2.1.a) de la primera de las citadas directrices, para lo cual **establece que el órgano competente para elaborar la norma deberá emitir, en lugar del informe de impacto en función del género, un informe donde se justifique debidamente la ausencia de relevancia desde el punto de vista del género**, en los términos previstos en el anexo II de las directrices, y **Emakunde**, a su vez, **habrá de evacuar su correspondiente informe de verificación.**

DCJA 137/2018 pár. 44

D) Memorias

Aunque en una aproximación nominal puede parecer que se han seguido los trámites establecidos para la elaboración de disposiciones de carácter general, la Comisión Jurídica, a resultas del procedimiento seguido y acreditado, se ve en la necesidad de efectuar algunas puntualizaciones.

El proyecto tiene un contenido marcadamente técnico que, además, establece requisitos de obligado cumplimiento. En este tipo de proyectos resulta esencial contar con los informes técnicos que expliquen su contenido y justifiquen las opciones por las que opta. En el caso que ahora examinamos el expediente administrativo no da cuenta de tales informes, lo que dificulta el control de la razonabilidad y proporcionalidad (que esta Comisión debe abordar) del proyecto que se somete a dictamen. Ciertamente, la memoria sucinta incluye razones técnicas con ocasión de las respuestas y comentarios que se efectúan sobre alguna de las alegaciones presentadas por organismos interesados o afectados, pero aquellas no alcanzan a la globalidad del proyecto, por lo que no pueden considerarse sustitutivas de los meritados informes técnicos.

Extremos de evidente importancia sobre los que el expediente **no se pronuncia** son, entre otros, **un estudio de la realidad sobre la que va a operar, así el número de instalaciones desatendidas actualmente existentes** (a pesar de que el preámbulo afirma que "en los últimos años, los cambios normativos antes citados junto con el encarecimiento del precio de las gasolinas y gasóleos de automoción, ha determinado la proliferación de este tipo de instalaciones, en un intento de reducir costes y ofrecer al público el mejor precio posible"), **su proporción respecto de las instalaciones atendidas** (sean estas asistidas o en autoservicio) **o la previsión que se pueda anticipar sobre la apertura de nuevas instalaciones desatendidas**.

Tampoco hay una reflexión acerca del incremento de riesgo que las operaciones de suministro en régimen desatendido presentan, salvo una genérica y tautológica apelación al evidente riesgo que genera la manipulación de combustibles altamente inflamables, y que justifiquen el añadido sobre la normativa actualmente aplicable con carácter básico. Finalmente,

tampoco se expone si las medidas que el proyecto incorpora resultan equilibradas entre la máxima protección deseable según el actual estado de la técnica y la facilitación del desarrollo de una actividad económica en un sector de la máxima importancia y que afecta al 100 % de los conductores, sean estos particulares o profesionales del transporte, ni en qué medida aquellas resultan necesarias o convenientes para instalaciones expendedoras en régimen desatendido pero no para el resto de instalaciones.

También debemos resaltar que, **al margen de que en el expediente se argumente que del proyecto no se deriva ningún incremento en las cargas administrativas** que se deriven del mismo, lo cierto es que el artículo 6 de la Ley 16/2012, de 28 de junio, de apoyo a las personas emprendedoras y a la pequeña empresa del País Vasco, **la evaluación del coste no se reduce a las cargas administrativas sino que alcanza a cualquier aspecto del impacto que toda nueva iniciativa pueda provocar**. En este sentido, en el expediente, no se incluye ningún cálculo ni estimación respecto del coste que para las nuevas estaciones o para las que deban adaptarse se derive de los nuevos requisitos y obligaciones, aunque es difícil, en ausencia de toda mención ni estudio en las diversas memorias incorporadas al expediente, poder anticipar teóricamente si el proyecto puede resultar significativo en este sentido, labor que debe realizarse por el tramitador.

Parece claro, que **las memorias justificativa o económica debieran abordar esos estudios, siquiera sea para descartar una incidencia económica** significativa, exigencia establecida en el artículo 10.3 LPEDCG, última frase, y que es acorde con los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las administraciones públicas.

En conclusión de lo hasta aquí expuesto, considera la Comisión que **el expediente del que se nos ha hecho partícipe no acredita suficientemente la necesidad, oportunidad y acierto de la norma**, carencia que se sugiere se complete antes de la elevación del proyecto al Consejo de Gobierno.

DCJA 144/2018 pár. 31 a 37

Memoria conclusiva

Como conclusión se ha elaborado una memoria de tramitación que da respuesta a las consideraciones de la OCE. Al respecto cabe señalar que **formalmente no se ha elaborado una memoria sucinta de todo el procedimiento, tal y como requiere el artículo 10.2 de la LPEDG**, que facilitaría el conocimiento de la tramitación del anteproyecto en un único documento. Por el contrario, **a tal efecto debemos acudir a las diferentes memorias parciales que sí cumplen satisfactoriamente dicha función pero que complejizan el análisis del expediente**. Por ello, más allá de las respuestas que el tramitador ofrezca a sus interlocutores en momentos puntuales, para los efectos de un mejor manejo y comprensión del expediente **hubiera sido más adecuado que existiera una memoria evolutiva sucinta que fuera incorporando las diferentes consideraciones sobre las observaciones efectuadas, pero**

que permitiera conocer en un documento único las diferentes justificaciones y razones que motivan el texto en tramitación.

DCJA 176/2018 pár. 83

E) Negociación o consulta con los representantes del personal

En este memoria se incluye además una respuesta a la segunda carencia procedimental advertida por la OCE:

> La consulta a los representantes del personal se está realizando mediante la remisión a los mismos del borrador del texto del decreto, para la formulación por su parte de las alegaciones que consideren pertinentes. El texto propuesto y las alegaciones que se presenten se negociaran en una próxima reunión de la Comisión Técnica de Planificación. En cuanto esa reunión se produzca se incorporarán al expediente los documentos acreditativos de la realización de ese trámite.

La exigencia de dicha negociación es compartida por esta Comisión de conformidad con el artículo 7.2 LPEDG, exigencia que también fue puesta de manifiesto por el informe jurídico departamental emitido ya lejano en el tiempo.

A la luz de la remisión contenida en la disposición adicional 7.ª de la Ley 2/1993, de 19 de febrero, de cuerpos docentes de la enseñanza no universitaria de la Comunidad Autónoma, que en la actualidad debe hacerse al capítulo IV del título II del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, puede concluirse que **la materia objeto del proyecto debía ser objeto de negociación al fijar criterios generales que afectan a los funcionarios docentes en materia de provisión, régimen retributivo y reconocimiento de los órganos que conforman el equipo directivo del Instituto** —artículo 37.1.c) — **y, sobre todo, atendiendo a su repercusión sobre las condiciones en las que el personal docente del Instituto debe realizar su trabajo, por la amortización, modificación y creación de órganos de gobierno unipersonales que conlleva la nueva estructura del Instituto** —contraexcepción del artículo 37.2.a)—.

En principio, **su falta impide formular una valoración favorable de la tramitación del procedimiento, debiéndose recordar que debe ser remitido el proyecto a dictamen de esta Comisión una vez enteramente cumplimentado** (artículo 20.3 LCJAE).

Ahora bien, **si como resultado de la negociación no se produjera ninguna reforma significativa en el contenido del proyecto, esto es, si finalmente no fuera objeto de modificaciones sustanciales que introdujeran "nuevos contenidos que no responden a las sugerencias o propuestas efectuadas por la comisión o las exceden" (artículo 29 LCJAE), podría elevarse al**

Gobierno para su aprobación. De lo contrario, deberá ser previamente remitido a esta Comisión para una nueva consulta.

DCJA 93/2018 pár. 77 a 81

F) Vigencia

Disposiciones de entrada en vigor

En el apartado 1 se traslada al texto el primer párrafo del artículo 23 de la Ley estatal 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del régimen jurídico del sector público.

En lo que se refiere a las leyes se trata de un mensaje para el legislador futuro y en lo que se refiere a las normas reglamentarias, en cambio, se erige en una regla de obligado cumplimiento, por lo que **razones de prudencia recomiendan reflexionar sobre la conveniencia de permitir que se excepcione la regla cuando existan motivos que justifiquen su no aplicación.** La excepción podrá sujetarse a las exigencias materiales y formales que se estimen adecuadas para preservar la efectividad de la regla general que se quiere imponer.

Cabe en todo caso dar aquí por reproducidos, a fin de evitar reiteraciones, los argumentos que fundaron la valoración negativa del Consejo de Estado sobre esa regla en la perspectiva del principio de seguridad jurídica.

Se razonó, así, que el nuevo sistema permite **la coexistencia de dos regímenes supletorios de entrada en vigor de las normas:** el que contempla el anteproyecto, al que habrán de ajustarse las normas con el contenido establecido (tanto si lo disponen como si nada establecen pero les resulta de aplicación), **y el establecido en el Código Civil,** que seguirá operando para todas las disposiciones que, no impongan nuevas cargas u obligaciones, y nada prevean sobre su entrada en vigor (que es la misma regla que recoge el artículo 64 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno).

Esa dualidad de regímenes **introduce un elevado grado de incertidumbre en relación a la determinación del momento en que una norma ha de desplegar sus efectos, en tanto eso se hace depender de la calificación que, en función de su contenido, merezca una disposición.**

Dicha calificación dependerá de la interpretación de cada operador jurídico, generando una potencial divergencia sobre el momento de entrada en vigor de la norma, que merece una **valoración negativa a la luz del principio de seguridad jurídica** (artículo 9.3 CE).

De acuerdo con las recomendaciones de calidad de las normas, el momento de entrada en vigor de las normas es una cuestión que debe ser tenida muy en cuenta y siempre, con carácter general, se recomienda evitar la vigencia inmediata. **La *vacatio legis* se observa**

como una solución más adecuada para garantizar el conocimiento de la norma por sus destinatarios.

Pero el traslado de esa idea al derecho positivo debe realizarse con cautela, sin poner en riesgo la seguridad jurídica. Por tanto, se sugiere valorar una formulación que permita que la decisión sobre la entrada en vigor de cada norma reglamentaria sea uno de los elementos sobre los que habrá de reflexionarse durante su elaboración, permitiendo que, en cada caso, se adopte el régimen que mejor responda al contenido de la regulación y a los objetivos que se persigan con su dictado.

En el apartado 2 del artículo 26 se señala:

> Excepcionalmente, las disposiciones de carácter general podrán prever su propia eficacia retroactiva cuando se dicten en sustitución de actos o disposiciones anuladas, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas. Los efectos retroactivos deberán ser previstos expresamente por la misma disposición que prevea su propia entrada en vigor.

Nada se explica sobre las razones que motivan el apartado, lo que no facilita la labor de la Comisión en su enjuiciamiento pues desconoce cuál es la finalidad que se pretende conseguir con la introducción de una regla de general aplicación sobre la retroactividad de las normas.

En su examen, en primer término interesa precisar que **la mención a los actos no resulta adecuada.** Se observa que se ha tenido presente en su redacción la regla sobre la retroactividad de los actos administrativos (artículo 39.3 LPAC), pero la mención a estos es inadecuada, al referirse la regla a la retroactividad de las normas.

En segundo lugar, cabe recordar que en el anteproyecto la voz "disposiciones de carácter general" engloba también a las leyes y a los decretos legislativos.

Las reglas que rigen la retroactividad de las leyes están establecidas en la Constitución: artículo 9.3 CE —por conexión con el artículo 25.1— y artículo 83 (siendo este el que prohíbe que una ley de bases faculte al Gobierno para dictar decretos con fuerza de ley con carácter retroactivo).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en relación con la irretroactividad de las leyes, el límite expreso de la retroactividad se ciñe a las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, a tenor del artículo 9.3 de la CE, nada obsta para que el legislador dote a la ley del grado de retroactividad que considere necesario. Lo contrario conduciría a la congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2015, de 5 de marzo) e impediría responder a los problemas.

Entre otras, en sus SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 65/1987, de 21 de mayo, el Tribunal Constitucional destaca que lo prohibido en el citado artículo 9.3 de la CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya cerrados, ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos que ya han sido consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los todavía pendientes, futuros, condicionados o a las expectativas (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio y 178/1989, de 2 de noviembre).

Una norma es retroactiva, con lesión del artículo 9.3 de la CE, cuando incide sobre relaciones ya consagradas y afecta a situaciones terminadas y agotadas. La retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, puede ser establecida por el legislador pues no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida en el precepto constitucional, las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso (STC 270/2015, de 17 de diciembre).

En cuanto a la irretroactividad de las normas reglamentarias, en la actualidad la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 16-9-1998 y 17-5-1999, 7-6-2002, 3-6-2003, 2-7-2004 y 17-5-2005) no pregona una interdicción general de la retroactividad de las mismas, distinguiendo tres grados de retroactividad —máximo, medio y mínimo— y afirmando que este último es aceptado pacíficamente por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

En el examen del apartado del anteproyecto, arrumbada *a limine* la posibilidad de que este contenga una regulación sobre la retroactividad de las leyes, **a juicio de la Comisión tampoco puede el anteproyecto fijar las condiciones y requisitos para que una norma reglamentaria pueda ser retroactiva**. Al margen de la dificultad intrínseca que conlleva tal objeto (al ser tales límites y sus condiciones de elaboración jurisprudencial —caso por caso—), dicho contenido excede el ámbito natural de una norma cuyo objeto es fijar el procedimiento para el dictado de normas y plantea **problemas de orden competencial**.

La retroactividad atañe a una cuestión sustantiva, se refiere a una institución jurídica que se ocupa de la aplicación de las normas en el tiempo. **Su única regulación en el derecho positivo, además de en el texto constitucional, se contiene en el artículo 2.3 del Código Civil, como regla que pertenece al ámbito de la eficacia y aplicación de las normas que el artículo 149.1.8 CE atribuye en exclusiva al Estado.**

DCJA 186/2018 pár. 537 a 555

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos

A) Generalidades

El artículo 28.2 de la LPAC establece lo siguiente:

> 2. Los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.
>
> En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Este artículo supone un paso más en **la simplificación de las relaciones entre los interesados y las administraciones públicas, y obliga a estas a adaptarse a una nueva realidad en la que se autoriza a los ciudadanos a no presentar documentos que hayan sido elaborados por cualquiera de aquellas u obren en su poder, aunque también es importante precisar que con ello no se excluye la necesidad de invocar la documentación que se pretende incorporar al expediente**. Por tanto, **lo que la LPAC pretende es liberar al interesado de la carga de aportar un concreto documento, pero en ningún caso le exime de la obligación de alegar e invocar la existencia del documento que se pretende incorporar al expediente**. La gran novedad de la LPAC es que **se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso.**

(…)

También debemos advertir que la amplia referencia del artículo 28.2 de la LPAC a **los "documentos que hayan sido elaborados por cualquier administración pública" no alcanza a las resoluciones jurisdiccionales, puesto que no son elaborados por ninguna de las administraciones públicas, sino por los órganos jurisdiccionales**; **órganos que forman parte del poder judicial**, y no de la Administración.

DCJA 105/2018 pár. 64 a 69

B) Instrucción

Audiencia de los interesados

En segundo lugar, **la empresa solicitó una ampliación del plazo para la formulación de alegaciones**, con amparo en lo dispuesto en artículo 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC). **En su petición alude al carácter eminentemente técnico del conflicto surgido en el cumplimiento del contrato y a que no perjudica derecho alguno de terceros.**

El ayuntamiento ha desestimado también la ampliación del plazo concedido para presentar alegaciones, por considerarlo innecesario, y tratarse de una facultad discrecional. Señala, en concreto, que "se expresa de forma diáfana la causa del inicio del expediente de resolución del contrato, por lo que la ampliación solicitada es innecesaria".

Cabe añadir, desde esta Comisión, que **la regulación de la ampliación de plazos** de los procedimientos administrativos contemplada actualmente en el artículo 32 de la LPAC (en sentido idéntico a lo que venía establecido en el artículo 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común) **otorga a la Administración la potestad de conceder ampliación de los plazos establecidos, pero no le obliga a ello**.

En torno a este precepto, **el órgano** especializado en la **defensa de la competencia** ha desarrollado una **doctrina** cuya argumentación resulta trasladable a este supuesto, (sirvan de referencia las dos Resoluciones de 13 noviembre de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Expedientes R/AJ/0318/14 y R/AJ/0317/14).

Como se advierte en los citados supuestos, del enunciado del actual artículo 32 LPAC y su conexión con las restantes previsiones en materia de procedimiento cabe extraer una serie de notas definidoras del régimen jurídico al que debe someterse la Administración a la hora de acordar una ampliación de plazo:

a) En primer lugar, estamos ante una facultad estrictamente discrecional de la Administración actuante, como corrobora la interpretación literal del precepto, que señala que la ampliación de plazos "podrá", que no "deberá", acordarse. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con las actuaciones de carácter reglado, la Administración no está obligada a conceder automáticamente la ampliación de plazo que se solicite, sino que tiene un margen de apreciación que está necesariamente condicionado por la excepcionalidad de dicho trámite.

b) En segundo lugar, la ampliación del plazo previsto legalmente no se presenta como un derecho de los interesados que la Administración —en este caso, el ayuntamiento— esté obligada a acordar por la mera solicitud. Por el contrario, lo que constituye una obligación para todo el que interviene en un procedimiento administrativo es el cumplimiento de los plazos establecidos para cada trámite, tal y como resulta de lo dispuesto por el artículo 29 de la LPAC: "Los términos y plazos establecidos en ésta u otras Leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos".

c) Por tanto, en tercer lugar, **en caso de que el órgano administrativo competente optara por una ampliación de plazo, esta habría de estar plenamente justificada, dado que la Administración está supeditada al principio de eficacia y, por lo tanto, ha de resolver y cumplir los plazos legalmente establecidos, en interés precisamente de los administrados** (artículo 103.1 de la CE).

d) En cuarto lugar, según lo dispuesto por el artículo 32.1 LPAC, **la concesión de la ampliación tiene carácter excepcional, siendo necesario que concurran deter-**

minadas circunstancias que lo aconsejen y así se acredite por quien lo solicite. Indudablemente, la excepcionalidad de las circunstancias queda sometida a la apreciación del órgano que tramita el procedimiento.

e) En quinto lugar, la denegación de una ampliación de plazo no puede suponer vicio alguno del procedimiento en que se solicite, puesto que para el ejercicio del derecho de alegar la ley ya establece un plazo concreto, que es el que, con carácter general, se considera pertinente para que el interesado pueda manifestar lo que a sus intereses convenga. En coherencia con lo anterior, el apartado 3 del artículo 32 LPAC precisa que "Los acuerdos sobre ampliación de plazos o su denegación no serán susceptibles de recursos".

f) En último término, hemos de añadir, con respecto al específico ámbito que nos ocupa, que el artículo 109.2 del Reglamento establece que todos los trámites e informes preceptivos de los expedientes de resolución de los contratos se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente, por lo que sólo razones debidamente contrastadas pueden justificar una ampliación de los plazos legalmente establecidos. En este caso, las razones aducidas por la empresa —la complejidad técnica— no han sido consideradas por el órgano instructor, pero en todo caso, ello no ha impedido al contratista, vistas sus alegaciones, analizar el expediente y presentar sus alegaciones de manera fundada.

DCJA 21/2018 pár. 13 a 17

La prueba

Parece lógico concluir que, **habiendo aportado la propia reclamante el testimonio** prestado por doña MAPU en las dependencias de la Policía municipal de Bergara, mediante el que quería probar los hechos sobre los que se fundamenta su reclamación, fuera calificada de **innecesaria la reiteración de su testifical**.

DCJA 3/2018 pár. 31

En ese sentido, hay que decir que **las actuaciones de los procesos penales pueden tener eficacia de prueba documental en el procedimiento administrativo**.

Es más, consideramos que **los hechos declarados probados en el proceso penal constituyen base fáctica inexcusable para la resolución del expediente, en reconocimiento de la primacía de ese orden jurisdiccional** pues, como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional —STC— 77/1983, de 3 de octubre, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado —primacía que en materia sancionadora reconoce expresamente el artículo 77.4 LPAC, según el cual los hechos declarados probados por reso-

luciones judiciales penales firmes vincularán a las administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien─.

En general, **es preciso distinguir cuándo se trata de una sentencia condenatoria o absolutoria porque el sustrato ineludible vendrá determinado en el primer caso, positivamente, por los presupuestos fácticos del tipo o tipos penales afectados, mientras que en el segundo, negativamente, por su inexistencia fáctica, siempre y cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiera podido nacer o se declare probado que una persona no fue autor del hecho**.

DCJA 51/2018 pár. 15 a 17

La única cuestión que ha de analizarse es la referida al **desarrollo de la prueba pues ha motivado una alegación sobre vulneración del derecho de defensa por parte del reclamante.**

En el escrito de reclamación se instó la práctica de: (i) la testifical de quien era alcalde cuando sucedieron los hechos y del representante legal de la empresa que realizó la obra del muro; y (ii) la unión al expediente por el ayuntamiento de la documentación relacionada con la colocación de la barandilla y del informe pericial contratado para determinar si el terreno es de titularidad pública o privada.

El órgano instructor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 77.3 LPAC, de forma motivada inadmitió dichas pruebas; si bien en el mismo acto se instaba al reclamante para que aportara al expediente el CD con la grabación de la declaración testifical del entonces alcalde desarrollada en el juicio verbal 1004/2016-C, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria-Gasteiz.

Examinados los motivos aducidos por el instructor para negar las pruebas instadas, la Comisión considera que resultan adecuados y que la denegación no produce indefensión en el sentido material que requiere la jurisprudencia.

En efecto, **la única prueba que guarda relación con los hechos relevantes para el reconocimiento de la responsabilidad es la testifical de quien era alcalde cuando se produjeron los hechos y esta prueba, aunque formalmente se inadmite, materialmente se practica mediante la unión al expediente de la grabación de la testifical en sede judicial.**

DCJA 140/2018 pár. 31 a 35

Y, ante la razón ofrecida en la propuesta, conviene asimismo recordar en segundo lugar que **el solo hecho de ser el esposo de la persona que reclama no es una razón que justifique**

el rechazo de plano de su testifical. La tacha de testigos (artículo 377 Ley de enjuiciamiento civil —LEC—) es un mecanismo que puede afectar a la valoración del correspondiente testimonio, el cual, en cualquier caso, debe ser valorado conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias concurrentes y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre estas se hubiere practicado (artículo 376 LEC).

DCJA 146/2018 pár. 15

La propuesta de resolución, según hemos avanzado, **utiliza como primer argumento para negar la existencia de responsabilidad la ausencia de prueba sobre la caída y sus circunstancias,** siendo cuestión que debe acreditar quien reclama **y sin que, a tal efecto, se otorgue valor a la declaración del testigo ni al informe de los agentes de la policía local por cuanto —se afirma— ninguno presenció la caída.**

Ese argumento principal se refuerza con el contenido del informe de la Sección de Obras del ayuntamiento, que se ciñe a señalar que el cono pertenecía a la obra de urbanización "Consolidación del Corazón de barrio de la Calle …" que realizaba la UTE … y que la dirección de obra municipal no tuvo conocimiento de lo sucedido, ni tampoco la empresa constructora, según ha comunicado esta.

Asimismo señala que el ayuntamiento había contratado una empresa para realizar el seguimiento de la seguridad y salud de la citada obra y que el coordinador en materia de seguridad y salud realizó visitas periódicas a la obra y verificó que se cumplían las medidas de seguridad del Plan de Seguridad y Salud, sin que detectase ninguna incidencia en cuanto a los medios de señalización y balizamiento, y remite al informe elaborado la víspera del día del accidente en el que no se observó ninguna irregularidad.

La Comisión, empero, no comparte esta aproximación del ayuntamiento y considera que la caída y sus circunstancias han quedado suficientemente acreditadas por la reclamante.

Frente a la realidad formal que trasladan los informes en los que se apoya la Administración municipal, **el informe de los agentes de la Policía local otorga plena verosimilitud a la versión de la reclamante**.

Como elemento de convicción interesa atender de forma íntegra al mencionado informe elaborado por los dos agentes que acudieron al lugar, **debiendo recordarse las características de imparcialidad y objetividad que reúnen tales informes de la Policía municipal, sin que el expediente contenga elemento alguno que permita cuestionar dichas características**.

DCJA 146/2018 pár. 27 a 32

III. Especialidades en el procedimiento administrativo

A) Procedimiento de contratación administrativa

En cuanto a **la audiencia** que debe darse **al posible avalista**, el cumplimiento de este trámite **no consta en el expediente**. Por su parte, el informe de la secretaria municipal adelanta la posibilidad de exigir al contratista el mayor costo que suponga para el ayuntamiento el incumplimiento contractual. Esa indemnización, en su caso, debería hacerse efectiva con cargo a la garantía definitiva consignada por el contratista, por lo que la **llamada al avalista afectado por la resolución** —en este caso, la entidad aseguradora CASER— constituye un elemento esencial del procedimiento resolutorio, cuya omisión puede invalidar la posterior resolución. Tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 2/2015, resultan ilustrativas a estos efectos las sentencias del Tribunal Supremo —STS— de 27 abril 2001 (RJ 2001\3428) y de 11 junio 2002 (RJ 2002\7931), esta última dictada en el marco de la vieja Ley de contratos del Estado.

DCJA 38/2018 pár. 10

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial

Iniciación

En cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción que ejerce la compañía aseguradora AXA, se advierte que, con carácter general, y en virtud de las condiciones generales de la póliza de seguro, **se encuentra contemplada en el artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro** (LCS). Ese precepto dispone: "El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización".

Lo anterior responde a que la compañía aseguradora, al satisfacer el importe de los daños imputables a su asegurado, acude a la Administración municipal en pretensión de responsabilidad patrimonial en ejercicio de la acción subrogatoria que le otorga el artículo 43 de la LCS, al quedar subrogada en los derechos y acciones del asegurado. Por ello se coloca en la misma posición que la comunidad de propietarios asegurada para hacer efectivo el crédito que ha adquirido con el pago. Esa posibilidad es admitida sin reservas por la doctrina jurisprudencial.

La subrogación enmarcada en el artículo 43 LCS se trata de una **subrogación legal,** es decir, **se produce *ope legis*, una vez efectuado el pago**. Ahora bien, en el supuesto ahora analizado AXA **reconoce que en el momento de presentar el escrito de reclamación había indemnizado** a la empresa aseguradora del Museo Arqueológico de Bilbao (en la cantidad de 7.857,60 €) y a la Asociación de los Amigos de Santiago (en la cifra de 3.000 €), **pero que quedaban pendientes las indemnizaciones al resto de perjudicados** (aporta al respecto el estadillo de pagos correspondiente a ese siniestro —folio 125—).

En definitiva, **no hay constancia de que la compañía aseguradora haya procedido al abono de todos los daños indemnizables** derivados de la caída del árbol, ni, por tanto, que

haya experimentado, al menos hasta el momento de la reclamación, el daño en su patrimonio como consecuencia de la prestación a que está obligada por contrato, exigible ahora a la Administración municipal.

De la lectura del artículo 43 LCS y de conformidad con la reiterada y abundante doctrina jurisprudencial al respecto (Sentencias del Tribunal Supremo —STS— sala de lo civil, de 1 de octubre de 2008 —RJ 2009\134—, 12 de junio —RJ 2013\3945— y 19 de noviembre de 2013 —RJ 2013\8455—, entre otras) se pueden establecer **tres requisitos imprescindibles** que se deben concitar **para que una aseguradora pueda ejercitar las acciones correspondientes a su asegurado**: I) **cumplimiento** por el asegurador **de su obligación de indemnizar** (o reparar) a su asegurado **en virtud del contrato suscrito** entre ambos y dentro de los límites establecidos en el mismo. Para ello ha de aportar la póliza que le vincula con su asegurado, que acredite la existencia de un contrato de seguro a la fecha del siniestro; en segundo lugar, **el pago** y con ello su legitimación activa, mediante la aportación de toda la documentación que obre en su poder, intentando evitar los de carácter unilateral; ese pago ha de realizarse de conformidad con la cobertura otorgada por la póliza y dentro de los límites indemnizatorios contenidos en la misma; II) **existencia de un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero responsable**, como consecuencia del mismo daño que motivó la indemnización; y III) **voluntad del asegurador de subrogarse en los derechos y acciones de su asegurado.**

En atención a que el requisito legitimador, a los efectos de que la aseguradora pueda ejercitar la reclamación por subrogación prevista en el artículo 43 de la LCS, viene constituido porque previamente haya desembolsado la correspondiente indemnización a su asegurado**, ha de concluirse que AXA** (a falta de prueba que acredite otra cosa) **carece de la legitimación necesaria para subrogarse en el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en la parte en que no ha experimentado un daño patrimonial** como consecuencia de la prestación a que viene obligada en virtud del contrato suscrito con la asegurada.

DCJA 119/2018 pár. 28 a 33

Plazo para reclamar

En este caso, **habiéndose producido la pérdida de visión del ojo izquierdo de forma irreversible e incurable el 14 de abril de 2015, conforme a la tesis de la propia reclamante, y no habiendo presentando su reclamación hasta el 22 de marzo de 2017, es claro que se ha sobrepasado el plazo para formular la acción de responsabilidad patrimonial.**

La pérdida de visión en ese ojo como decimos, puede catalogarse de **daño permanente,** al constatarse que desde ese momento solo puede percibir y aún de forma dudosa la luz en el mismo, con nula agudeza visual, por lo que quedaron estabilizados los efectos lesivos por

los que reclama y se pudo conocer definitivamente el quebranto de la salud, quedando este inalterado.

Según la doctrina del Tribunal Supremo, "existen determinadas enfermedades en las que la salud queda quebrantada de forma irreversible, supuestos en que entra en juego la previsión legal de que el ejercicio de la acción de responsabilidad ha de efectuarse, siguiendo el principio de la actio nata, desde la determinación del alcance de las secuelas, aun cuando en el momento de su ejercicio no se haya recuperado íntegramente la salud, por cuanto que el daño producido resulta previsible en su evolución y en su determinación, y por tanto, cuantificable" (SSTS de 13 de mayo de 2010-RJ 4971/2010 y 28 de junio de 2011-RJ 5592/2011).

Distinto es el caso de los daños continuados que se manifiestan día a día; como no pueden medirse *ab initio* las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el "alcance de las secuelas". Es el supuesto de "enfermedades de evolución imprevisible o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en una secuelas de imposible predeterminación en su origen" (STS de 24 de octubre de 2011-RJ 1444/2012).

El caso de la reclamante sería un supuesto de daño permanente, aun cuando fuera objeto de posteriores revisiones oftalmológicas ambulatorias, pudiéndose añadir con la STS de 8 de junio de 2011 (RJ 5592/2011):

> Y tal conclusión no queda enervada por el hecho que aduce acerca de que, con posterioridad a dicha alta, siguiese tratamiento ambulatorio, pues éste tenía como finalidad el control de las citadas secuelas, que ya existían al producirse el alta.

En definitiva, la pérdida de visión constituye un daño permanente de carácter irreversible e incurable, cuyas secuelas quedaron perfectamente determinadas el 14 de abril de 2015, en la tesis más favorable, desde la conclusión del tratamiento contra la endoftalmitis y el alta hospitalaria derivada de la intervención quirúrgica, por ser en dicha fecha perfectamente previsibles, sin que, como dijo la STS de 18 de enero de 2018 (RJ 166/2008):

> Dichas secuelas que, como decimos, quedaron perfectamente determinadas desde aquella fecha, puedan confundirse con los padecimientos que lamentablemente derivan de ellas y que, ciertamente, evolucionan en el tiempo.

Entiende la Comisión que no es posible que el plazo se mantenga abierto indefinidamente porque las secuelas de la infección por las que se reclama son definitivas, sin que además hayan evolucionado en forma alguna durante esos años, o por lo menos del informe médico presentado no se extrae otra conclusión, siendo el resultado lesivo permanente en el tiempo, aun cuando, en su caso, deba seguir recibiendo atención médica.

DCJA 87/2018 pár. 50 a 56

De otro lado, **el plazo para el ejercicio de la acción no se altera por la circunstancia de que el perjudicado se encuentre incapacitado.**

Como dice la STS de 21 de junio de 2011 (RJ 5491/2011):

> Resulta indudable que, de no tener éste capacidad de obrar con arreglo al Derecho civil, el conocimiento necesario para que se inicie el transcurso del plazo para presentar la reclamación debe exigirse en relación con quien tenga capacidad para el ejercicio de la acción como representante de aquél.
>
> Del artículo 1932 II del Código civil (según el cual "queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción") en relación con el artículo 1969 (según el cual "el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse") se desprende, en efecto, que el conocimiento necesario para el ejercicio de las acciones, como es, en el caso examinado, el conocimiento (…) que determina el derecho a indemnización y de sus circunstancias, se refiere a quien puede ejercitar, directamente o como representante legal del menor o incapaz, la acción, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a éste una vez alcanzada la mayoría de edad.

Además, **podía haber formulado la reclamación sin solicitar previamente la autorización judicial**, debiéndose en tal caso requerirse por la Administración instructora la subsanación, en el plazo de diez días fijado por el artículo 68.1 LPAC o en el de su ampliación, hasta cinco días, conforme al artículo 68,2 LPAC, si el documento requerido presentaba dificultades especiales.

Si ello es posible en la interposición de una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según se desprende de la STS de 25 de marzo de 2011 (RJ 2570/2011), con mayor motivo lo será en vía administrativa, pese al escaso plazo:

> Pero aún incluso entendiendo que el plazo de subsanación es el de diez días, aun así tampoco podemos aceptar la solución dada por el Tribunal "a quo", y es que "ab initio" no cabe negar la posibilidad de que el procedimiento de autorización judicial se tramite y resuelva, dada su sencillez, en el plazo de diez días o incluso en un plazo inferior. La audiencia del Ministerio Fiscal y del sujeto a tutela, por poder, puede realizarse incluso el mismo día en que se presenta el escrito recabando la autorización, y por supuesto dicho escrito puede presentarse el mismo día en que se notifica el requerimiento de subsanación. Oído el Ministerio Fiscal y el sujeto a tutela, ya puede el órgano jurisdiccional resolver si no le solicitaron informes o de oficio considera innecesaria la petición de alguno, pero aún en el supuesto de solicitud de informes cabe entender su diligenciamiento inmediato o anterior al plazo de diez días.
>
> A mayor abundamiento es oportuno indicar que presentado con la debida diligencia el escrito recabando la autorización judicial, esto es, en día próximo al que se requiere de

subsanación, y acreditada su presentación, no cabe tener por no subsanado el requisito autorizatorio, en cuanto que ello supondría imputar la demora en su tramitación al solicitante.

DCJA 87/2018 pár. 57 a 60

Respecto de la interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el escrito fue presentado en fecha 27 de febrero de 2017, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de 1 año previsto en el artículo 67.1 LPAC, ya que el fallecimiento se produjo el 27 de mayo de 2015.

La reclamación fue inicialmente inadmitida mediante Resolución 1081/2017, de 4 de agosto (notificada el 5 de septiembre), de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, **por no conformarse a los requisitos establecidos en el artículo 67 LPAC** ("especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo") y por no acreditarse "que se haya interpuesto reclamación dentro del plazo del año desde la producción del hecho que motive la indemnización, que parece ser el fallecimiento de don JEBV". No obstante, la citada resolución concede un plazo de diez días para subsanar los defectos señalados, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.

El requerimiento fue atendido, respecto del plazo, indicándose mediante escrito de fecha 6 de septiembre de 2017 (registrado de entrada el día 13 de dicho mes) que existen diligencias previas inicialmente en el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Barakaldo (DDPP 1707/2015) y posteriormente en el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Bilbao (DDPP 13/2016) e invocando la interrupción de la prescripción al amparo del artículo 68 LPAC.

Ello motivó una nueva resolución de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud (n.º 1573/2017, de 29 de diciembre, notificada el 24 de enero de 2018) por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad interpuesta, ordenándose al mismo tiempo se subsane la misma mediante, entre otras cuestiones, aportación de copia de las resoluciones judiciales y el estado actual de las diligencias previas anteriormente identificadas.

Esto se cumplimenta mediante escrito fechado el 30 de enero de 2018 (registro de entrada 1 de febrero). **Las copias aportadas no permiten determinar con claridad acerca de la motivación de las diligencias previas abiertas, pero todo apunta a que se trata de acciones dirigidas a esclarecer las circunstancias del accidente** sufrido por don JEBV en las escaleras de acceso al Metro en una estación ubicada en el término municipal de … (…). Ello origina una inhibición del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Barakaldo en favor del que resultare ser competente de los de Bilbao —competencia por razón del territorio—, la no aceptación por parte del turnado (Juzgado de Instrucción n.º 1 de Bilbao), el auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia resolviendo la cuestión de competencia negativa y acordando la competencia del

Juzgado de Barakaldo, sin perjuicio de que, como consecuencia del resultado de las diligencias que se practicaran pudiera tenerse un conocimiento exacto del lugar donde ocurrieron los hechos, y, finalmente, la inhibición de nuevo en favor del Juzgado de Instrucción n.º 1 Bilbao, al decidirse que la caída se produjo en el metro de …, terminando el asunto en auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Bilbao fecha 11 de diciembre de 2016, acordando el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, resolución confirmada por la Audiencia de Bilbao.

En consecuencia, **de la parcial documentación aportada y en ausencia de cualquier explicación ofrecida al respecto por la parte reclamante, la Comisión entiende que las diligencias previas no tienen por objeto esclarecer cuestión alguna relacionada con la asistencia sanitaria prestada en el Hospital H1 a don JEBV, sino con las circunstancias que originaron el accidente que motivó su ingreso hospitalario, por lo que no puede afirmarse de ellas el efecto interruptivo del plazo de prescripción para reclamar** pretendido por aquella, debiendo declararse que la presente reclamación es extemporánea por transcurso del plazo establecido en el artículo 67.1 LPAC.

DCJA 162/2018 pár. 25 a 30

Instrucción

No consta, sin embargo, **el informe del servicio administrativo presuntamente causante del daño**, en este caso, el informe del Servicio de ginecología y obstetricia del Hospital H1, informe que es preceptivo de acuerdo con el artículo 10.1 del Reglamento, que lo exige "en todo caso".

Es bueno recordar que **este informe es un trámite capital en el procedimiento de responsabilidad, cuya exigencia, de acuerdo con la importancia que al mismo le ha otorgado la jurisprudencia, deriva, en síntesis, de su finalidad: aportar al procedimiento de responsabilidad los datos y circunstancias sobre el funcionamiento del servicio público al que se vincula el daño, cuyo conocimiento es necesario para determinar si hubo relación causal entre aquel y este, así como para delimitar el funcionamiento normal o anormal del servicio**. Se trata, en suma, de que la Administración acredite las circunstancias en que funcionó el servicio público concernido atendidos los términos y hechos de la reclamación.

No obstante, en este caso, **se han incorporado al expediente de las diligencias previas las declaraciones del personal sanitario que intervino** en el parto y con posterioridad a él: la matrona, la médico residente y la médico titular del área de partos (especialistas ambas en ginecología), y los pediatras (el pediatra del área de partos, la pediatra de planta y la pediatra que atendió al menor a las 48 horas en el momento del alta hospitalaria).

Por ello, la Comisión entiende que, en el supuesto que analizamos, **dichas declaraciones permiten considerar, materialmente, que ha informado el servicio a cuyo funcionamien-**

to se imputa la lesión. Cuenta, además, la Comisión con la información que debería haber aportado el trámite omitido.

De otro lado, con esta decisión se evitan también las negativas consecuencias que para los interesados pudiera tener en este momento retrasar la obtención de una decisión administrativa sobre su reclamación.

Tampoco costa el informe de Inspección médica, puesto que mediante Acuerdo de 10 de enero de 2018, por el que se declara instruido el procedimiento y por el que se concede trámite de audiencia a los reclamantes, el instructor considera que la documentación obrante en el testimonio de la Diligencias previas 331/2014 ofrece información suficiente para emitir la resolución.

Como ya dijimos en el Dictamen 49/2012, la omisión de este trámite, que acompaña habitualmente a todos los expedientes de responsabilidad patrimonial tramitados por Osakidetza a esta Comisión, requiere recordar que el artículo 10.1 del Reglamento exige que el órgano instructor solicite, en todo caso, informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, sin perjuicio de que pueda solicitar cuantos informes estime necesarios para resolver.

Del tenor literal de dicho artículo cabe concluir que **sólo se impone como informe preceptivo el del servicio supuestamente responsable de la lesión, por lo que el informe de Inspección médica tendría carácter facultativo** y podría ser solicitado para aquellos supuestos en los que el instructor lo considerase necesario o conveniente para resolver.

Por otra parte, tampoco de la regulación estatal de la inspección sanitaria (artículo 30 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud), ni de la normativa autonómica (Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud), se desprende la preceptividad de este informe.

Por ello, aunque en este expediente, y a falta de informe de servicio, hubiera sido conveniente la aportación de un informe de Inspección médica que analizara con una visión global todas las actuaciones realizadas, esta Comisión considera que **su ausencia no supone un vicio procedimental de carácter invalidante, atendiendo a la emisión de los tres informes médico-periciales que obran en el expediente** de la Diligencia previas 331/2014.

DCJA 70/2018 pár. 31 a 40

Pero **tampoco resulta admisible el cálculo indemnizatorio que contiene la propuesta de resolución**, que afirma que los daños "han sido valorados por la Compañía Aseguradora del Ayuntamiento en 15.501,15 euros (224 día de perjuicio personal particular moderado a 11.677,12 euros y 5 puntos de secuela a 3824,03 euros)…". **Esta valoración no ha sido incorporada al expediente,**

imposibilitando así a esta Comisión compartirla o no, ni ha sido trasladada al reclamante a quien se le ha negado la oportunidad de alegar al respecto, omisión que claramente puede producir indefensión en el ejercicio de sus derechos.

En conclusión, **entiende la Comisión que debe continuarse la labor instructora** para determinar el montante indemnizatorio de modo que la indemnización que se otorgue repare íntegramente los daños causados, dando traslado a don JMAM de las valoraciones efectuadas por la compañía aseguradora y requiriendo de él la necesaria concreción de los daños habidos y su valoración.

DCJA 90/2018 pár. 39 a 40

Cabe no obstante realizar **una consideración relacionada con la prueba referida a la cuantificación del daño. La valoración de los daños que se traslada a la propuesta de resolución tiene su apoyo en una valoración efectuada por los servicios médicos de la compañía de seguros del ayuntamiento** a la que la reclamante se presentó de forma voluntaria, pero de esa valoración sólo se ha incorporado al expediente su resultado final, remitido mediante correo electrónico al ayuntamiento. En ese escrito no consta explicación alguna sobre las divergencias existentes con el importe reclamado por la reclamante, especialmente en cuanto a la determinación de las secuelas; aspecto en el que se presenta la divergencia más acusada.

La Comisión estima que, en la medida en que soporta la cuantía indemnizatoria aceptada por el ayuntamiento, **el informe de valoración elaborado por los servicios médicos de la compañía de seguros debe ser incorporado al expediente para conocimiento y, en su caso, discusión por parte de la interesada**. No obstante, tratándose de una cuestión que afecta únicamente a la cuantificación del daño, se considera que no impide la emisión de su dictamen, sin perjuicio de que, como venimos señalando en los casos en los que el expediente no permite a esta Comisión cuantificar económicamente el daño con la fiabilidad necesaria, deba continuarse con la instrucción dando a conocer a la reclamante el informe médico de valoración de los daños, antes de su fijación definitiva.

DCJA 142/2018 pár. 11 a 12

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Generalidades

Sin embargo, debe advertirse que, según se desprende del expediente remitido, **la reclamante ha interpuesto recurso contencioso administrativo** ante el Juzgado n.º 2 de San Sebastián (procedimiento abreviado n.º 744/2017) contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial.

Por tanto, **aunque dicha actuación no impida la emisión de este dictamen, el órgano consultante, antes de dictar la resolución que ponga fin al procedimiento, deberá asegurarse del estado de tramitación del procedimiento contencioso a fin de preservar debidamente el principio de seguridad jurídica**, **en el que se ubica el de cosa juzgada.**

DCJA 40/2018 pár. 18 a 19

II. Antijuridicidad

En los casos de responsabilidad por anulación la singularidad se manifiesta preferentemente en relación al requisito de la antijuridicidad, puesto que la actuación de la Administración es antijurídica es algo que ya ha sido declarado por una resolución judicial firme. **El análisis de la antijuridicidad no se solventa simplemente examinando la actuación administrativa, sino que se proyecta sobre las consecuencias lesivas de la actuación anulada y conlleva comprobar si quien reclama debe o no asumirlas, a la luz de la existencia de un deber jurídico que imponga la asunción de aquellas.**

Dicho deber jurídico puede encontrar fundamento en un contrato previo, una obligación normativamente impuesta o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme. Pero hay también otros supuestos en los que el deber jurídico se encuentra implícitamente establecido por las normas, aunque su examen resulte más complicado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 16 de noviembre de 1999) acude a la disección del tipo de potestad —discrecional o reglada— ejercida por la Administración autora del acto, cuya anulación sustenta la pretensión indemnizatoria, para determinar si concurre o no el deber jurídico de soportar el daño.

Esta misma doctrina jurisprudencial distingue **dos supuestos básicos. El primero comprende aquellos supuestos en los que la actuación administrativa anulada deriva del ejercicio de potestades regladas** en las que, mediante la aplicación de datos objetivos, hubiera debido declararse un derecho preexistente. **El segundo se refiere a los supuestos en los que la actuación administrativa inválida es resultado del uso de potestades discrecionales** —en su sentido más amplio—, así como en aquellas en las que la aplicación de

la norma al caso reclama que la Administración opere la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados, determinantes de la decisión administrativa.

En el primer caso, el daño será calificado de antijurídico. En el segundo, en cambio, la antijuridicidad del perjuicio causado por la actuación anulada **sólo concurrirá si la actuación administrativa no se ha mantenido dentro de unos márgenes razonados y razonables, conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados** que pudieran concurrir.

En resumen, en los casos de ejercicio de potestades discrecionales —a los que, a estos efectos, se asimilan aquellos otros en los que la norma a aplicar reclama la integración por la Administración de conceptos jurídico indeterminados, relevantes para la resolución—, si el actuar administrativo se ha mantenido dentro de los límites descritos, aunque la decisión administrativa sea posteriormente anulada, el posible perjuicio ocasionado no resultará antijurídico.

En el supuesto objeto de dictamen el acto administrativo anulado consiste en la adjudicación de un contrato mediante la aplicación de criterios objetivos previamente determinados y ponderados en el pliego que rige la licitación.

La valoración técnica de las ofertas ha sido un área en la que, al menos cuando la forma de adjudicación es la del concurso, ha dispuesto tradicionalmente de un espacio para la denominada "discrecionalidad técnica", pero la introducción de criterios objetivos en la adjudicación, impulsada especialmente por las directivas europeas sobre contratación, han reducido en gran medida el campo de esa discrecionalidad técnica hasta aproximarla en gran medida a la actuación reglada. Esta circunstancia se produce especialmente en aquellos criterios para cuya valoración se establecen fórmulas aritméticas que no dejan margen de apreciación subjetiva; situación que se produce en el presente supuesto con la preferencia de adjudicación en el caso de igualdad en las ofertas presentadas.

El carácter cada vez más reglado de la adjudicación en los concursos permite, incluso, que en ocasiones sean los propios tribunales los que establezcan la empresa o empresas que deben resultar adjudicatarias. Así se admite, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016\1537), cuando señala que "El pronunciamiento sobre la adjudicación directa del contrato a (…), no invade las potestades discrecionales de la Administración ni va más allá de lo que procedía para resolver el recurso contencioso-administrativo pues, una vez alcanzada la conclusión de que la oferta económica de (...) no debió ser excluida de la licitación, no discutiéndose las puntuaciones correspondientes al plazo de la concesión ni a los aspectos técnicos, las cuales, por tanto, debían ser conservadas, y dependiendo de fórmulas matemáticas la puntuación de la mejora económica, no había ya decisión discrecional que adoptar sino una actuación reglada…".

En el Dictamen 221/2016, **esta Comisión ya reconoció que el daño originado por la anulación de la adjudicación de un contrato y el reconocimiento del derecho a la adjudicación del mismo a quien le correspondía en derecho debe considerarse antijurídico** y, por tanto, indemnizable a través de la institución de la responsabilidad patrimonial, **ya que**

no deriva de la previa existencia de un contrato con la entidad reclamante, sino de la indebida adjudicación de un contrato a otra empresa con peor derecho. En estos casos, contrariamente a lo defendido en la propuesta de resolución, resulta indiferente que la anulación del contrato sea tras la constatación de un vicio de nulidad o de simple anulabilidad, pues en ambos casos el daño derivado de la invalidez del acto resulta igualmente antijurídico y los elementos a tener en cuenta para cuantificar el daño no tienen por qué resultar diferentes.

DCJA 157/2018 pár. 31 a 39

III. Indemnización

A) Daño moral

En coherencia con la importancia de la cuantía reclamada (33.200 €) por el daño moral, examinamos dicho concepto en primer lugar, para lo cual debemos rescatar dos ideas básicas.

La primera se refiere a las notas de realidad y efectividad del daño (hoy exigidas por el artículo 32.2 de la LRJSP), ya que sin daño real y efectivo la antijuridicidad pierde su sentido pues esta ha de proyectarse siempre sobre un perjuicio, de tal forma que solo cabe hablar de lesión en sentido técnico-jurídico en presencia de un daño antijurídico.

La segunda idea recuerda —como hace de forma constante la Comisión— que cuando se persigue el resarcimiento indemnizatorio en sede de responsabilidad patrimonial, todo daño —también, y muy especialmente, **el daño moral— debe ser alegado y probado.**

Es cierto que **hay supuestos en los que esa exigencia puede verse atemperada** (así, v. gr, sucede con frecuencia en los asuntos de responsabilidad sanitaria), **pero son aquellos en los que el hecho causante resulta de manera objetiva y notoria susceptible de ocasionar unos daños morales, al margen de la percepción subjetiva que cada persona pueda tener de aquel y sin perjuicio de que los efectos negativos puedan ser más intensos en unas personas u otras** (concreción del daño para lo cual será imprescindible la prueba de las circunstancias personales que cualifican el perjuicio moral).

Vamos ya a adelantar que no consideramos que el caso analizado pueda subsumirse entre los supuestos que permiten moderar la obligación de prueba.

No podemos dar la razón al reclamante en este aspecto pues, sin perjuicio del innegable carácter negativo de las vivencias y emociones que puede generar en cada persona la acción disciplinaria de la Administración en la que presta sus servicios, se trata de una experiencia subjetiva que *per se* no acredita la existencia de un daño moral, para cuyo reconocimiento es obligado desplegar una actividad probatoria adecuada que en este caso no se ha producido.

La reclamación ha partido de la errónea premisa de considerar que de la sola existencia del expediente disciplinario se colige un daño moral objetivo; entendimiento de la

cuestión que no encuentra apoyo en la doctrina ni en la jurisprudencia, en tanto la ausencia o matización de la exigencia de acreditación —como hemos señalado— solo puede aplicarse —siempre como excepción y, por tanto, de interpretación restrictiva— a hechos que, sin tener que adentrarse en valoraciones subjetivas, resulten con carácter general y notorio susceptibles de provocar en toda persona que los sufra un padecimiento moral objetivable. Se trata, en fin, de hechos cuyo solo acaecimiento es revelador de la producción de un daño moral en la esfera jurídica de quien lo padece.

En la tesis de la reclamación, en cambio, el daño moral no requiere prueba: los daños derivados de la incoación de un expediente disciplinario existen por el mero hecho de haberse impuesto la sanción posteriormente declarada improcedente. El solo hecho de haber sido objeto de un expediente disciplinario —que queda luego en nada— ya hace prueba del perjuicio moral.

Las propias sentencias del Tribunal Supremo que el reclamante cita en sus alegaciones en apoyo de su idea sobre esa innecesariedad de acreditar el daño moral (actuación pedida por el instructor) no avalan dicha idea.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1998 se refiere a un supuesto bien distinto al aquí examinado, la imposición de cuatro días de arresto domiciliario a un comandante de infantería. Esta sanción (restricción del derecho fundamental de libertad) objetivamente resulta susceptible de generar una aflicción moral indemnizable, máxime tratándose de un militar (cuestión distinta será su cuantificación).

De especial interés para nuestro examen es la otra sentencia citada —STS de 15 de julio de 2011 (RJ\2011\6536) —. En la instancia se había desestimado la pretensión resarcitoria sobre el daño moral precisamente por considerar que estaba huérfana de toda acreditación. Esta solución es ratificada por el Tribunal Supremo que insiste en que los daños morales exigen acreditación; regla que no cede en un caso, como el que analiza la sentencia, en el que se pretende que dicho daño moral se reconozca —sin prueba— porque la denegación de la colegiación se anuló judicialmente. La sentencia, en línea de principio, no niega que dicho acto pueda ser susceptible de generar daños al demandante, pero tales daños para ser reconocidos deben quedar acreditados (carga de probar que aquel no cumplió).

El Tribunal Supremo sí estima como hechos que pueden fundar una presunción de existencia de un daño moral resarcible —sin necesidad de prueba—, por un lado**, el peregrinaje procesal** (el demandante hubo de esperar a la sentencia de la última instancia para obtener la colegiación) **y la frustración profesional** (puesto que durante el largo proceso, la denegación de la colegiación le impidió ejercer su profesión —consecuencia objetiva—).

Este término de comparación da la medida de lo que venimos afirmando. En el caso que dictaminamos no cabe apreciar peregrinaje procesal, pues el asunto finalmente se solventó en la vía administrativa, sin que, a estos efectos, pueda soslayarse que el plazo legal de duración total de los procedimientos disciplinarios regidos por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero,

está fijado en 12 meses (Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en relación con la disposición adicional novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre).

Del mismo modo, **no contamos con datos objetivos para considerar la existencia de frustración o desdoro profesional**, **ya que el reclamante siguió en su puesto de trabajo.**

La reclamación que examinamos se detiene en la mera descripción del daño moral. Se alega, así, inquietud, aflicción y congoja de ánimo por el riesgo que amenazaba su futuro. O, cuando el instructor insta al reclamante para que especifique las lesiones producidas, se aduce: "Ansiedad y depresión que han supuesto estrés, zozobra, dificultad para dormir, aflicción, congoja de ánimo, falta de sosiego, inquietud, temor y miedo, hipertensión arterial y otras repercusiones físicas", pero tales afirmaciones se realizan huérfanas de toda prueba.

El único documento que obra en el expediente es una fotocopia —folio 48—, sin fecha ni firma, en la que aparecen superpuestos datos personales y laborales de don JCM e información sobre los medicamentos fluoxetina y lorazepam, junto a la copia de un ticket de farmacia con las fechas de dispensación de varios medicamentos, entre los que figuran los dos citados. En el mismo sentido, el desprestigio profesional se afirma pero no se prueba.

Por tanto, la **acreditación del daño moral alegado es claramente insuficiente** y la Comisión no puede dar por probada su existencia en un caso en el que aquel se anuda a la tramitación de un expediente disciplinario que, por lo demás, termina con la anulación de oficio por la Administración municipal de la sanción impuesta, la devolución de la cantidad detraída de la nómina con los intereses de demora y la anulación de cualquier referencia al procedimiento disciplinario en el expediente personal del reclamante.

En suma, **no cabe** —como ha hecho la reclamación— **sostener con el único amparo de la anulación en vía administrativa de la sanción impuesta la existencia de unos daños morales, estos deben ser debidamente acreditados**, lo que en este caso no se ha realizado.

DCJA 84/2018 pár. 47 a 64

Por lo que se refiere al daño moral *estricto sensu*, debemos rescatar tres ideas básicas.

La primera se refiere a las notas de realidad y efectividad del daño (hoy exigidas por el artículo 32. 2 LRJSP) ya que sin daño real y efectivo la antijuridicidad pierde su sentido, pues esta ha de proyectarse siempre sobre un perjuicio, de tal forma que solo cabe hablar de lesión en sentido técnico-jurídico en presencia de un daño antijurídico.

La segunda idea recuerda —como hace de forma constante la Comisión— que cuando se persigue el resarcimiento indemnizatorio en sede de responsabilidad patrimonial, todo daño —también, y muy especialmente, el daño moral— debe ser alegado y probado.

Y como tercera idea, que como se afirma en las sentencias ya citadas:

> 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.

En este caso, **el reclamante solicita una indemnización por la incertidumbre de tantos años que ha padecido, el sufrimiento y menoscabo personal, la desazón, la ruptura de su carrera funcionarial y la pérdida de oportunidades, así como por el esfuerzo desplegado tanto para ver reconocido su derecho como para desarrollar otra carrera funcionarial.**

Lo cierto es que se limita a relatar las supuestas vivencias y emociones negativas vividas con motivo de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales provocadas por el acto de exclusión del procedimiento selectivo, pero se trata de una experiencia subjetiva que *per se* no acredita la existencia de un daño moral, para cuyo reconocimiento es obligado desplegar una actividad probatoria adecuada que, en este caso, no se ha producido.

A la vista de cómo han sucedido los hechos, no se aprecia la existencia de un modo notorio ni evidente de un daño moral.

Es cierto que la situación se ha esclarecido después de transcurridos muchos años, pero es preciso realizar un análisis cronológico de los hechos, ya que dará luz sobre las circunstancias concurrentes, sin que lo sucedido sea exclusiva responsabilidad de la Administración.

En principio, es obvio que es la Administración la que dicta la Resolución de 5 de junio de 2001 del Director del IVAP, por la que se hacen públicos los resultados de los acuerdos de diversos tribunales calificadores relativos a los resultados definitivos del ejercicio práctico.

Pero **la mera carga de tener que recurrir en vía administrativa y jurisdiccional los actos de la Administración para que estos sea revisados, no prueba por sí misma la producción de un daño moral**; de lo contrario, siempre resultaría indemnizable.

También hay que decir que su situación jurídica quedó determinada por: (i) la Sentencia n.º 562 de 1 de julio de 2003, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el RCA 2338/2001, por la que se desestima su recurso, y (ii) el Auto del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2003 que declara desierto el recurso de casación preparado contra ella, al no formalizar el reclamante su escrito.

No es aventurado pensar que la decisión del reclamante de asumir y aquietarse al fallo judicial vino motivada por un hecho coetáneo, al haber sido nombrado funcionario de carrera de la Diputación Foral de … con efectos de 20 de junio de 2003, Administración en la que venía prestando servicios desde el 17 de diciembre de 2002, tras haber cesado por voluntad propia como interino de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Es más plausible ver, en la esfera del curso normal de los acontecimientos, una relación entre el desistimiento de la acción judicial y el nombramiento en la Diputación, al tener despejado su futuro laboral, que establecer esa relación causal entre la decisión de preparar las oposiciones a la Diputación Foral de … y su exclusión del procedimiento selectivo en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en tanto que podía haber seguido en activo como interino en esa Administración, pero decidió incorporarse a la Diputación, y todavía no existía un pronunciamiento de la Sala del TSJ respecto a su recurso, manteniendo intacta su confianza en que su pretensión sería finalmente atendida. Además, el esfuerzo que le supuso preparar tales oposiciones le reportó un claro beneficio, y no un daño.

Posteriormente, **cabría aceptar la existencia de un posible sentimiento de frustración en el reclamante, por no haber formalizado el recurso de casación**, al conocer el contenido de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2008, **pero atribuible a su voluntaria decisión de no interponerlo.**

La batería de iniciativas que desplegó a continuación resultaron infructuosas porque no eran jurídicamente viables, hasta que solicitó la revisión de oficio de la Resolución de 5 de junio de 2001 del Director del IVAP, con fecha 21 de febrero de 2013.

Pero como hemos argumentado anteriormente, la negativa de la Administración a la revisión fue razonada y razonable, así se deduce incluso de la Sentencia n.º 57/2017 de 18 de enero de 2017, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que ni siquiera le condena a las costas.

En ese momento, ni se encontraba en desempleo, o en una situación de inestabilidad laboral, ni desde luego ha probado que sufriera un padecimiento psíquico, o algún otro trastorno o dolencia de esa naturaleza.

Por lo que se refiere a su carrera profesional, al margen de cuáles hubieran sido sus legítimas expectativas, no llega a concretar exactamente qué oportunidades ha perdido, ni menos aún ha justificado que lo hayan sido por el acto anulado. Objetivamente, desde luego, no le ha impedido asumir responsabilidades del máximo nivel, incluso en el seno de la propia Administración a la que atribuye el menoscabo personal padecido, caso de las de Director de … o la de Delegado Territorial de …, puesto de libre designación que ocupa en la actualidad.

En definitiva, no contamos con datos objetivos para considerar que haya existido un daño moral, sin que la mera descripción de un estado de ánimo o la afirmación de que tuvo consecuencias perjudiciales en su vida laboral sea suficiente para darlo por acreditado.

DCJA 131/2018 pár. 81 a 99

B) Lucro cesante

Todo lo argumentado anteriormente nos deja nuevamente, por tanto, **ante una situación en la que el nuevo adjudicatario de un contrato, cuya adjudicación inicial ha sido anulada por la jurisdicción contencioso administrativa, reclama el daño provocado por el acto de adjudicación anulado**. Resultando asimismo que en la nueva adjudicación el margen de apreciación de la Administración era prácticamente inexistente, al imponer la sentencia anulatoria la aplicación del criterio adoptado en el expediente de contratación tramitado con anterioridad para ese mismo objeto. Dejan constancia de esta circunstancia tanto la Orden de la Consejera de Educación de 25 de abril de 2017, por la que se dispuso el cumplimiento de la Sentencia 516/2016, de 23 de noviembre de 2016, como la Resolución de la Viceconsejería de Administración y Servicios, de esa misma fecha, a través de la cual se produce la nueva adjudicación; en las cuales no se ha precisado ni exteriorizado una nueva valoración.

Tratándose de una adjudicación prácticamente automática, el daño originado a las empresas que forman la UTE ABA 2 resulta antijurídico y se dan, por tanto, las condiciones requeridas para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la cuantificación del mismo, **la empresa reclama** un total de 56.764,92 euros; **cantidad** a la que llega **tras detraer al precio por día resultante de la adjudicación** (188,65 euros), **el coste directo por día** (que cuantifica en 7,87 euros) **y multiplicarlo por el número de días que no ha podido prestar el servicio** (314 días).

Este cálculo resulta, no obstante, **excesivo, al computar como lucro cesante la casi totalidad del precio de adjudicación del contrato durante el tiempo en el que la UTE no prestó el servicio,** y no tiene en cuenta lo señalado anteriormente en este mismo dictamen sobre la referencia establecida en las reglas indemnizatorias establecidas en el marco de la legislación de contratos públicos. Tal y como hemos avanzado, el efecto económico "no puede ser distinto en lo que se refiere al licitador que habiendo sido reconocido como adjudicatario de un contrato no puede ejecutarlo, en contraposición al contratista que habiendo sido adjudicatario de un contrato, sufre el desistimiento de la administración".

La propuesta de resolución, pese a mostrar una postura desestimatoria, refuta también la cuantía indemnizatoria reclamada por la UTE y realiza un cálculo alternativo partiendo de un máximo indemnizatorio del 5 por ciento del importe correspondiente a los servicios no realizados que se corresponde con el beneficio industrial, pero esta Comisión, **tratándose de un contrato de servicios, considera más apropiado la aplicación del artículo 309.3**

del TRLCSP, según el cual en caso de desistimiento de la Administración el contratista tendrá derecho al 10 por ciento del precio de los trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

DCJA 157/2018 pár. 51 a 55

C) Otros gastos

En cuanto a **la posibilidad de incluir como gasto indemnizable el asesoramiento jurídico en vía administrativa**, la Comisión ha advertido (Dictamen 74/2006) que sobre este particular la jurisprudencia ha consolidado una doctrina (por todas, la STS de 18 de marzo de 2000), según la cual, en cuanto a **los gastos por la defensa jurídica de los derechos, cabe distinguir los ocasionados en vía administrativa de los derivados de la defensa en un proceso jurisdiccional.**

Los primeros pueden ser incluidos entre los conceptos abonables en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, **teniendo en cuenta la diferencia** ─acuñada por el Consejo de Estado─ **entre "gastos necesarios", que resultarán abonables en función de diversas circunstancias (índole de los daños, cualificación profesional del lesionado, tipo de iniciativas y actividades jurídicas desarrolladas o cuantificación de los honorarios…), y gastos solamente "útiles"**.

A los segundos, producidos en el marco de un proceso jurisdiccional, se les aplica el régimen específico de las costas procesales por lo que requieren un pronunciamiento judicial que impide su posterior reclamación en sede de responsabilidad.

En cuanto a los gastos por el asesoramiento jurídico en vía administrativa, ha de tomarse en cuenta, como ha señalado la Comisión, que "...sin negar la dificultad que entraña establecer en cada caso el papel del asesoramiento jurídico en vía administrativa, el elemento general que resumiría el criterio para su reconocimiento como gasto indemnizable sería el de su necesidad; entendiendo que esa necesidad existe cuando debido a la complejidad jurídica de la materia objeto de discusión, la posición en el procedimiento de la Administración y el interesado resultaría desequilibrada sin ese asesoramiento" (por todos Dictamen 221/2016).

En este caso, la Comisión aprecia que don JCM carece de cualificación en el ámbito jurídico (desarrolla funciones de …) y que, **atendidas las circunstancias del expediente disciplinario, su posición en el procedimiento fue debilitándose a medida que la discusión jurídica se complicaba durante la tramitación (en especial, cuando se sumó una nueva falta grave a la inicialmente imputada), por lo que el asesoramiento jurídico recabado puede ser considerado necesario –en el sentido antes expuesto–, sin olvidar tampoco que no parece aventurado sostener que dicho asesoramiento pudo contribuir a que el asunto no llegara a la vía jurisdiccional y pudiera solucionarse en vía administrativa**, lo que desde otra perspectiva, afianza su carácter necesario.

De igual modo, la Comisión considera que la acreditación de dicho gasto mediante la factura aportada es suficiente, sin perjuicio de que antes del abono de la cantidad se exija acreditar el efectivo pago de la misma.

Por todo lo cual, se estima que procede indemnizar a don JCM con la cantidad de cuatrocientos diecisiete euros con cuarenta y cinco céntimos (417,45 €) que deberá ser actualizada de acuerdo con lo establecido al efecto en el artículo 34 LPAC.

DCJA 84/2018 pár. 66 a 72

El tercer apartado de daños, por un importe de 12.963,66 €, se formula para el reintegro de **los gastos soportados por el recurrente en vía administrativa y en sede jurisdiccional hasta obtener el reconocimiento de su derecho una vez anulada la decisión contraria de la Administración demandada**.

Sobre este particular la Comisión ha advertido (Dictamen 74/2006) que la jurisprudencia ha consolidado una doctrina (por todas, la STS de 18 de marzo de 2000-RJ 2000/3077) según la cual, **en cuanto a los gastos por la defensa jurídica de los derechos, cabe distinguir los ocasionados en vía administrativa de los derivados de la defensa en un proceso jurisdiccional.**

(…)

En este caso, **deben excluirse los vinculados a los procedimientos administrativos, en tanto que don ASA posee la necesaria cualificación en el ámbito jurídico para formular los correspondientes recursos y solicitudes, siendo él mismo el que asumió su propia defensa.**

En cuanto a los gastos producidos en los procesos judiciales en los que han sido partes el reclamante y la Administración General de la Comunidad Autónoma, ha sido de aplicación el régimen del artículo 139 de la Ley 289/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo apartado 6 señala que las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil.

De acuerdo con el artículo 241 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LECiv), los desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia del proceso son gastos de este, mientras que las costas son la parte de aquellos que se refieren al pago de: (I) Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas; (II) Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso; (III) Depósitos necesarios para la presentación de recursos; (IV) Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso; (V) Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y pro-

tocolos públicos, que serán gratuitos; (VI) Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso y; (VII) La tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional, cuando sea preceptiva. No se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa abonada en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual. Tampoco se incluirá en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

Por ello, **deben también excluirse los vinculados a los procedimientos jurisdiccionales al traerse como objeto de la solicitud de indemnización gastos que se subsumen en las partidas correspondientes a las costas procesales**.

Por último, respecto a los 629,72 € que se reclaman por gastos indebidos asumidos por el pago a la Administración General del País Vasco, resta añadir que como queda acreditado en la documentación presentada por el propio reclamante, fueron sufragados con motivo de la imposición de costas por el Tribunal Supremo en el recurso de casación n.º 578/2011 tramitado contra el Auto de 12 de noviembre de 2010 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a raíz de su inadmisión.

Resulta por ello aplicable a tales gastos el régimen de las costas procesales y no cabe acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial para resarcirse de las impuestas por los tribunales.

DCJA 131/2018 pár. 100 a 110

En la reclamación, los conceptos y cantidades se expresan con la referencia del baremo previsto en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Se acompaña un informe suscrito por un especialista en valoración del daño corporal.

(…)

En cuanto a los gastos por la contratación de una persona para ayuda en el hogar desde el 2 de enero de 2017 hasta el 2 de marzo de 2018 (10.558,78 €) si bien se encuentran documentados, **no tienen amparo en concepto alguno del baremo**. En igual sentido, la cantidad de 87.426,40 € al responder a la estimación del **coste de la ayuda en el hogar durante los próximos diez años, comparte la misma falta de reflejo en el baremo, además de referirse a un daño que no reúne la nota de efectividad.**

DCJA 146/2018 pár. 53 a 59

Respecto de la indemnización solicitada, **el informe del inspector médico** se pronuncia favorablemente respecto del núcleo de lo pedido, pero **expone su parecer contrario a la inclusión de tres de los conceptos** para los que se solicita aquella: el **informe pericial presentado por la parte recurrente** (1.250 €), **las revisiones periódicas** con el odontoestomatólogo para higienes orales y aplicación de flúor cada 6 meses durante 3 años en la primera fase (420 €) y **las higienes orales** cada 6 meses hasta la finalización del tratamiento —4 años— (560 €).

Basa el inspector médico su negativa a considerar el importe del informe pericial de parte en que, "dado que no hubo negativa en ningún momento por parte del Hospital H1 en reconocer los hechos y ponerles remedio de común acuerdo con el odontólogo y los padres del menor, según se desprende de la historia clínica, no vemos la necesidad de recurrir a un perito odontólogo privado para explicar unos hechos y unas consideraciones que no necesitaban demostración ni defensa alguna, puesto que nadie las había negado ni puesto en cuestión".

Sin embargo, **la Comisión coincide con las consideraciones de la parte reclamante en cuanto que "el informe de valoración ha sido absolutamente necesario** para determinar el alcance y contenido de las secuelas así como el tratamiento a desarrollar y la cuantificación económica del mismo, y prueba de ello es que el Inspector Médico prácticamente lo ha ratificado en su totalidad (a excepción de limpiezas y fluoraciones)". En efecto, **la única descripción del tratamiento a desarrollar es la que efectúa el reclamante, que es aceptado de plano por el inspector, sin que conste en el expediente propuesta alguna de la Administración sanitaria en este sentido**. Por ello, debe incluirse también este concepto en la cuantía de la indemnización.

Para rechazar los costes correspondientes a las higienes orales y fluoración sostiene el inspector médico que "Tampoco podemos considerar como parte del tratamiento por los daños resarcibles las limpiezas o higienes dentales periódicas que se le hagan al niño de aquí a la finalización de sus tratamientos, ya que tales limpiezas son un tratamiento preventivo que se hace también a la población sana al menos anualmente, como vigilancia y prevención de cualquier enfermedad buco dental. Incluso están incluidas, si son tratamiento necesario, en el PADI del SVS Osakidetza hasta la edad de 15 años".

Es posible considerar que las higienes dentales forman parte del tratamiento preventivo ordinario que toda persona debe practicar al menos anualmente, pero no es menos cierto que en el presente caso se enmarcan dentro del tratamiento a desarrollar, formando parte del contenido del mismo, como argumenta el informe pericial de parte, que no ha sido contradicho en este extremo. Por ello, deben admitirse así mismo.

En consecuencia, la cuantía indemnizatoria procedente, a juicio de la Comisión, debe ser coincidente con la solicitada por la parte reclamante.

DCJA 172/2018 pár. 26 a 31

IV. Relación de causalidad

A) Concurrencia de causas

La reclamante considera que existe una responsabilidad concurrente de dos administraciones, la que gestiona la recogida de basuras, la Mancomunidad, **y la responsable de la pavimentación urbana y limpieza de aceras,** el Ayuntamiento de Bergara, **pero no llega a determinar**, a la vista de la competencia, interés público tutelado o intensidad de la intervención, **cuál es la cuota que les corresponde**.

En principio, procede considerar que esta es solidaria, fórmula general impuesta por el derecho de daños cuando no es posible determinar el alcance de las cuotas respectivas y acogida por el artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP).

En tales casos, **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. 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).

Por ello, nada impide la instrucción de este procedimiento, sin perjuicio de que mediante el mismo cabrá determinar si existe responsabilidad de la Administración y, en su caso, quién es la Administración responsable y en qué grado, si es que es posible individualizar las aportaciones al daño.

DCJA 3/2018 pár. 20 a 23

Reconocido así por el ayuntamiento el nexo de causalidad entre el daño sufrido y el funcionamiento de los servicios públicos —apreciación que la Comisión comparte—, **la propuesta estima, sin embargo, la concurrencia de responsabilidad de don JMAM en la producción del daño** "debido a que el reclamante vive en la misma calle donde se produjo la caída, por lo que conocía la zona y sus características debido a que constante pasaba por el referido lugar al tener el domicilio en sus proximidades. En este sentido, se ha de remarcar que el día en el que se sucedieron los hechos estaba lloviendo por lo que era previsible para el peatón que el pavimento estaba mojado y por ello debía extremar la precaución al caminar. Además también existe acera convencional con baldosa que podía haber sido utilizada".

La Comisión no comparte esa apreciación ya que imputar a quien sufrió un daño su concurrencia a la producción del mismo basándose en su conocimiento del terreno por habitar en las inmediaciones implica un apriorismo desconectado del caso y de las acciones realizadas por dicha persona. Hace falta una evidencia mayor, siquiera sea indiciaria, de que el reclamante omitió las precauciones exigibles a todo viandante en su deambular, cuya omisión o cumplimiento descuidado podría hacer aparecer la concurrencia

en la producción de aquel. Del expediente no se desprende evidencia alguna (al margen de la cercanía del domicilio) que apunte en esa dirección y, por el contrario, la omisión municipal en el mantenimiento de la acera es palmaria, como así lo ha reconocido el propio instructor del expediente.

DCJA 90/2018 pár. 34 a 35

B) Conducta de la víctima o de terceras personas

La reclamante, en su sintético escrito, **alega la concurrencia de una culpa *in vigilando*, al cometerse el delito en una zona de exclusivo acceso a menores llamado *txoko*, sin que funcionaran adecuadamente los controles establecidos por el ayuntamiento.**

No ofrece dudas que la agresión sexual se produjo en las dependencias del centro cívico y, aunque los abusos se perpetraron en los aseos y no en el *txoko*, tuvieron en este su escenario preparatorio.

Si bien en la actualidad se subraya la importancia de la amenaza que supone el "embaucamiento de menores" con fines sexuales por medios tecnológicos, fundamentalmente en el contexto de las redes sociales, se debe combatir con idéntica energía el embaucamiento que se desarrolla en presencia o cerca del menor, cuando va acompañado de actos materiales encaminados al encuentro sexual.

Tampoco ofrece dudas que **los daños morales padecidos por el menor devienen de unos hechos de los que es responsable su autor, sin que exista relación de este con la Administración municipal, ya que no es empleado o monitor a su servicio**.

Ello no obstante, el curso causal ha podido verse alterado por la inactividad de la Administración.

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 [SSTS 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].

Cuando existe una actividad de tercero, que además ha merecido reproche penal, y una alegada inactividad de la Administración debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial señalado en la STS de 17 de marzo de 1993 (RJ 2037):

> La intervención de tercero en la producción de los daños es ya un problema clásico en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el cual la jurisprudencia de este Tribunal no tiene una solución definida, sino una constante invocación a respuestas puntuales e individualizadas, subordinadas a las circunstancias específicas y peculiares de cada caso concreto, sin duda para evitar que formulaciones excesivamente generales puedan acarrear en el futuro consecuencias indeseadas o excesivas. Esta prudencia judicial se acrecienta en los casos en que los daños se achacan a la pura inactividad de la Administración, porque siendo cada vez más, y cada vez más generales, los fines que el ordenamiento jurídico asigna a ésta, y ordenado constitucionalmente que los sirva "con eficacia" [art. 103-1 de la Constitución)], la responsabilidad patrimonial de la Administración podría alcanzar una expansión gigantesca si se admitiera que nace en todos aquellos casos en que la Administración no cumple con eficacia los fines que le señala el ordenamiento jurídico (v.g. persecución de los delitos, cuidado del medio ambiente, ordenación del tráfico viario, organización de servicios sanitarios, etc.), aunque sea una persona extraña y conocida quien haya desencadenado el proceso causal (v.g. quien ha cometido el delito del que se derivan los daños, o quien ha realizado el acto contaminante que los ha producido, etc.). El relativismo o casuismo de la materia, en los casos de meras inactividades de la Administración, acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido originado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado.

A este efecto, el examen de la relación de causalidad entre el daño y la inactividad de la Administración en la prevención de situaciones de riesgo ha de dirigirse a dilucidar, como se señala en la STS de 7 de octubre de 1997 (RJ. 7393) "... si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo". Aportándose, en la propia sentencia, el siguiente criterio metodológico: "...Para sentar una conclusión en cada caso hay que atender no sólo al contenido de las obligaciones explícita o implícitamente impuestas a la Administración competente por las normas reguladoras del servicio, sino también a una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa".

Pues bien, valorando los hechos que se describen en la sentencia penal condenatoria, se concluye que no puede atribuirse la responsabilidad de lo sucedido al funcionamiento del servicio público.

La propuesta de resolución descarta que exista un nexo causal entre los daños y el funcionamiento del servicio público porque ni se han adoptado medidas indebidas que hubieran provocado el daño ni se han omitido las medidas exigibles con las cuales el daño no se hubiera producido — "que mejor prueba de que se prestaba la atención necesaria a los posibles incidentes son las medidas adoptadas en este caso y descritas en el informe del Jefe del Servicio de Centros Cívicos, no habiéndose determinado qué otra actuación era exigible en ese contexto que, de haberse adoptado, hubiera eliminado el daño. La forma de canalizar el asunto no puede tildarse de inadecuada desde el punto de vista de prevención, aunque finalmente no se evitara el daño referido"—.

Tal manera de razonar es acorde con la doctrina sentada por esta Comisión, considerando que, a partir de una concepción estrictamente jurídica de la causalidad, no puede recaer sobre la Administración pública la obligación de reparar cualquier daño que acontezca en dependencias de la Administración o se produzca en el ámbito de un servicio público. Quiere ello decir, en definitiva, que no todo evento lesivo ocurrido durante la prestación de un servicio público resulta automáticamente atribuible a su funcionamiento en términos de responsabilidad.

En estos casos el presupuesto necesario es que el funcionamiento del servicio público opere, de forma mediata, como un nexo causal eficiente (por todas, SSTS de 8 de octubre de 1986-RJ 5663 y 11 de febrero de 1987-RJ 535).

En la STS de 13 de septiembre de 2002 (RJ 8649), dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina, el alto tribunal recoge lo que ya había declarado en su Sentencia de 5 de junio de 1998 (RJ 5169): "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico".

Y reitera asimismo lo declarado en la STS de 13 de noviembre de 1997 (RJ 7952): "Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla".

Pues bien, en el supuesto objeto de dictamen hay que señalar que no existe en el expediente ningún elemento que permita establecer el pretendido nexo causal con el funcionamiento del servicio público.

En este caso, hay que empezar por advertir que, por las características del espacio común, el propio Reglamento de los centros cívicos dispone en su artículo 11 que "por razones de seguridad, los niños y niñas menores de 8 años deberán acceder a los Centros Cívicos e instalaciones deportivas en compañía de una persona mayor de 18 años y bajo su responsabilidad, salvo que acudan para asistir a cursos o talleres, o bien formando parte de centros escolares, clubes o grupos organizados, que ya cuenten con su propio personal responsable de la actividad".

Eso no quiere decir que los responsables del centro y monitores no deban tener en cuenta la presencia de menores, ni lo que ello significa, si estos acuden asiduamente a sus instalaciones.

En general, los poderes públicos tienen que velar por la protección de los menores, tanto la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación par-

cial del Código Civil y de la Ley de enjuiciamiento civil (LOPM), como la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia (LAPIA), así lo demandan.

Según el artículo 14 de la LOPM, las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor o, cuando sea necesario, del Ministerio fiscal.

Entre los principios de actuación que rigen la intervención de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el ejercicio de sus competencias de atención a la infancia y la adolescencia, el artículo 5.i) de la LAPIA incluye el de "Prestar especial consideración a los casos en los que los niños, niñas o adolescentes sean víctimas de delitos y adoptar las medidas de apoyo y protección que resulten más adecuadas".

Desde una perspectiva más general, el artículo 263 de la Ley de enjuiciamiento criminal prevé que "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante".

En este caso, hay que partir de la idea de que **el *txoko* se encuentra ubicado en la sala de encuentro del centro cívico, espacio de uso libre y abierto a personas de diferentes edades y condiciones, que cuenta con zonas de lectura de prensa y revistas, zona de juegos, zona infantil familiar (el llamado *txoko*) y espacios de comunicación. Por ello, la presencia de personas mayores en dicha sala no constituye infracción reglamentaria alguna**; tampoco lo es que se encuentren en la zona infantil familiar porque, presumiblemente, serán los acompañantes de los menores, los padres o madres, familiares o personas de confianza de estos.

En segundo lugar, **en cuanto los profesionales del centro tuvieron noticia del comportamiento un tanto extraño de la persona, generando "fundadas sospechas" de que los menores que le acompañaban podrían resultar víctimas de abusos sexuales, estas fueron inmediatamente comunicadas a la policía**, el mismo 16 de diciembre de 2015, tal y como refleja el responsable de los centros cívicos, **poniéndose en práctica con inmediatez una serie de medidas para vigilarle** durante su estancia en el centro cívico.

De hecho, la segunda agresión, el 23 de diciembre de 2015, duró unos pocos segundos al acudir un oficial de control del centro.

No se aprecia, por tanto, que se hayan infringido posibles deberes organizativos, ni que existiera una pasividad en la actuación de los empleados públicos, no llegándose a concretar qué defecto se cometió qué, en el caso de que no se hubiera producido, podría haber servido para evitar las agresiones.

Desde luego el celo en la persecución de este tipo de comportamientos intolerables debe ser el máximo, pero, por desgracia, las personas que están en contacto con menores no pueden actuar para combatirlos si desconocen o carecen, por lo menos, de indicios de que tales abusos sexuales se pueden producir o se están produciendo (cuestión extremadamente delicada que exige operar sobre una base mínima).

En definitiva, la Comisión no encuentra motivos para apreciar que el servicio haya incumplido con su deber de proteger a los menores; al contrario, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, cuando tuvo algún indicio de un caso de abusos sexuales, adoptó las medidas apropiadas.

En este asunto, los abusos se producen "con ocasión" del servicio, en los que este es un mero escenario, y son, por tanto, ajenos al mismo, y no "como consecuencia" del servicio, por lo que no son imputables a la Administración.

Expuesto cuanto antecede, la Comisión considera que no existe responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz al no haber quedado determinada la relación de causalidad del funcionamiento del servicio con el daño moral alegado.

DCJA 51/2018 pár. 37 a 65

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

En el presente caso, sin embargo, la víctima del daño no es un alumno, sino una maestra; agente activo y protagonista esencial en la prestación servicio público educativo.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto daño sufrido por un funcionario público en el marco del servicio al cual se encuentra adscrito y el que desarrolla su función de naturaleza pública, lo que conduce la reclamación hacia la doctrina prevista para los daños sufridos en "actos de servicio".

Aplicando esa doctrina, la Administración educativa propone rechazar la reclamación al adoptar el criterio (citando sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007, 23 abril de 2008, 29 de mayo de 2009, 29 de octubre de 2010 o 5 de abril de 2011) según el cual, en el caso de funcionamiento normal, el servidor público ha asumido 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.

Conforme a esta doctrina, en el caso de funcionamiento anormal del servicio público, se debe discernir si la deficiencia o anormalidad es consecuencia exclusivamente de la propia actuación del servidor o funcionario público, en cuyo caso su misma con-

ducta sería la única causante del daño o perjuicio sufrido, con lo que faltaría el requisito del nexo causal, requerido para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración. De la misma forma que si la deficiencia o anormalidad del servicio obedece a otros agentes, con o sin la concurrencia de la conducta del propio perjudicado.

A juicio del departamento implicado, el daño invocado por el reclamante es consecuencia de un hecho accidental, subsumible dentro del nivel de riesgo ordinario con que se desarrolla la actividad docente en aulas donde existen alumnos con necesidades especiales y que los profesionales de la docencia deben asumir como algo inherente a su actividad, de tal modo que no puede considerarse que dicho perjuicio revista la condición de antijurídico.

La Comisión, sin embargo, considera que tal argumento supondría asumir que entre los riesgos "normales" a los que deben hacer frente los profesionales de la educación se encuentra el de la agresión con lesiones graves por parte de sus alumnos; **planteamiento que esta Comisión no comparte**, a la vista de los argumentos que a continuación analizaremos. Cuestión distinta es quién y sobre la base de qué título de imputación debe ser resarcido el profesional de la educación que sufre esa agresión.

Como señala el Consejo de Estado en su dictamen 221/2009, de 16 de abril de 2009, la Administración tiene el deber de proteger a sus servidores de las eventuales consecuencias lesivas que el funcionamiento del servicio pueda ocasionarles.

En el presente caso es evidente que, dada la edad del agresor —9 años— y sus características personales específicas —calificado como de necesidades educativas especiales—, no puede imputarse a este la responsabilidad resarcitoria por el resultado dañoso producido. Por otro lado, aunque no resulte necesario, sí parece conveniente recordar que la educación primaria forma parte de la educación básica y es de carácter obligatorio (artículos 3.3 y 4.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación).

Tampoco consta en el expediente si la interesada ha recibido o no algún tipo de indemnización por este suceso, dentro del sistema propio de protección a los funcionarios públicos, más allá de las prestaciones sanitarias, y de las retribuciones a las que tiene derecho en situación de incapacidad laboral, pero no parece deducirse del expediente que haya recibido ninguna otra compensación resarcitoria.

Partiendo de lo anterior, constatada la realidad de un daño, esta Comisión considera que la reclamante no tiene el deber de soportar el daño producido por la agresión y, en este caso, la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración aparece viable como subsidiaria para lograr satisfacer el principio de indemnidad, al cual el empleado público también tiene derecho cuando resulta ser víctima de un daño antijurídico en el desempeño de sus funciones.

La reclamante ha acreditado que ya venía advirtiendo sobre la situación del menor: preocupante y fuera de control. Incluso aporta el último escrito dirigido tanto al Delegado Territorial de Educación de … y al Inspector Jefe de Educación del mismo territorio, en el que se advierte de

la gravedad del caso en cuestión y de la necesidad de adoptar medidas antes de ocurrir algo más grave, como finalmente ocurrió.

La dirección del centro educativo también confirma que las respuestas agresivas del alumno se producían constantemente en forma de patadas, mordeduras, arañazos, etc. Anteriormente, también había agredido de forma más leve a profesoras, *hezitzailes* y equipo directivo.

Aunque todo ello se había puesto en conocimiento de todas las instancias interesadas o afectadas (Delegación Territorial de Educación, Inspección educativa, Berritzegune, equipo de psiquiatría de … y la familia), estas circunstancias, puestas en conexión con los hechos posteriormente producidos, acreditan la insuficiencia de los medios adoptados para proteger la integridad de la profesora y resultan suficientes para que, como señala el Consejo de Estado en los dictámenes 408/91, de 9 de mayo, 53.971, de 15 de febrero de 1990, o 635/2011, de 2 de junio de 2011, se pueda atribuir a la Administración el resultado lesivo por concurrir un título específico, al margen de la producción del daño en acto de servicio. Tal y como se ha expresado en los citados dictámenes y en otros, "si en el cumplimiento de un servicio público se sufre un daño o perjuicio económico (...) y no es reparado por otros medios (...), será la Administración la que se encuentre en el deber de reparar tales consecuencias económicas, siempre que el daño o perjuicio no se deba a la conducta del propio perjudicado".

Al amparo de esta doctrina, el Consejo de Estado ha entendido, como decimos, que es posible la aplicación de este régimen general en el caso de los servidores públicos cuando concurra un título específico en su pretensión, y en ese sentido se ha pronunciado a la hora de analizar las reclamaciones de responsabilidad presentadas por funcionarios que sufrieron daños durante la prestación del servicio, en supuestos como los derivados de la exposición constante de un militar al amianto (dictamen 2.295/2007, de 7 de febrero de 2008), la realización de prácticas de tiro con material en mal estado (dictamen 1.642/2005, de 1 de diciembre de 2005), los atropellos negligentes (dictamen 2.473/2006, de 1 de febrero de 2007), las lesiones causadas por un disparo durante el desarrollo de las prácticas (221/2009, de 16 de abril de 2009), los daños causados por el accidente sufrido por un helicóptero averiado (dictamen 2.174/2010, de 25 de noviembre de 2010) y las consecuencias de los accidentes debido al mal estado de las instalaciones públicas (dictámenes 478/2008, de 30 de abril de 2008, y 1.999/2010, de 14 de octubre de 2010).

Incluso el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de abril de 2008 —citada en la propia propuesta resolutiva aunque, sorprendentemente, para justificar su postura denegatoria—, reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración en un accidente sufrido en acto de servicio, tras comprobar que la causa del accidente fue el deficiente estado de un neumático del vehículo en el que el empleado público desarrollaba su función. En ese caso, el Tribunal consideró que no estaba acreditado que entre las particulares obligaciones del empleado estuviera la de revisar el neumático que había sido rectificado y que había de suponerse que, en principio y aparentemente, no presentaba señal de peligro.

De igual manera, en el presente caso tampoco la Administración ha acreditado que entre los riesgos asociados a la función desempeñada por la reclamante se encuentre el de una posible agresión de esta naturaleza y con los conocidos efectos.

La Comisión estima, en definitiva, que en el presente caso sí se dan las condiciones necesarias para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

DCJA 14/2018 pár. 28 a 44

D) Título de imputación

La propuesta de resolución desestima la reclamación aludiendo a la titularidad privada del lugar de la caída, considerando que, "al no ser el Ayuntamiento de Getxo titular del espacio causante del supuesto daño, no existe responsabilidad patrimonial de este Ayuntamiento por los daños que manifiesta haber sufrido la señora …".

En efecto, ha quedado acreditado mediante el informe del Servicio de Patrimonio y Vivienda que el espacio comprendido entre los números … y … de la calle … es de titularidad privada, si bien, tal y como hemos señalado en otros dictámenes (p. ej. 158/2008 o 183/2010), ese solo dato no permite clarificar la situación jurídica del lugar donde se produce la caída, ni servir para exonerar *a límine* la responsabilidad municipal cuando, como trasladan las fotografías, para las personas que caminan se trata de una zona de tránsito abierta al paso de peatones sin restricción alguna.

Como decimos, **la titularidad privada del terreno carece de la virtualidad exoneradora de la responsabilidad municipal porque tratándose el lugar de uso público peatonal, ya sea este de titularidad pública por ser espacio libre de cesión obligatoria, ya fuere espacio privado de uso público, es al ayuntamiento a quien corresponde el control de la disciplina urbanística, para lo cual dispone además de los medios de autotutela.**

Para confirmar lo anterior basta con añadir que con posterioridad al accidente se ha tratado de resolver el desnivel provocado por la existencia del resalte incorporando una pequeña rampa de mortero de cemento que lo suaviza; trabajo que, a tenor de lo señalado en el informe pericial presentado por la reclamante, ha sido ejecutado a instancia del propio ayuntamiento.

La reclamación presentada se desenvuelve, por tanto, en el ámbito de la competencia que los municipios ostentan en materia de pavimentación de las vías públicas urbanas [artículos 25.2.d) y 26.1.a) de LBRL], al objeto de garantizar unas condiciones objetivas de seguridad para el tránsito de vehículos y de personas. El artículo 17.1.16) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, también señala que dicho ámbito material constituye competencia propia de los municipios.

DCJA 60/2018 pár. 19 a 23

V. Responsabilidad patrimonial por sectores

A) Dilaciones procedimentales indebidas

En el asunto que analizamos**, lo realmente relevante no es la razonabilidad o no del acto finalmente corregido sino la fecha en que dicha corrección se produce**. Interpuesto el recurso de alzada en plazo (el 13 de febrero de 2015), y redactada propuesta de resolución estimatoria (Propuesta de Resolución del Vicerrector de Personal Docente e Investigador de 18 de junio de 2015), en la que se modifican las puntuaciones en aplicación del baremo establecido, al haberse separado la Comisión de Evaluación de las reglas establecidas por las bases de la convocatoria, la resolución estimatoria no se adopta sin embargo hasta mucho tiempo después (Resolución de 18 de abril de 2017 de la Vicerrectora de Personal Docente e Investigador de la UPV/EHU).

Habría que excluir que existe antijuridicidad en la actuación de la Administración en el caso de que dicha resolución se hubiera dictado en junio de 2015, como estaba inicialmente previsto, aun cuando se hubiera superado el plazo máximo de tres meses establecido por el artículo 115.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, para dictar y notificar la resolución expresa del recurso de alzada (vigente entonces).

Ello por cuanto que se habrían activado los mecanismos ordinarios de depuración de los actos administrativos que se van dictando a lo largo de un procedimiento selectivo, que constituyen una carga general en dicho procedimiento inherente a un sistema en el que deben articularse importantes garantías no sólo en beneficio de la Administración sino en el de todos los participantes en el procedimiento selectivo al tener que preservarse el derecho fundamental de igualdad en el acceso a las funciones públicas (convocatorias, listas de admitidos y excluidos provisionales y definitivas, nombramiento de Comisiones de Evaluación, valoración de méritos, listas provisionales de aspirantes seleccionados, reclamaciones, listas definitivas, recursos), sin que, en tales casos, proceda el reconocimiento de indemnización alguna por la regular actuación de la Administración.

Pero no es eso lo que ha sucedido, sino que, como ya hemos señalado, **la resolución del recurso de alzada se ha demorado más de dos años y dos meses.**

Antes que nada, en el ámbito específico de las dilaciones indebidas debemos atender a una ya consolidada doctrina de esta Comisión (Dictamen 16/2005 y los allí citados), cuyos principios generales se resumen en los siguientes:

a) La calificación de dilación indebida constituye un concepto indeterminado y no está ligada directamente a la duración total del procedimiento, ni a los plazos parciales (sin menoscabo de su obligatoriedad jurídica), sino que ha de estarse a las circunstancias del caso concreto.

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

c) Debe atenderse a la razonabilidad de los retrasos, en virtud del estándar aplicable al actuar administrativo en el ámbito de que se trate, aplicado en las circunstancias específicas de cada caso: complejidad del procedimiento, duración de procedimientos similares, la conducta de la persona afectada y la de la Administración, y la relevancia de los intereses en juego.

Ha de resaltarse que la posibilidad de reclamar a la Administración la indemnización de los daños y perjuicios causados por retraso ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (Sentencia ─STC─ 26/1994, de 27 de enero, FJ 3) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia ─STEDH─ de 31 de marzo de 1992), pero sólo puede decirse que el particular no tiene obligación jurídica de soportar el daño cuando el retraso es injustificado, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SSTS de 2 de octubre de 1985-Arz. 4535, 10 de junio de 1985-Arz. 320/1986, 14 de diciembre de 1988-Arz. 9958 y 21 de marzo de 1991-Arz. 2404, entre otras).

De este modo, **solo cuando, tras la valoración de dichas circunstancias, se deduzca que la dilación del procedimiento puede calificarse como irregular u anormal habrá que concluir que los daños derivados de la misma son imputables a la Administración.** En caso contrario, si el retraso es adecuado a las circunstancias y la razón del mismo se encuentra plenamente justificada, no existe lesión en el sentido técnico jurídico, debiendo el interesado soportar los daños causados por la paralización del procedimiento.

Pues bien, aun aceptando que la demora ha sido debida al procedimiento de revisión de oficio emprendido, lo que es indudable es que ello ha supuesto que el reclamante se ha visto privado durante ese tiempo del derecho a cubrir la plaza convocada.

En ese contexto, no podemos ignorar, de un lado, que la revisión de oficio es un cauce excepcional para dejar sin efectos un acto plenamente válido, y, de otro, que si la propia universidad acudió a dicho procedimiento, fue porque previamente había dictado un acto provisional y luego definitivo reconociendo el derecho a la participación del reclamante, acto que gozaba de la presunción de acierto, veracidad y legalidad, propia de los actos administrativos.

En ese sentido, **la dilación fue debida a un cuestionamiento de la Administración de la legalidad de su propia actuación, que no habría tenido que producirse porque, si realmente consideraba que el reclamante carecía del requisito de titulación para tomar parte en el proceso, lo tenía que haber excluido en su momento (lo cual se ha revelado también equivocado).**

En definitiva, valoradas todas las circunstancias, considera la Comisión que el reclamante no debe soportar las consecuencias de la actuación de la Administración, que acepta su participación en el proceso y posteriormente la cuestiona a través de una vía extraordinaria, en el momento en el que además debe proceder a la adjudicación de la plaza en su favor.

En lo que se refiere a la existencia de daño, puede decirse que esa dilación indebida ha impedido que el reclamante ocupara la plaza de profesor asociado pese a ser acreedor de la misma, materializándose un daño por el que podría ser resarcido.

Existe una relación directa entre el hecho causante —la demora en la resolución del recurso de alzada— y la situación jurídica resultante —la imposibilidad o la demora en la prestación de los servicios—, lo que acarrea un detrimento patrimonial —la ausencia de retribución— que el reclamante no debe soportar.

DCJA 174/2018 pár. 44 a 56

B) Función pública

En el presente caso **la reclamante manifiesta que** mediante la citada Resolución 3792/2008 **se convocó concurso de traslados del grupo profesional de diplomados sanitarios, en el que solicitó tomar parte, siendo excluida por no ser estatutaria fija**.

Ante dicha exclusión reclamó alegando su condición de "laboral fija desde el año 1988 y Especialista en … desde el año 1986, que llevo trabajando 20 años consecutivos en …, de ellos los últimos 18 por un concurso de traslados en el centro de … de …. Además soy tutora de … y vocal en la Comisión de Formación de las especialistas en …. Adjunto notificación en la cual consta mi puesto funcional como Enfermera de … (a fin de que tenga todos los requisitos que requiere el concurso de traslados)".

En base a lo anterior, entiende que su exclusión del "concurso traslados le privó de su derecho a trabajar en el centro de salud de … durante todo el tiempo indicado en el presente escrito (desde el 21 de septiembre de 2009 hasta el 17 de febrero de 2017). Incluso, cuando se le reconoció por sentencia judicial derecho a ser incluida en el concurso, la valoración de la puntuación realiza por Osakidetza en cumplimiento de la sentencia dictada se hizo de manera incorrecta —únicamente se le reconocieron los servicios que, casualidad, le privaban de la plaza finalmente asignada— obligando a la reclamante a presentar una nueva demanda ante el juzgado, que dio lugar a una nueva sentencia. Osakidetza lejos de aquietarse, recurrió la misma alargando aún más en el tiempo su derecho a ocupar la plaza finamente asignada. Recurso que fue finalmente desestimado".

Considera que la actuación de Osakidetza supone una conducta que la reclamante no tiene la obligación de soportar. Entiende que nos encontramos ante una potestad reglada que mediante la aplicación de datos objetivos debió conllevar la declaración del derecho de la reclamante a que se le reconociera el puesto de trabajo finalmente asignado. En el presente caso, el dato objetivo era la mera constatación de que el puesto funcional que la reclamante tenía adjudicado, reconocido por la propia Osakidetza, era un puesto que le permitía participar en el concurso de traslados. Al respecto cita el fundamento segundo de la Sentencia 523/2010, que señala:

> Sentado lo anterior, la base de la convocatoria que nos ocupa, 2.2. en cuanto a requisitos establece lo siguiente: 2.2.1 encontrarse en uno de estos supuestos a) estar adscrito a cualquier organización de servicios sanitarios de Osakidetza, bien como personal es-

> tatutario con nombramiento en propiedad, bien como funcionario de carrera, o bien con sujeción a un contrato laboral fijo como personal de la misma categoría que el destino que se opta
>
> Pues bien, como acredita la documentación obrante en el expediente administrativo y en concreto la aportada con el escrito de demanda, la recurrente ostenta la condición de personal laboral fijo en la categoría de enfermera de … y así se lo notificó la propia demandada, en el documento de notificación del puesto funcional, siendo éste el requisito exigido en las bases de la convocatoria, por lo que deberá prosperar el recurso interpuesto.

También manifiesta que, respecto a la discrepancia en cuanto a la concreta valoración de la puntuación que le correspondía, la Sentencia 386/2016 del TSJPV, en su fundamento de derecho cuarto, expresa que:

> Hemos de destacar el hecho de que la demandante es diplomada en … desde el año 1986, tal y como reconocen ambas partes. No obstante, dicha especialidad fue sustituida por la diplomatura en … por el Real Decreto 405/2005. De hecho, este ofrecía a los diplomados en … (como Doña MJBA) la posibilidad de un cambio automático de titulación. A esta posibilidad se acogió la recurrente. De tal modo que, tal y como reconocen las partes, la demandante cuenta con la titulación adecuada. De lo que se trata, es de analizar si antes de enero de 1992 venía prestando o no servicios como enfermera de …. Pues bien, doña MJBA ha acreditado que antes de ese momento prestó servicios en hospitales … (como lo son el de … y el de …) y ellos en su condición de diplomada en … (equivalente actual diplomatura …).
>
> A partir de ahí, Osakidetza se ha limitado a negar que la demandante prestará servicios como enfermera de …, pero sin especificar cuáles eran los servicios que prestaba en tales centros …. Y dado que la demandante trabajaba como diplomada en … en centros de …, resultaba vital que la administración recurrente explicará cuáles eran los servicios prestados por aquella que, según su criterio, no serían los propias de una enfermera de …. Por lo demás y tal y como se expresa en la sentencia de instancia, resulta indiferente el hecho de que la demandante no participará en el concurso convocado en el año 2006. Ya hemos visto que las bases de la convocatoria de 2008 únicamente exigían, para el cómputo de los servicios, que estos se hubieran prestado en la misma categoría que la del destino anterior. Por tanto, no hay ningún motivo para no computar los servicios prestados como diplomada en …, habida cuenta de que es el equivalente a la actual titulación. Se trata por tanto, de una discriminación arbitraria e injustificada por parte la administración hacia doña MJBA.

Por ello considera que la sentencia deja patente que Osakidetza negaba a la reclamante la puntuación por unos servicios como enfermera de …, pero curiosamente no explicaba qué tipo de servicios prestaba en estos hospitales ….

Los motivos para justificar la actuación administrativa los indica la representación de Osakidetza en el recurso de apelación contra la Sentencia 533/2010. Señalan que la argumentación jurí-

dica descansa en el artículo 6 del Decreto 186/2005, de 19 de julio, por el que se regulan los puestos funcionales de Osakidetza; en el artículo 28.2 de la Ley de ordenación sanitaria de Euskadi, y en el anexo I del citado decreto, que dentro del grupo de diplomados sanitarios distingue entre el puesto funcional de enfermero/a y el puesto funcional de enfermero/a de ….

Relacionado con ello, expone que:

> El error de la juzgadora de instancia al confundir puesto funcional y categoría, e interpretar también de forma errónea que por el hecho de que se notifique a la recurrente que el puesto funcional que ocupa tiene la categoría de "enfermera de …", automáticamente la categoría su nombramiento pasa a ser también de …, cuando esto no es así, ya que de la documental aportada en el juicio, resulta que la demandante tenía un nombramiento en origen de categoría de ATS —obtuvo el nombramiento como personal laboral fijo en la categoría de ATS con destino en el Hospital …, y posteriormente por concurso de traslados, fue adscrita a una plaza en el Centro de salud … de …— y no de enfermera de ….
>
> Esta situación se produce al crearse en el año 2005 la categoría de enfermera de … que anteriormente no existía. Entonces, se notificó a los enfermeros que llevaban años trabajando en hospitales … o centros de …, que sus plazas pasaban a ser de la nueva categoría …, y que se les respetaban las plazas que ocupaban como derechos adquiridos, siempre que no se movieran de las mismas.
>
> Cuestión muy diferente es pretender participar en un concurso traslados, sin cumplir el requisito de la categoría, ya que aunque dichas plazas pasan a ser consideradas como de …, las personas que las ocupan tienen un nombramiento originario como ATS, y si quieren optar al concurso traslados, deberían hacerlo a través de una promoción interna para obtener la categoría que realmente no ostentan, aunque realicen el desempeño de las funciones que le son propias. De hecho, la categoría de enfermero de … necesita de una titulación específica como se regula en el Decreto 405/2005.

La Sentencia 533/2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo ya reseñada sostenía que las bases de la convocatoria son la ley del concurso y marcan las reglas de juego que vinculan a todos los órganos administrativos intervinientes en el proceso y que tienen que ajustarse a lo en ellas dispuesto. El juzgador entendía que la recurrente cumplía el requisito contemplado en la convocatoria de ostentar la condición de personal laboral fijo en la categoría de enfermera de …, por lo que no había motivos para su exclusión.

Por su parte, la sentencia del TSPJV que confirma la anterior, después de exponer la normativa vigente al respecto, rechaza la argumentación de Osakidetza al considerar que no otorga la debida relevancia a dos circunstancias, a saber:

> la primera que el puesto de trabajo de ATS del Centro de …, que la apelada ha venido ocupando desde el año 1992 y ocupaba a la fecha de la publicación de la convocatoria, se ha reconvertido, tras la aprobación del Decreto 168/205, de 19 de julio, en el puesto funcional denominado "enfermero/a de …", de la organización de servicios de …, categoría enfermero/a …, grupo titulación B, grupo profesional B1, modalidad de provisión

concurso y perfil lingüístico 2, así se define el perfil profesional requerido para su desempeño en el documento “notificación del puesto funcional”.

Este documento se corresponde con la notificación individualizada del puesto funcional a la recurrente, dando cumplimiento a lo establecido en la Disposición adicional quinta del Decreto 186/2005 en cuya virtud “se procederá de oficio a la adecuación de los puestos funcionales conforme la clasificación aprobada en el presente Decreto de los puestos funcionales actualmente desempeñados por el personal fijo e interino, que ocupe puestos de la plantilla estructural de Osakidetza,…,. Dicha adecuación será notificada individualmente y la misma deberá ajustarse a los criterios de clasificación regulados en la Ley de Ordenación Sanitario y en el presente Decreto”.

Y la segunda, que doña MJBA si bien en el momento de formalización de su contrato como personal laboral fijo con Osakidetza el 6 de agosto de 1988 para la cobertura de puesto de trabajo en el Hospital … de …, e igual a la fecha del segundo nombramiento, no poseía la especialidad de “enfermero/a de …” inexistente en esa fecha, al regularse “ex novo” en el Decreto 405/2005, de 22 de abril, en el año 2005 obtuvo el título oficial de especialista en enfermería de …, de conformidad con la disposición adicional segunda, apartado 3 de ese Decreto, al hallarse en posesión de la especialidad en …, creada por Decreto 3193/1970, de 22 de octubre, que el apartado primero de la misma Disposición suprime, así lo acredita el título expedido el 12 de noviembre de 2005 por la Ministra de Educación y Ciencia.

A estas dos circunstancias debe necesariamente responder la atribución a doña MJBA de la condición de titular de la plaza nº …, correlato del puesto funcional “enfermero/a …”, con relación de empleo laboral, en el esencial documento “notificación de puesto funcional” que en este recurso pretende ignorar Osakidetza, contraviniendo sus propios actos.

En cuanto a la segunda cuestión objeto de controversia, los motivos del no cómputo de los servicios previos a enero de 1992, lo expone la representación de Osakidetza en el recurso de apelación a la sentencia de instancia. Según argumentan, esta conclusión se extrae de las propias bases de la convocatoria y de los baremos de méritos en los que solo se computan los servicios prestados en la misma categoría que la del destino solicitado, por lo que no se le han computado los periodos desempeñados en puesto de ATS o enfermera hospitalaria. También manifiestan que las bases generales de la OPE de 2006 permitían vincular los servicios prestados en una categoría que hubiera sido objeto de modificación normativa, sin embargo este cómputo de la experiencia profesional no se recogía en el concurso de traslados de 2008.

La postura judicial ante los argumentos esgrimidos por Osakidetza ha quedado reflejada anteriormente. El TSJPV considera la existencia de una discriminación arbitraria e injustificada por parte la Administración hacia doña MJBA. Ello basado en que no encuentra en las bases de la convocatoria restricción adicional alguna que avale tal consideración.

A la vista de lo anterior, en relación con los supuestos de reclamación de daños y perjuicios derivados de la anulación de un acto o disposición administrativa —como la planteada en el presente caso—, el artículo 32.1 de la LRJSP señala que dicha anulación no presupone, por sí misma, derecho a una indemnización. La Comisión ha enunciado una doctrina a ese respecto, en el siguiente sentido (como recuerdan los dictámenes 75 y 76/2013, con cita de los párrafos 53 a 57 del Dictamen 212/2012):

(…)

La jurisprudencia citada en esos dictámenes es reiterada por el Tribunal Supremo en otras sentencias posteriores, como las de 23 de febrero de 2012 —RJ 2012\4239—, con remisión, a su vez, a las Sentencias de 11 de octubre de 2011 —RJ 2011\7727—, de 5 de noviembre de 2010 —RJ 2010\7934— y de 16 de febrero de 2009 —RJ 2009\1238—). En ellas, en relación con el requisito de la antijuridicidad del daño, se recuerda que:

> (…) ésta no se anuda a la conformidad o no a Derecho de la actuación administrativa sino a que el resultado de la misma produzca en el administrado un perjuicio que este no tenga el deber de soportar. Y, en relación con los supuestos de anulación de actos, si bien la mera anulación de resoluciones administrativas no presupone sin más el derecho a la indemnización, sí puede ser supuesto de tal indemnización en aquellos casos en que la anulación produjo unos perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no viene obligado a soportar, no siendo, por tanto, el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que debe exigirse para sostener el derecho a la indemnización, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, ya que en tal caso desaparecería la antijuridicidad de la lesión. Quiere ello decir 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 Ley 30/1992.

Por lo tanto, no es el aspecto subjetivo del actuar antijurídico de la Administración el que deba de exigirse como soporte de la obligación de indemnizar, sino el objetivo de la ilegalidad del perjuicio, esto es, la realidad de los daños y perjuicios y la circunstancia de que la reclamante no esté obligada a soportar, además de la obligada relación de causalidad entre el daño producido y el acto que lo causa.

El TSJPV se ha pronunciado, también, en numerosas ocasiones en la línea apuntada, por todas la sentencia de 2 de junio de 2006 (ref. 1495 /2002), donde recoge la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 142.4 de la LRJPAC. Así, señala que para dilucidar si el daño producido por una actuación administrativa inválida debe o no ser calificado de lesión antijurídica, se debe diferenciar entre:

> a) Los supuestos en los que el acto inválido productor del daño deriva del ejercicio de potestades regladas en las que, mediante la aplicación de datos objetivos hubiera debido declararse un derecho preexistente; y b) aquellas otras situaciones en las que el acto posteriormente anulado dimana del ejercicio de potestades discrecionales en las que en la aplicación de la norma al caso, la Administración debe atender a la integración de elementos subjetivos o conceptos jurídicos indeterminados.

Así, según una consolidada doctrina jurisprudencial (mencionada en la Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 25 de junio de 2015, ref. 2122/2013), existiría el deber de soportar el daño cuando la actuación de la Administración es consecuencia del ejercicio de potestades discrecionales en las que la Administración puede optar entre varias alternativas, indiferentes jurídicamente, sin más límite que la arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE, siempre que la adoptada se mueva dentro de los márgenes de "lo razonable y de forma razonada".

También señala que igualmente no será antijurídico el daño en el caso del ejercicio de potestades regladas, "cuando la norma no contenga una predefinición agotadora de todos sus elementos, sino que, acudiendo a la técnica de los hechos jurídicos indeterminados, sea preciso alcanzar 'en el caso concreto la única solución justa posible mediante la valoración de las circunstancias concurrentes...' , siempre que la solución adoptada se mueva también dentro de los márgenes de 'lo razonable y de forma razonada'".

Y añade que: "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 dentro de 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".

Así las cosas, el examen del requisito de la antijuridicidad referida requiere la determinación de si la reclamante tiene o no la obligación de soportar el daño derivado de la anulación judicial de los actos administrativos. Es evidente que en este juicio es necesario separar entre los dos momentos procesales acaecidos, ya que nos encontramos ante la anulación de dos decisiones administrativas ilegales.

En todo caso, cabe reseñar que en el ámbito de la función pública: (i) la voluntaria participación en un procedimiento selectivo o de provisión no determina la existencia de un derecho consolidado a la obtención de un puesto de trabajo, sino una simple expectativa de obtenerlo, conforme a las reglas que lo rigen, a las que quedan sometidos todos los aspirantes; y (ii) la posibilidad de los recursos ante los tribunales de justicia forma parte también de las garantías constitucionales, ya que, según el artículo 106.1 CE, aquellos controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican, lo que se articula a través del recurso contencioso-administrativo ante esa jurisdicción.

En la primera actuación, parece evidente que en torno a la admisión o no al proceso de la recurrente existe una compleja casuística que el TSJPV califica de singular. **El contraste de**

las bases del concurso con la situación administrativa particular permitía la existencia de un margen interpretativo derivado de las modificaciones normativas habidas en el ámbito de … y la nueva configuración organizativa de Osakidetza. Por ello, a pesar de que nos movamos en el campo de los actos reglados, la particular casuística producida nos induce a pensar que nos encontramos en un espacio en el que existía un cierto margen de razonabilidad para argumentar la exclusión de la reclamante. Lo que nos lleva a concluir que en este caso no se da el requisito de antijuridicidad, teniendo, por tanto, la reclamante el deber jurídico de soportar el daño.

No podemos mantener la misma opinión en lo relativo a la anulación de la decisión de no tener en cuenta la experiencia previa a la toma de posesión en el Centro de Salud …. Así lo ha entendido **la sentencia del TSJPV referida, al considerar que no exista ningún motivo para no computar los servicios prestados como diplomada en … habida cuenta de que es el equivalente a la actual titulación de enfermera de …. Se trata por tanto, en palabras del propio tribunal, de una discriminación arbitraria e injustificada por parte la Administración** hacia doña MJBA. Por ello, no podemos concluir que la actuación administrativa, al resolver el concurso ejecutando la sentencia, fuera razonable y razonada. Siendo ello así, hay que concluir que presente está en el caso el requisito de la antijuridicidad de los daños y perjuicios aducidos, que por ello mismo merecen la consideración de lesión resarcible.

DCJA 61/2018 pár. 26 a 47

En suma, como elemento de partida hemos de aceptar que **la anulación de la sanción es susceptible en abstracto de generar perjuicios al reclamante**; si bien el análisis en estos casos debe centrarse en la nota de la antijuridicidad y, claro está, en la existencia del daño y su alcance.

Porque en el ámbito de la responsabilidad patrimonial por la anulación de un acto sancionador una cosa es que la sanción sea antijurídica ─motivo por el que ha sido anulada─ y otra cosa distinta es que la imposición de esa sanción haya generado un daño antijurídico.

Abordando el fondo de la cuestión planteada por el examen de la antijuridicidad, la propuesta de resolución considera que no concurre en este caso al estimar que **la actuación municipal se ha desarrollado dentro del denominado margen de tolerancia o, en otras palabras, que dicha actuación es razonada y razonable, sin perjuicio de la posterior anulación en vía administrativa.**

La Comisión no comparte este argumento ya que considera que la ausencia de antijuridicidad no es, en modo alguno, un aspecto que pueda afirmarse si se afronta el examen detenido de las circunstancias del caso.

Es cierto que en línea de principio **el ejercicio de la potestad disciplinaria comporta siempre unas consecuencias jurídicas** (concretadas en el desarrollo de un procedimiento y, en su caso, en la imposición de una sanción) que las personas que trabajan al servicio de las administraciones públicas tienen la obligación de soportar, en la medida en que encuentran su fundamento en la ley.

Ahora bien, también aquí debe huirse de todo automatismo y estudiar las circunstancias en que la Administración ha ejercitado dicha potestad en cada caso. Y en el que examinamos, no solo concurre el reconocimiento por el propio ayuntamiento de la existencia de razones para proceder a la anulación de la sanción impuesta sino que también, si prestamos la atención debida a las razones que motivan dicha anulación, aparecen, al menos, tres circunstancias muy significativas que, a juicio de la Comisión, arrojan una valoración de la antijuridicidad distinta de la que propone el ayuntamiento.

En efecto, en primer término se observa que en el origen de la sanción se encuentra una solicitud de don JCM sobre el turno de vacaciones de semana santa que no recibió respuesta, actuación que difícilmente cabe incardinar en el concepto "actuación razonada y razonable", teniendo en cuenta el deber legal de resolver —artículo 21.1 LPAC— que corresponde a todas las administraciones públicas.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que **la potestad disciplinaria no es discrecional** (ámbito natural en el que surge la doctrina sobre la necesidad de valorar la razonabilidad de la actuación administrativa en los supuestos de responsabilidad por anulación) **sino reglada, sin perjuicio de la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las tipificaciones de las faltas disciplinarias que van a requerir una adecuada concreción en cada caso**.

A ello se añade, que la Administración municipal tampoco advirtió la existencia de un silencio positivo que, además de haber sido alegado y haberse pedido expresamente su certificación antes de la notificación de la desestimación del recurso potestativo de reposición —folio 175 del expediente disciplinario—, se encuentra previsto como regla general en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (hoy, artículo 24 LPAC), y que, en concreto, respecto de las solicitudes de autorización de vacaciones —como era el caso— el artículo 3.1 del Real Decreto 1777/1994, de 5 de agosto, determinaba asimismo que podrían entenderse estimadas, una vez transcurrido un mes sin que se hubiere dictado resolución expresa.

DCJA 84/2018 pár. 37 a 45

C) Mantenimiento de vías públicas

Por defectos en calzadas y carreteras

Por lo que se refiere a desperfectos en el pavimento destinado al tránsito de peatones, la Comisión viene considerando como algo inevitable la existencia de irregularidades insignifi-

cantes. En los casos en los que se produce una caída derivada de un tropiezo en un obstáculo de escasas dimensiones venimos entendiendo que ello entraña un daño no antijurídico, que debe soportar el administrado (dictámenes 129/2007 y 58/2009 entre otros). En el presente caso, sin embargo, **el informe municipal y las fotografías que adjunta permiten apreciar una profundidad que llega hasta los 4 centímetros; magnitud a partir de la cual el daño provocado como consecuencia de un accidente provocado por esa irregularidad podría ser considerado como antijurídico.**

Ahora bien, este razonamiento resulta de aplicación, como decimos, a las zonas destinadas al tránsito de los peatones, sin que pueda trasladarse sin más a otras zonas que no tienen esa finalidad. La propia reclamante determina con claridad —y las fotografías adjuntas a los informes técnicos lo confirman— **el lugar donde se encontraba el bache o socavón; cerca del paso de peatones pero fuera del mismo, en una zona destinada al aparcamiento de vehículos.**

En ese punto, como decimos, **no puede reclamarse del ayuntamiento el mismo estándar que el que corresponde a las aceras** u otros lugares de tránsito peatonal pues ello supondría elevar el estándar exigible en todo el suelo municipal a un nivel óptimo, pero seguramente insostenible.

A efectos de analizar la responsabilidad de la propia reclamante en la producción del daño conviene asimismo recordar lo establecido en el artículo 124 del Reglamento General de Circulación, según el cual, "en zonas donde existen pasos para peatones, los que se dispongan a atravesar la calzada deberán hacerlo precisamente por ellos, sin que puedan efectuarlo por las proximidades" (apartado 1), añadiendo este mismo artículo que "para atravesar la calzada fuera de un paso de peatones, deberán cerciorarse de que pueden hacerlo sin riesgo ni entorpecimiento indebido".

Por lo tanto, **fuera de los pasos habilitados (aceras y pasos de peatones) es el viandante el que debe cerciorarse de que puede pasar sin riesgo, para lo cual deberá atender tanto al tráfico como al estado de la calzada** en ese punto.

Estas circunstancias resultan suficientes, a juicio de esta Comisión, para excluir la responsabilidad municipal, puesto que fue la propia reclamante la que optó por cruzar la calzada por un lugar inadecuado, en lugar de utilizar el paso de peatones debidamente señalizado, poniendo en riesgo su integridad y rompiendo el nexo causal entre la irregularidad existente en el asfalto y el daño.

DCJA 143/2018 pár. 27 a 32

Por la limpieza viaria

Hemos de tener en cuenta que **estamos en una zona de contenedores, que no es zona de tránsito de los viandantes, sino lugar donde estos depositan sus restos** debidamente clasificados, en determinadas horas. Es obvio que el estado de la zona depende de los pro-

pios ciudadanos y de la forma en que cumplen sus obligaciones y que por la naturaleza de los propios restos resulta imposible garantizar su perfecta limpieza (los recortes de prensa muestran la conducta incívica de algunos de ellos, lo cual ni la mancomunidad ni el ayuntamiento pueden evitar y controlar, salvo que desplieguen de una forma desorbitada sus potestades de inspección y policía).

En principio, **la operación de vaciado de un contenedor de vidrio o su mero desplazamiento de lugar puede hacer inevitable que se derrame algún líquido o cristales,** y sin bien se debe llevar a cabo su limpieza en ese momento, en especial para eliminar sustancias oleaginosas o líquidos deslizantes, **excede de lo razonablemente exigible pedir que no quede del vertido producido ni tan siquiera constancia en el suelo,** pues, al igual que cuando llueve, resulta inevitable que el suelo se moje y resulte más resbaladizo, siendo preciso un tiempo para que se seque (dice la reclamante que ese día tanto la calzada como la acera se encontraban húmedas).

De otro lado, no solo ha de demandarse de la Administración que despliegue la adecuada diligencia en términos de estándar de funcionamiento razonable, ya que también el ciudadano ha de ser consciente de los riesgos inherentes al hecho de depositar su basura en una zona de contenedores en la que es imposible que se encuentre totalmente inmaculada, y singularmente debe adoptar aquellas precauciones que sean proporcionadas a sus circunstancias personales, a las condiciones visibles o conocidas de la zona y a los posibles riesgos adicionales que asume al acceder por un lugar en vez de por otros.

En este caso, si partimos de lo alegado por la reclamante, es de ver que el tropiezo se habría producido al pasar por un lugar en el que anteriormente había estado depositado un contenedor de vidrio, lo que conocería perfectamente, al depositar en ese lugar sus basuras, diariamente o con la periodicidad que exige el servicio, por lo que habría sido la reclamante la que asumió voluntariamente el riesgo de desplazarse por ese inusual espacio, y el accidente sería concreción de ese riesgo, presumiblemente al caminar sin adoptar las precauciones correlativas.

A la vista de todos estos elementos, la Comisión no aprecia responsabilidad por parte de la mancomunidad dado que no se ha probado la relación de causalidad entre el accidente y el funcionamiento del servicio público.

DCJA 3/2018 pár. 61 a 65

La propuesta de resolución del ayuntamiento atribuye la responsabilidad a la empresa contratista FCC, encargada de la limpieza viaria, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Ahora bien, la Comisión estima que **antes de pronunciarse sobre la posible responsabilidad del contratista debe determinarse con claridad cuál ha sido el servicio cuyo anormal funcionamiento ha sido**, en su caso, **el causante del daño** alegado por la reclamante.

Para ello, comenzaremos por analizar la actuación municipal en la competencia atribuida, en los términos ya avanzados, en materia de limpieza viaria.

El contrato suscrito por el ayuntamiento con la empresa FCC **obliga a ejecutar los trabajos de limpieza del mercado "una vez finalizada su actividad" y el accidente se produjo a las 11:30.**

Conforme al Reglamento del mercado, este se celebra con una periodicidad diaria, excepto domingos y festivos, y **su horario de duración es de 7:30 a 11:00 horas**, no pudiendo sobrepasarse este horario en defecto o exceso, excepto para el montaje y retirada de los puestos, que disponen de 15 minutos antes y después de las horas de comienzo y final de la actividad.

Ello dejaría a los trabajadores de la empresa un margen de 15 minutos para realizar las labores de limpieza, lo cual entendemos que constituye un estándar de ejecución del servicio contratado que no resulta razonable.

Aunque sea la empresa contratista la obligada a realizar las labores de limpieza, del mercado, ello no la convierte en responsable de todos los daños provocados en cualquier momento por algún elemento o producto vertido desde alguno de los puestos. Deberá responder en la medida en la que el daño sea consecuencia de la ejecución —en este caso, inejecución— del contrato, lo cual no puede darse por acreditado en el presente caso.

No puede exigirse al contratista un estándar superior al que se exigiría al propio ayuntamiento y, en este caso, el transcurso de tan exiguo plazo desde la finalización del mercado no resulta suficiente para trasladar la responsabilidad del riesgo originado por el desarrollo del mercado a la empresa encargada de su posterior limpieza. Ello supondría, como decimos, establecer un estándar óptimo de muy difícil o imposible cumplimiento por parte de la empresa contratada por el ayuntamiento, responsable último de la organización del mercado.

No resulta, por tanto, ajustado a lo dispuesto en la TRLCSP y en el contrato trasladar la responsabilidad por los vertidos procedentes del mercado con el automatismo con en el que lo hace el ayuntamiento, sin tener en cuenta, como decimos, el estándar o la diligencia razonable que puede exigirse en el cumplimiento del mismo.

La anterior conclusión nos conduce a valorar de la misma forma que si se hubiera producido con anterioridad a la retirada de los puestos del mercado, y dirige el análisis de la reclamación a la otra competencia concernida en este caso, esto es, la de mercados y venta ambulante, puesto que, finalmente, el origen del vertido y su relación causal directa con la caída no han sido cuestionados por el ayuntamiento.

La imputabilidad al ayuntamiento de los daños provocados a terceros como consecuencia de la celebración del mercado resultará factible siempre que se acredite la relación causal y la antijuridicidad del daño.

El ayuntamiento ha incorporado a estos efectos el Reglamento del mercado, que figura como aprobado provisionalmente por el Pleno municipal en el año 2006 y publicado con carácter definitivo en el Boletín Oficial de Gipuzkoa el 18 de diciembre de ese mismo año.

Conforme al Reglamento del mercado, este se celebrará con una periodicidad diaria, excepto domingos y festivos, y su horario de duración es de 7:30 a 11:00 horas, no pudiendo sobrepasarse este horario en defecto o exceso, excepto para el montaje y retirada de los puestos, que dispondrán de 15 minutos antes y después de las horas de comienzo y final de la actividad.

La organización y dirección de este mercado se encomienda a una "Comisión de Servicios", que debe atender las reclamaciones que se formulen —se entiende que únicamente las relacionadas con la organización del mercado, pero no las relacionadas con la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento— proponiendo su resolución al órgano municipal competente.

También establece que, una vez finalizado el mercado, el lugar deberá quedar limpio de cualquier mercancía sobrante, papeles, etc., pudiéndose dejar estos en montones para que posteriormente el servicio de limpieza municipal pueda recoger los desperdicios.

En lo no dispuesto en el Reglamento del mercado se remite a lo establecido en la Ley 8/1983 (suponiendo que queriendo referirse a la Ley 9/1983), de 19 de mayo, de ordenación de la actividad comercial, y demás disposiciones que la desarrollen, así como las resoluciones que en esta misma materia dicte el Ayuntamiento.

Lo primero que llama la atención de esta regulación es que, pese a haber sido aprobada en el año 2006, sigue haciendo referencia a la Ley 9/1983, de 19 de mayo; norma que fue derogada por la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial. Esa errónea remisión pone de manifiesto no sólo una falta de adaptación formal, sino, como veremos a continuación, un régimen sustantivo diferente en cuanto a la organización de la venta ambulante.

La Ley 9/1983, de 19 de mayo, al igual que la vigente Ley 7/1994, de 27 de mayo, limitaba la periodicidad de la venta ambulante a un plazo máximo de dos días por semana, aunque la primera permitía excepcionalmente superar ese número de días en algunos supuestos, entre los que se encontraba el de la venta de productos perecederos de temporada.

La vigente Ley 7/1994, de 27 de mayo, no incluye esa excepción para los mercados periódicos de carácter tradicional ubicados en lugares o espacios determinados y de periodicidad fija, supuesto en el que parece encajar el mercado en cuestión. Ello supone que su periodicidad no debería superar los dos días por semana, mientras que, como se desprende del Reglamento del mercado, en este caso mantiene una periodicidad diaria, excepto domingos y festivos; regulación *contra legem* que puede ser tenida en cuenta a la hora de considerar la antijuridicidad del daño, al incrementar de forma proporcional el riesgo asociado a la actividad.

Cuestión distinta es el efecto que en este caso tendría la intervención del tercero causante del vertido. La ordenanza establece con claridad que, una vez finalizado el mercado, el lugar deberá quedar limpio de cualquier mercancía sobrante. De ahí que tampoco deba excluirse la responsabilidad última del titular del puesto que provocó el vertido, siempre que se acredite una actuación negligente por su parte. No obstante, se trata esta de una cuestión que no debe afectar a la reclamante en la medida en que, frente a ella, dado que el accidente ocurrió cuando el mercado se había desmantelado, es la Administración promotora del mercado la que debe responder de los daños provocados como consecuencia del desarrollo del mismo y que el particular, insistimos, no tenga el deber de soportar.

No hay discusión en torno a la causa de la caída y tampoco la hay en cuanto a la relación del vertido que la causó con el mercado impulsado y regulado por el ayuntamiento, el cual tampoco cuestiona la antijuridicidad del daño, limitándose a imputarlo a la empresa FCC. También ha de considerarse relevante que el mercado se establece en un espacio de tránsito público, en el cual pueden confluir tanto quienes acuden al mercado como quienes acuden, por ejemplo, al propio edificio consistorial. Todo ello conduce a esta Comisión a estimar que **sí existe responsabilidad patrimonial del ente local, sin perjuicio de que, con posterioridad, este pueda repetir el importe abonado contra el titular del puesto causante último del vertido, siempre y cuando se acredite un incumplimiento por su parte de su deber de dejar limpio el lugar ocupado durante el evento.**

DCJA 76/2018 pár. 26 a 46

D) Registros

La parte reclamante basa su reclamación en que la inscripción en el Registro de parejas de hecho de la CAPV, "sin comprobar que cumplía todos los requisitos y en concreto sin haber advertido que debía estar divorciada y no simplemente separada, …, ha producido que continúe todos estos años en la falsa creencia de que no era necesario el divorcio con mi expareja y mi actual pareja estaba debidamente constituida. Ello le ha conllevado la imposibilidad de percibir la pensión de viudedad derivada de su pareja de hecho al subsistir el vínculo matrimonial con su anterior pareja".

Así las cosas, la LRPH establece en su artículo 2 que, además del resto de requisitos, "Asimismo ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o pareja de hecho".

Además, la inscripción de la pareja en el Registro de parejas de hecho tiene carácter constitutivo, a tenor del artículo 3.1 de la propia LRPH, de suerte que no se tendrá por legalmente constituida si no figura en dicho registro (o en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos), ni les serán de aplicación las restantes previsiones de la ley que detalla su estatuto jurídico.

Tal y como señalamos en nuestro dictamen 139/2016, "Durante el proceso de inscripción de la pareja el estado civil de separada de la solicitante, según consta en los documentos aportados, fue declarado en todo momento. Al efecto aportó la sentencia que así lo constataba lo que, desde el inicio evidenciaba la imposibilidad legal de constituir la unión entre ambos. Durante todo el proceso la Administración fue plenamente conocedora de dicho impedimento, a pesar de lo cual se procedió a la inscripción".

En dicho dictamen, también actuó como factor relevante para denegar la revisión de oficio de la inscripción el trascurso del tiempo, 15 años desde la inscripción. Y señalábamos que "el límite temporal se presenta como un obstáculo infranqueable, ya que de haberse advertido la no adecuación a la norma de la constitución de la pareja de hecho en una época anterior, doña MJTC hubiera podido reaccionar solicitando el divorcio para así poder constituir nuevamente la pareja de hecho, cuestión que actualmente ha devenido imposible derivada del fallecimiento del otro integrante de la pareja de hecho".

Con esos argumentos y teniendo en cuenta además que "durante todo este lapso temporal los integrantes de la pareja han actuado en la confianza de que su unión era perfectamente válida y han acomodado su actuar a dicha realidad durante toda la vida de la pareja de hecho hasta su extinción por fallecimiento", se apreció que su revisión iría en contra de los límites establecidos en el antiguo artículo 106 de la Ley 30/1992 y, por tanto, que se debía mantener su vigencia hasta su extinción.

Ahora bien, **una cosa es la inscripción en el Registro de parejas de hecho de la CAPV y otra muy distinta el reconocimiento, en su caso, del derecho a pensión de las mismas.**

Así, no debemos olvidar que el reconocimiento como beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia a los miembros de las parejas de hecho se realizó mediante Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. La reforma operada dio una nueva redacción al artículo 174.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, del tenor siguiente:

> A efectos de lo establecido en este apartado, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.
>
> En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

Este último párrafo fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/2014, de 11 de marzo, pues consideró que vulneraba el principio de igualdad el hecho que las comunidades autónomas con derecho civil propio regulen de forma distinta cuáles son los requisitos para ser considerado pareja de hecho y, en su caso, poder solicitar la pensión de viudedad. En este sentido, estimó que el régimen público de la Seguridad Social debe ser único y unitario para todos los ciudadanos españoles, por lo que los requisitos para acceder a la pensión de viudedad deben ser uniformes para todos, sin tener en cuenta las particularidades de los derechos civiles propios que tienen diversas comunidades autónomas.

Posteriormente, en su Sentencia 51/2014, de 7 de abril, expuso que:

> Si atendemos a la regulación del art. 174.3 LGSS, constatamos que no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí. En efecto, en el párrafo cuarto del indicado precepto el legislador ha establecido las condiciones que han de cumplir las parejas de hecho para tener tal consideración a efectos de la regulación contenida en el apartado, disponiendo que "se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante". Esto es, el art. 174.3 LGSS se refiere a dos exigencias diferentes: la material, referida a la convivencia como pareja de hecho estable durante un período mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento del causante; y la formal, ad solemnitatem, es decir, la verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (STC 40/2014, de 11 de marzo, FJ 3). Y todo ello presidido por un presupuesto previo de carácter subjetivo: que los sujetos no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.
>
> Quiere ello decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional. En efecto, desde ese enfoque, al igual que reconocimos en la STC 93/2013, de 23 de abril, FJ 7, que el legislador puede establecer regímenes de convivencia more uxorio con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, estableciendo ciertas condiciones para su efectivo reconocimiento y atribuyéndole determinadas consecuencias, cabe razonar ahora que el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento

> a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

La citada doctrina ha sido acogida por el Tribunal Supremo al analizar supuestos similares. De entre ellas cabe destacar la Sentencia 1142/2017, de 2 de marzo —n.º de recurso 3134/2015—, dictada en unificación de doctrina, que respecto al artículo 174.3 manifiesta que: "Del tenor literal de este precepto se deriva que **la consideración de pareja de hecho a efectos de causar la pensión de viudedad solo la tienen quienes no se encuentran impedidos para contraer matrimonio y no tienen vínculo matrimonial con otra persona**". Concluyendo que "para causar la pensión no basta con la inscripción en el registro de parejas de hecho, sino que, además, los convivientes no deben estar impedidos para contraer matrimonio".

Llegados a este punto, es evidente que en este ámbito se solapan dos realidades diferentes: la primera constituida por el **régimen de las parejas de hecho establecido en la legislación de las comunidades autónomas**; y otra distinta, el régimen de la Seguridad Social, que establece unos requisitos de acceso a sus prestaciones por muerte y supervivencia para las parejas de hecho.

Sobre la primera cuestión, cabe reseñar que **no existe un régimen unívoco en la legislación** de las comunidades autónomas, existiendo diferencias sustanciales en su contenido. Por lo que a nosotros nos interesa, sin ánimo de exhaustividad, cabe citar **algunas leyes autonómicas que no exigen como requisito para la constitución de la pareja de hecho la no existencia de vínculo matrimonial**. A saber: Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana, y Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

Es decir, las parejas de hecho de esas comunidades autónomas, mediante su inscripción, tendrán los derechos que dichas normas les reconozcan en su ámbito territorial. Ahora bien, esto no provoca *per se* el nacimiento de derechos regulados en otras leyes, que estará condicionado a los requisitos que al efecto en ellas se establezca. Por ello, el debate en este caso es ajeno a la transcendencia o no de la inscripción registral, sino que se debe circunscribir a la posibilidad de causar el derecho a la pensión de viudedad, cuando los miembros de la pareja de hecho no pueden contraer matrimonio por tener vínculo matrimonial con otra persona.

Es evidente que, a pesar de lo manifestado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2014, de 7 de abril, invocando la seguridad jurídica para evitar la concurrencia de títulos de reclamación de la pensión de viudedad en el caso de mantenimiento del vínculo matrimonial por parte de miembros de la pareja de hecho, existen supuestos, como el presente, en los que quiebra la posibilidad de doble devengo, generándose, al contrario, una ausencia del derecho a la prestación.

En todo caso, **el derecho al reconocimiento de pensión de viudedad obedece a unos requisitos establecidos por una legislación ajena a las competencias de la CAPV, en el que uno de ellos, no el único, es la inscripción en el registro**.

Tampoco cabe olvidar, como ya hemos reseñado, que el derecho a pensión de viudedad para las parejas de hecho fue reconocido normativamente con posterioridad a la inscripción de la pareja de hecho de doña MJCT. Así, la promulgación de dicha normativa y sus requisitos no debió de haber sido ajena al conocimiento de la reclamante que, desde su promulgación, gozó de un prolongado periodo para, en su caso, acomodar sus actos a las exigencias normativas.

Más aun, **la convicción que la reclamante podía tener de que con la inscripción de la pareja de hecho, al no denegarle la misma, podría causar derecho a la pensión tampoco le otorgaría una especial protección, ni generaría, en sí misma, un derecho a indemnización.** Al respecto, resulta pertinente recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la confianza legítima en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, recogida en su Sentencia de 16 de junio de 2014 (RJ 2014/3448), donde se afirma que: "la protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella 'confianza' sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes". Señalando que "quien no consigue aquello a lo que no tiene derecho no sufre –por el mero hecho de no conseguirlo– un daño… y ello porque, al no exigir la ley que se otorgue al particular lo solicitado, la eventual lesión económica derivada de la denegación no puede ser calificada de antijurídica" (por todas, STS de 2 de noviembre de 2010, RJ 5215/2006). En dicha sentencia se cita la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que explica que **"nadie puede invocar la violación del principio de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas".**

Por todo ello, a pesar del evidente perjuicio existente, cabe afirmar que no se puede establecer una relación de causalidad entre la inscripción en el Registro de parejas de hecho de la CAPV y la denegación de la pensión de viudedad por ausencia de los requisitos necesarios a la misma, para que pueda ser considerado como lesión antijurídica.

DCJA 11/2018 pár. 32 a 50

E) Servicio educativo

Entre las características propias del servicio educativo se encuentran los riesgos propios del proceso formativo de niños y niñas, lo que fuerza a tener muy en cuenta que para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial en el ámbito de aquel servicio público no basta acreditar un daño producido con ocasión de su funcionamiento, sino que aquel ha de ser consecuencia de este (Dictamen 31/2005). Y, asimismo, en el ámbito del servicio educativo ha de tenerse especialmente presente que el sistema de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas no es un sistema de seguro a todo riesgo

(Dictamen 50/2003): "La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a estas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico" (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 5 de junio de 1998).

Por ello, cuando se analiza una reclamación de responsabilidad en el marco del servicio educativo ha de ponerse especial cautela en el examen de las concretas circunstancias del caso, ya que **no cualquier accidente ocurrido en el centro educativo resultará, sin más, imputable a los servicios escolares y fuente de responsabilidad patrimonial.** La Administración sólo vendrá obligada a indemnizar los daños derivados de los accidentes acaecidos en los centros públicos educativos, en los que concurran los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Para que nazca dicha responsabilidad por sucesos ocurridos en desarrollo de la actividad educativa será necesario que sean atribuibles como propios o inherentes a alguno de los factores que integran el servicio educativo, esto es: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio y propios del afectado (Dictamen 31/2005).

En el caso sometido a consideración de esta Comisión, los reclamantes sostienen, de las diligencias de investigación practicadas por la fiscalía, que no existía ningún tipo de actuación o protocolo en relación a la seguridad o control de los alumnos con necesidades educativas especiales en el traslado a sus domicilios, que no había ningún tipo de seguimiento, control y supervisión del funcionamiento del servicio de transporte escolar por parte del centro educativo y que no era la primera vez que ocurría un incidente similar, hecho que, sin embargo, no fue tenido en cuenta para adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas respecto de alumnos con necesidades especiales como en el caso del menor fallecido.

Entienden que ha existido un funcionamiento anormal del servicio público al incumplirse la normativa reguladora del transporte escolar incluida en el Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar, y en el Decreto 69/2015, de 19 de mayo, sobre el transporte escolar del alumnado de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco financiado por el departamento competente en materia educativa.

De la citada normativa se deduce, siguen afirmando los reclamantes, que el servicio debe prestarse cumpliendo las siguientes condiciones: que un acompañante, distinto del conductor, se encargue del cuidado de los menores durante el transporte y de las operaciones de acceso y abandono del vehículo [artículo 8.1 a) del Real Decreto 443/2001]; que una persona mayor de edad vigile el acceso y abandono del vehículo cuando el acceso o abandono se produce en las inmediaciones del centro escolar [artículo 10.4 del Real Decreto 443/2001 y artículo 8.1.c)

del Decreto 69/2015], que en todo caso la dirección del centro controle y supervise el servicio de transporte escolar (artículo 7.1 del Decreto 69/2015).

Ninguna de tales obligaciones se cumplieron, lo que comporta una evidente responsabilidad del Departamento de Educación y del centro público IES … BHI. Al no tomarse ninguna medida para evitar que el menor no tomara el autobús, provocó su total desamparo, en su especial condición de menor discapacitado, colocándolo en una situación de peligro que podía dar lugar al fatal accidente.

Por el contrario, la Administración educativa entiende, en la propuesta de resolución, que no se ha producido un incumplimiento de la normativa reguladora del transporte escolar público. Se argumenta que el centro docente IES … BHI es un centro ordinario donde cursan sus estudios alumnos con deficiencias que participan de las clases de las áreas y actividades más adecuadas a cada uno, y el resto del tiempo lo pasan en el Aula de Aprendizaje de Tareas. Para su correcta integración se elabora un "Plan de Tránsito Individual", que en el caso del menor fallecido incluía en el ámbito de la autonomía "autocontrolar el tiempo que necesita para llegar puntualmente a clase –ir solo a la parada–; ser capaz de coger el autobús escolar".

Para el cumplimiento de tal objetivo no tenía establecido ningún especial protocolo o control, sin que fuera necesario un específico deber de vigilancia y control de salida y entrada del centro y del autobús, una vez que se cercioraron, durante la primera semana, que realizaba correctamente el desplazamiento.

El centro no tenía encomendada una especial vigilancia del menor, que tenía … años y mostraba cierta autonomía al ir solo los martes a la escuela de música y ser visto solo por el pueblo los fines de semana y a diario.

En definitiva, el fatal accidente no tuvo su origen en una falta de vigilancia del alumno, no siendo previsible que abandonara el centro y se dirigiera andando a su casa por la carretera …, no siendo un niño pequeño sino un joven "que ya era consciente de sus actos".

En este caso, **la Comisión, si bien considera que no se ha vulnerado la normativa reguladora del trasporte escolar, entiende, sin embargo, que sí se ha desconocido el estándar de rendimiento medio exigible según el grado de sensibilidad social y desarrollo efectivo del servicio, que en la época actual impone la enseñanza** (STS de 16 de febrero de 1999, Arz. 1622), teniendo en cuenta las circunstancias que rodean el caso.

Por lo que se refiere al transporte escolar procede realizar las siguientes consideraciones.

El Decreto 69/2015, de 19 de mayo, sobre el transporte escolar del alumnado de los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco financiado por el departamento competente en materia educativa, establece las obligaciones que asume la Administración educativa en este ámbito.

Dicho decreto, en lo que aquí interesa, de forma coherente con la autonomía y madurez que se va alcanzando a lo largo de la educación básica, también dispone que preferentemente se utilizará la modalidad de las rutas de vehículos contratadas por el departamento competente en materia educativa para el alumnado de segundo ciclo de educación infantil y de educación primaria (que ordinariamente se cursa hasta los doce años de edad), en tanto que en educación secundaria obligatoria (de 12 a 16 años) se priorizará, cuando sea posible, la utilización del servicio de transporte público regular o ferroviario (autobús, tranvía, metro, tren) y se sufragará por los alumnos y alumnas y se financiará mediante asignaciones individualizadas de transporte escolar.

Por otra parte, el artículo 10, relativo a los acompañantes de autobús en rutas de autobús contratadas por el departamento competente en materia educativa, prevé que "se organizará servicio de acompañantes de transporte escolar en las rutas en las que se den las circunstancias establecidas en el Real Decreto 443/2001, sobre condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores", con arreglo a una serie de criterios, que nuevamente son coherentes con la autonomía y madurez de los alumnos, de suerte que, como regla general, se pondrá una persona acompañante de transporte escolar cuando el 50 % del alumnado transportado sea menor de 12 años (si es menor de 4 años el decreto dispone que no se transportaran más de 15 alumnos en el mismo autobús y si no fuera posible disponer de un nuevo vehículo para desdoblar la ruta o razones de organización así lo aconsejen, se contratará una persona acompañante por cada 15 alumnos o alumnas, o fracción igual o superior a 10).

De igual forma, cuando el artículo 7.1 del Decreto 69/2015 asigna a la dirección del centro "la organización, seguimiento, control y supervisión del servicio así como la gestión de las incidencias o denuncias que se puedan derivar de las conductas del alumnado o en la prestación del servicio", tal supervisión y control se refiere al conjunto del servicio, sin que ello suponga que deba encargarse de las operaciones de acceso y abandono del vehículo, así como, en su caso, de la recogida y acompañamiento de los alumnos desde y hasta el interior del recinto escolar. Como es sabido —*ex* artículo 132.b) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación—, el director debe dirigir y coordinar todas las actividades del centro.

Puede, así, concluirse que no existe vulneración del Decreto 69/2015 en tanto que el número de alumnos y alumnas menores de 12 años en el autobús que utilizaba el menor fallecido era menor al 50 %.

Es verdad, no obstante, que **el decreto no establece ninguna singularidad cuando el alumnado objeto de transporte tiene necesidades educativas especiales, en cuyo caso las enseñanzas que cursa y su edad no revelan con nitidez cuál es su autonomía y madurez.**

De otro lado, a la vista de la remisión que efectúa la regulación autonómica al Real Decreto 443/2001, conviene retener que, en general, el artículo 8.1.a) del citado real decreto dispone que es obligatoria, en los transportes públicos regulares de uso especial de escolares, cuando al menos la tercera parte, o más, de los alumnos trasportados tuviera una edad inferior a die-

ciséis años en el momento del comienzo del curso escolar, la presencia a bordo del vehículo de un acompañante, en el supuesto en que "se transporten alumnos de centros de educación especial, debiendo, en este caso, contar el acompañante con la cualificación laboral necesaria para la adecuada atención a este alumnado de necesidades educativas especiales".

Pero dicha exigencia se impone al margen de cualquier otra consideración, por lo que no deviene aplicable al centro IES … BHI al no ser un centro de educación especial, aunque pueda escolarizar a algunos alumnos, como el menor fallecido, con necesidades educativas especiales.

Por lo que se refiere al control y supervisión del transporte escolar, el artículo 10.4 del Real Decreto 443/2001 prevé que el acceso y abandono de los menores de los vehículos (se insiste cuando la tercera parte o más tuviera una edad inferior a dieciséis años) deberá realizarse bajo la vigilancia de una persona mayor de edad, cuando se produzca en las inmediaciones de un centro escolar, pero también señala que su finalidad es la de "asegurarse de que aquel se efectúa de manera ordenada".

Del precedente análisis la Comisión concluye que en el caso examinado ni era precisa la presencia de un acompañante, ni la de una persona mayor de edad que vigilara el acceso ordenado de los alumnos.

Ahora bien, como se ha avanzado y es doctrina de la Comisión, el examen de responsabilidad patrimonial, sobre todo cuando versa sobre el funcionamiento de servicios públicos de prestación, exige introducir como parámetro de análisis el estándar de rendimiento del servicio, a fin de dilucidar si a la vista de las circunstancias objetivas del caso dicho estándar ha sido respetado y, por tanto, el daño alegado no resulta antijurídico.

En el caso, es evidente que **la Administración educativa venía obligada a desplegar un control y vigilancia del menor –también durante el desarrollo de la actividad complementaria del transporte escolar– adecuada a sus circunstancias personales.**

En el examen de dichas circunstancias personales, la Comisión estima necesario referir, siquiera brevemente, las características del síndrome de Smith-Magenis (SSM) que sufría el menor fallecido. Los reclamantes han adjuntado un documento informativo sobre las características y recomendaciones relacionadas con el SSM, que es coincidente con las informaciones que obran en la página web (http://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/sindrome_de_smith-magenis.pdf) de la Asociación española de pediatría.

El síndrome de Smith-Magenis (SMS) (OMIM 182290) consiste en un cuadro que cursa con retraso mental de gravedad variable junto con una serie de anomalías congénitas que configuran en conjunto un patrón característico y reconocible de rasgos físicos, de desarrollo y de conducta. Son característicos los trastornos del comportamiento que se acentúan en la adolescencia, con repentinos cambios de humor, problemas de atención y la ansiedad.

En particular, por lo que tiene de relevante en el análisis de este asunto, se han de subrayar las dificultades que tienen a la hora de hacer un cambio de una actividad a otra y a que necesitan mantener una rutina diaria; los cambios inesperados en el qué hacer día a día les puede provocar crisis en el comportamiento.

En segundo lugar, conviene también traer al examen las singularidades que rodean la respuesta educativa del alumnado con necesidades educativas especiales.

Entre los derechos básicos que se reconocen a los alumnos se encuentra, conforme al artículo 6.3.h) de la Ley Orgánica 8/1985, del derecho a la educación, el de "recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo".

En el mismo sentido, el artículo 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), precisamente identifica al alumnado que presenta necesidades educativas especiales por "aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta". En cuanto a su escolarización, dice el artículo 74.1 LOE, esta se regirá por los principios de normalización e inclusión, y solo se llevara a cabo en unidades o centros de educación especial cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Por último, el artículo 110.2 LOE dispone que "las Administraciones educativas promoverán programas para adecuar las condiciones físicas, incluido el transporte escolar, y tecnológicas de los centros y los dotarán de los recursos materiales y de acceso al currículo adecuados a las necesidades del alumnado que escolariza, especialmente en el caso de personas con discapacidad, de modo que no se conviertan en factor de discriminación y garanticen una atención inclusiva y universalmente accesible a todos los alumnos".

Las leyes educativas reconocen expresamente que el alumnado con necesidades educativas especiales requiere ayudas, apoyos y, fundamentalmente, atenciones educativas específicas, sin las cuales no es posible que sean debidamente escolarizados.

Tales ayudas, apoyos y atenciones educativas específicas también abarcan al transporte escolar, tanto si la discapacidad física impide la utilización del transporte ordinario, a través de asignaciones individuales, como si no la impide pero requiere de la adopción de medidas adecuadas a la discapacidad psíquica o sensorial del alumnado.

A partir de tales premisas, procede recordar que, como ha dicho el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones (así, dictámenes 1.889/2002, de 18 de julio de 2002, y 1.680/2002, de 25 de julio de 2002, entre otros) y esta Comisión comparte, el especial celo que deben poner los profesores y responsables de los Centros de Educación Especial atendidas las minusvalías físicas y psíquicas que padecen los alumnos, resulta exigible igualmente respecto a los alumnos con necesidades educativas especiales, que se encuentren en un centro en régimen ordinario.

En el caso examinado, se conocían las características del síndrome que padecía el menor y como uno de los objetivos de su "Plan de Tránsito Individual" se incluyó, dentro del ámbito de la autonomía que debía alcanzar el menor, el saber controlar el tiempo para llegar puntual a clase y "ser capaz de coger el autobús escolar". En dicho plan se fijó el objetivo de ser capaz de coger el bus escolar con el horizonte del año 2020, lo que acredita la existencia de dificultades para cumplimentar satisfactoriamente dicho objetivo, así como la necesidad de esperar un tiempo para alcanzarlo.

Del expediente se deduce asimismo que el centro desplegó un control específico sobre el menor al producirse el cambio de domicilio, lo que resulta plenamente coherente con las consecuencias que la alteración de las rutinas podían tener, atendidas las características del síndrome que padecía.

En efecto, la mudanza familiar y su potencial riesgo, al tener que trasladarse en autobús, motivaron que el centro educativo y la familia se coordinaran telefónicamente para cerciorarse de que realizaba correctamente los desplazamientos.

La medida de control adoptada requería tanto la participación del profesorado como de un familiar porque el menor podía perderse y desorientarse tanto en el trayecto del centro escolar al autobús como de casa a la parada o al bajarse del autobús en el trayecto de vuelta a su nuevo domicilio.

Pasada una semana, parece ser que de forma consensuada con la familia, la medida específica adoptada fue rebajada a una mera advertencia al menor sobre si debía coger el autobús o ir a la escuela de música.

Que el tiempo de aplicación de dicha medida fue claramente insuficiente se colige de dos datos que acredita el expediente. Por un lado, se había producido un cambio de domicilio que objetivamente era un cambio relevante en su rutina (de acudir al centro escolar andando 500 metros a coger todos los días el autobús escolar). Y, por otro, si se había fijado el 2020 como horizonte para alcanzar un grado de autonomía que le permitiera al menor coger el autobús ha de concluirse que su autonomía respecto de esa actividad era limitada y requeriría tiempo para superar esa limitación.

En esas circunstancias, **suspender la medida adoptada para responder a esa nueva situación a la semana de instaurarla y sustituirla por una advertencia se revela contraria al estándar de funcionamiento razonable del servicio** exigible en el caso.

En efecto, que el nuevo control instaurado resultaba claramente insuficiente se comprobó cuando el riesgo generado por el cambio de domicilio y la ausencia de un control adecuado al síndrome que padecía el menor se materializó cuando, escasamente un mes después, pese a señalarle el profesorado que debía coger ese día el autobús, no se subió al mismo, sin que nadie se percatara de ello, ni lo hicieran constar los responsables del transporte escolar del centro.

Al formar parte del servicio educativo, el riesgo derivado del mal funcionamiento del transporte escolar fue asumido por la Administración educativa, y un mayor cuidado de los profesores responsables hubiera evitado que se materializara la situación de desorientación y pérdida que sufrió el menor.

La vigilancia y control del menor, que sufre una discapacidad psíquica, para la satisfacción del cumplimiento del estándar exigible a la actuación administrativa, debe ser acorde con lo que cabe esperarse del normal funcionamiento del servicio, y en este caso resultó insatisfactorio al no recibir el menor la atención y cuidado que requería.

Con todo, la Comisión, en el examen de las circunstancias que concurren en el caso, tampoco puede dejar de apreciar **otra circunstancia que condiciona de forma relevante la producción del lamentable accidente, como lo es el prolongado tiempo transcurrido desde que el menor no cogió el autobús (17:00 horas) hasta que fue atropellado (20:39 horas).**

De haber sido localizado con anterioridad al momento en que decidió desplazarse a su casa por la carretera …, siendo ya noche cerrada, no se hubiera producido el atropello.

Sobre esta cuestión, los reclamantes alegan que procedieron a su búsqueda, pero ningún miembro de la familia se puso en contacto con el centro hasta las 19:00 horas, pese a que el regular funcionamiento del servicio complementario de transporte escolar había concluido mucho tiempo antes.

Por ello, **también debe tomarse en consideración el deber legal de los padres de velar por sus hijos menores** (art. 154.1.º del Código Civil) a la hora de formular el juicio de responsabilidad por los daños que estos sufren. Los padres no pueden desplazar toda la obligación de vigilancia de sus hijos sobre el servicio educativo. El patrón de conducta exigible a los padres debe tener en cuenta, como es obvio, la edad de los hijos y su estado de salud. Los deberes de custodia son muy rigurosos cuando son muy pequeños, así como cuando sufren una discapacidad que les impide valerse por sí mismos. Por ello, en este caso, la diligencia exigible a los progenitores ─al igual que para la Administración educativa─ era mayor.

Puede decirse que estamos ante un daño que lo produce un tercero, pero ello no excluye la responsabilidad de la Administración si, dentro de las pautas de funcionamiento de la actividad de servicio público a su cargo, se incluye la actuación necesaria para evitar el menoscabo.

El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas se resiste a ser definida apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes de otros (STS de 28 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9967]; STS de 4 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4910]).

Ha de exigirse, igualmente, una "causalidad adecuada". Esto lleva a 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 forma que sólo en el primer caso si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar" (STS de 28 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 9967]).

Por otro lado, 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).

En este caso, si bien el accidente del menor deviene de un hecho cuya responsabilidad es atribuible a la Administración educativa, siquiera de forma mediata, por no haber desplegado el control y vigilancia necesarios para asegurarse de que se subía al autobús, existe otro elemento dotado sin duda de poder causal para producir el resultado final, tal es el caso de que **nadie se cerciorara de que se encontraba en casa quince minutos después de las 17:00, lo que hizo posible que vagara sin rumbo y desorientado durante casi tres horas y media, hasta que finalmente fue atropellado al caminar por una carretera de noche y sin elementos reflectantes.**

En definitiva, considera que no cabe atribuir toda la responsabilidad de lo sucedido a la Administración educativa, debiendo servir la conducta de los padres para moderar la indemnización que les corresponde por el daño derivado de la muerte de su hijo.

De ello existen varios ejemplos en la jurisprudencia, SSTS Sala de lo Civil, de 25 junio de 1996 (RJ 1996\4853), de 17 febrero de 1997 (RJ 1997\1426), de 30 mayo 1998 (RJ 1998\4112) y 6 de junio de 2007 (RJ 2007/5557).

Ello conduce a una **moderación de la responsabilidad administrativa del cincuenta por ciento.**

DCJA 120/2018 pár. 37 a 91

F) Servicios sanitarios

Internamiento no voluntario

Pero antes de su análisis, también se impone como consideración preliminar, en tanto que el internamiento urgente no voluntario por razón de trastorno psíquico se llevó a cabo dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuicia-

miento civil (LEC), en el que es el juez al que la ley encomienda la tutela de los derechos de la persona afectada.

Con carácter general **la ley exige autorización judicial previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida**.

En este caso, dice la LEC, **el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible** y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

También establece como garantías de la persona afectada que **el tribunal, antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, le oirá, al igual que al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida**. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la LEC. La decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

Por último, dispone que en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. En cualquier caso, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

La tutela de la persona que sufre el trastorno, en definitiva, **queda en manos de la autoridad judicial,** al tratarse de una medida de privación del derecho fundamental de libertad personal, debiendo velar porque la misma se adopte de forma correcta, esto es, una vez acreditada su existencia, así como la necesidad y proporcionalidad de la medida de internamiento.

En este caso, tal y como se concluye de la documentación obrante en el expediente, **se cumplieron los plazos perentorios fijados por la ley, y el Auto** 1046/2006, de 23 de junio del Juzgado de Primera Instancia n.º 14 (familia) de Bilbao, **ratificó el internamiento**, una vez examinada personalmente la reclamante por la juez, habiendo sido emitido dictamen del médico forense adscrito al juzgado, según el cual padece de "Episodio psicótico por lo que debe

permanecer ingresada para su tratamiento médico", e informado el Ministerio Fiscal de forma favorable el internamiento,

DCJA 9/2018 pár. 78 a 84

Por la falta de consentimiento

Antes de proceder al análisis del caso, resulta oportuno realizar también una serie de consideraciones sobre los derechos de las personas que sufren una enfermedad mental, y en su caso, sobre la atenuación o modulación que pueden sufrir tales derechos.

Las personas con enfermedad mental son titulares en condiciones de igualdad de todos los derechos que corresponden a los ciudadanos. En ese sentido siguen teniendo los derechos enunciados en la Constitución (CE) como derechos fundamentales (capítulo II del título I) o como principios rectores (capítulo III del título I).

Entre los primeros cabe citar los reconocidos en el artículo 15 ("Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"), artículo 17.1 ("Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley") y artículo 24.1 ("Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión").

Entre los segundos, los que figuran en el artículo 43.1 ("Se reconoce el derecho a la protección de la salud") y artículo 49 ("Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos").

Por lo que se refiere específicamente a la normativa sanitaria, es indudable que también ostentan los derechos que establece el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad: respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público, etc.

Por su parte, el artículo 10.1 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de ordenación sanitaria de Euskadi, señala 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.

La enfermedad mental, en suma, **no resta la titularidad sobre ninguno de los derechos de las personas pero, si se constata una falta de capacidad de la persona para su directo ejercicio, surge la necesidad de que alguien desempeñe adecuadamente las funciones tutelares**, siempre en beneficio del interés de la persona y con el máximo respeto a su dignidad.

En ese sentido 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 (LBRAP), contiene previsiones que responden a esa idea rectora.

Con respecto al derecho a la información asistencial, su artículo 5 prevé que el paciente será informado, "incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal" (apartado 2), si bien añade que "cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho" (apartado 3).

Por lo que se refiere al consentimiento informado, a tenor del artículo 9.2.b) los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, "cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él". Además, el artículo 9.3.a) contempla que se otorgará el consentimiento por representación "cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho".

Por último, como elemento con el que completar el bagaje de consideraciones previas diremos que el artículo 20 de la LGS dispone que las administraciones sanitarias competentes, sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, adecuarán su actuación a los siguientes principios:

> 1 - La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.
>
> Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

2 - La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

3 - Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

4 - Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.

DCJA 9/2018 pár. 62 a 72

En definitiva, **en el documento suscrito por la paciente no se hace referencia a los riesgos de la cirugía relativa a la** artrodesis articulación metacarpofalángica del pulgar (**primera opción quirúrgica considerada**), entre los que figuran el dolor, tumefacción y rigidez (según ha podido constatar la Comisión en el modelo de consentimiento informado para esa cirugía que se encuentra en la página *web* de la Sociedad Española de Cirugía de Mano). Huelga decir que **tampoco existe información escrita de los riesgos y complicaciones de la intervención** de "Trapecectomía más plastia de interposición", **que finalmente se le practicó** (la Unidad de la mano del Hospital H2 ha informado que son semejantes a los de la artrodesis).

El derecho de los pacientes a la información médica se encuentra reconocido como principio básico en el artículo 2 de 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. Asimismo, su artículo 4 dispone que los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley.

Conforme a su artículo 8, toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. Según ese precepto, el consentimiento será verbal por regla general, aunque habrá de prestarse por escrito en los casos de intervención quirúrgica ─con las excepciones del artículo 9.2─ y en otros procedimientos que cita. El artículo 10 detalla la información básica que ha de proporcionarse al paciente antes de recabar su consentimiento escrito.

En principio venimos señalando (dictámenes 104 y 95/2017; 242/2016, 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros) que la falta de dicha información constituye *per se* una mala praxis que pone de manifiesto un funcionamiento anormal del servicio sanitario causante de 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. Ese criterio coin-

cide con una doctrina jurisprudencial consolidada: entre otras, STS de 26 de mayo de 2015 —RJ 2015\3132—; de 2 de octubre de 2012 —RJ 2012\9270—; 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.

Pero también recordamos (dictámenes 216/2010 y 98/2009, entre otros) que, conforme a una reiterada jurisprudencia, no se excluye de modo radical la validez del consentimiento prestado en la información no realizada por escrito, ni la ausencia de forma escrita impide que pueda darse por acreditado el consentimiento mediante otros medios probatorios, porque la constancia escrita tiene mero valor *ad probationem*. No obstante, su falta es suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, debiendo ser la Administración la que pruebe la existencia de dicha información y el consentimiento del afectado [en ese sentido se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV) número 391/2013, de 18 de junio, con cita de la STS de 20 de noviembre de 2012 —RJ 2013\300—].

En este caso **la única prueba de que disponemos para valorar la eventual información verbal que se pudo facilitar a la paciente consiste en una anotación en el evolutivo del Servicio** de traumatología del Hospital H1 de 27 de marzo de 2014 que dice: "PLAN: recomiendo intervención quirúrgica. En principio artrodesis MTC mano dcha. Explico riesgos y complicaciones". No existe ninguna otra anotación efectuada de forma inmediata al invocado ofrecimiento de información a la paciente (a que se refiere el traumatólogo en el informe elaborado posteriormente, en el marco del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial) sobre el cambio de técnica quirúrgica, ni sobre riesgos y complicaciones específicos de ninguna de las dos técnicas barajadas.

A juicio de la Comisión, en este caso **esa anotación genérica en la historia clínica no es suficiente para tener por probado que se facilitara a la paciente la información que demanda la mencionada Ley 41/2002.**

DCJA 49/2018 pár. 71 a 77

Entiende la Comisión que, ante la constatación de la ausencia de firma del padre o de la madre de la menor en los formularios de los documentos de consentimiento informados que aporta la Administración sanitaria, **las solas manifestaciones del doctor y doctoras implicadas en la asistencia a la niña** (contradichas por la parte reclamante) **no bastan para acreditar que sus representantes legales consintieron la intervención practicada previa información completa sobre los riesgos que conllevaba**, especialmente, el de fallecimiento, que desgraciadamente se materializó.

En atención a lo expuesto, **a juicio de la Comisión, la Administración sanitaria no ha demostrado el cumplimiento adecuado de la obligación de informar al padre y a la madre**

de la menor OCS del riesgo de fallecimiento asociado a la intervención practicada. A falta de la correcta cumplimentación del documento de consentimiento informado, tampoco queda reflejada en las anotaciones efectuadas en el evolutivo médico de la paciente la puesta en conocimiento de dicho riesgo: ni en la anotación de la doctora … (del Servicio de cirugía pediátrica del Hospital H1) de 28 de marzo de 2016, ni en el documento de evaluación preanestésica de la doctora ….

DCJA 96/2018 pár. 68 a 69

Sin embargo queda por dar respuesta a la alegación de don BOP respecto de la **falta de consentimiento informado previo a la realización** en el Hospital H1 **del drenaje torácico para el drenaje de neumotórax espontáneo.**

El informe del Servicio de cirugía del Hospital H1 señala que:

> Dado el intenso dolor del paciente que precisa Morfina, Dolantina y Enantyum se avisa a la cirujana de guardia para colocación de drenaje endotorácico que le informa de que precisa colocación de tubo en tórax pero no entrega para su firma consentimiento escrito por estar el paciente postrado y con dolor.

Sin embargo, **la Comisión coincide con el reclamante en que la no prestación del consentimiento informado para la implantación del drenaje constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, pues le privó del cabal conocimiento de las ventajas y riesgos que aquella planteaba y pudo afectar negativamente a la toma de la decisión con plenitud de conocimiento.**

En principio, tal y como venimos recordando en numerosos dictámenes (242/2016; 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros), debe aceptarse como un criterio consolidado en la jurisprudencia (como recuerdan las STS de 26 de mayo de 2015 ─RJ 2015\3132─ y de 2 de octubre del 2012 ─RJ 2012\9270─) el que la falta de suministro de la debida información al paciente constituye *per se* una mala praxis. Se pone, así, de manifiesto un funcionamiento defectuoso del servicio sanitario causante de una lesión antijurídica, consistente en un daño moral, que da lugar al reconocimiento de responsabilidad patrimonial siempre, claro está, que se haya producido algún daño como consecuencia de esa actuación médica, supuesto que es el que se presenta en el presente caso.

Al abordar la extensión de la obligación indemnizatoria por ese funcionamiento incorrecto de los servicios sanitarios 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.

La indemnización se asocia, de esa forma, con carácter general, no a las consecuencias lesivas derivadas del acto quirúrgico ─aunque puedan actuar como uno de los criterios modula-

dores para fijar la indemnización—, sino a la lesión al derecho de autodeterminación de los y las pacientes, al impedirles decidir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, la asunción de los riesgos inherentes a la actuación médica.

En esa dirección se pronuncian también el Tribunal Supremo y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco (entre otras, Sentencias de TSJ 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 las 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, la Comisión estima proporcionado y razonable fijar la cuantía indemnizatoria en la cifra de seis mil euros (6.000 €)

DCJA 191/2018 pár. 39 a 47

Por la praxis

Siendo los indicados los términos para fundar la responsabilidad de la Administración sanitaria, es obligado también recordar la importancia de la prueba de los hechos que sustentan una pretensión indemnizatoria.

Sin perjuicio de la aplicación del principio de la disponibilidad y facilidad probatoria, lo cierto es que la carga de probar los hechos base de la reclamación corresponde a quien los afirma.

Podrá para ello acudir a los medios de prueba que estime más adecuados, pero entre estos no se encuentran ni las simples manifestaciones ni la mera afirmación, máxime si, como venimos insistiendo, el objeto de prueba en las reclamaciones sanitarias tiene un eminente componente técnico pues deben necesariamente analizarse la ciencia —médica— **y los medios** —asimismo específicos del ámbito sanitario— **empleados en la concreta asistencia sanitaria que se cuestione.**

Como reitera la Comisión, es esta otra de las especificidades de estas reclamaciones, en tanto, casi sin excepción, el juicio sobre la *lex artis* aplicada requiere la base de un juicio o valoración técnicos.

En efecto, salvo los contados supuestos en los que el desproporcionado resultado evidencie *per se* una mala praxis y aquellos otros en los que el título de imputación derive de lo que se

ha denominado una falta del servicio, la prueba pericial médica va a ser inevitable, al margen de que su valoración haya de realizarse conforme a las reglas de la lógica y la sana crítica que rigen la misma.

En suma, en estas reclamaciones ha de quedar probado que la actuación practicada no era la indicada y que dicha actuación ha sido la causante del daño reclamado; conclusión que exige contar con el respaldo de la voz y el juicio de los profesionales de la medicina. Solo con esa base podrá la Comisión reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

DCJA 12/2018 pár. 37 a 42

También conviene recordar las reglas que rigen la carga de probar en estos supuestos. En sintética exposición, a quien reclama la indemnización le corresponde la prueba de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el daño reclamado, mientras que la Administración debe acreditar el estándar de funcionamiento y la adecuación de su actividad a aquél. Ahora bien, la jurisprudencia ha expresado una idea de moderación en el ámbito sanitario de la exigencia de prueba del nexo causal en aplicación de la regla de la facilidad probatoria.

En casos como el presente, en el que se cuestiona **el hecho de contraer la infección en el entorno hospitalario, debe operar el principio de inversión de la carga de la prueba, en cuya virtud la Administración debe probar la adecuación a la *lex artis*** en los términos expuestos más arriba, resultando que si no lo hace procedería estimar la reclamación.

Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2008 (RJ 67/2009), "en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Ss. 20-9-2005 (RJ 2005, 7503), 4-7- 2007 (RJ 2007, 6617), 2-11-2007 (RJ 2008, 731), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada sentencia de 4 de julio de 2007, obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica".

Concretando respecto a las características de dicha obligación que "le corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de adecuación ofrecido por el servicio público en orden a la consecución del resultado de evitar, de acuerdo con estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la actuación sanitaria, las situaciones de riesgo de lesión patrimonial por eventos internos producidos por la naturaleza de los elementos empleados o por el funcionamiento intrínseco del servicio público. También le corresponde a la Administración

demandada la carga de probar la concurrencia de acontecimientos inevitables, insuperables e irresistibles producidos por causas ajenas al servicio sanitario y al riesgo que le es propio (fuerza mayor), así como la concurrencia de circunstancias demostrativas de la ruptura del nexo causal con el funcionamiento del servicio público; no siendo exigible de la parte reclamante ni demostrar que la Administración que causó la lesión antijurídica procedió con negligencia, ni probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia" —STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999/6154)—.

En todo caso, "., sea por su reconducción al campo de la fuerza mayor inevitable, sea por la presunción de culpa, y dado que el riesgo de infección hospitalaria no puede erradicarse por completo, es a la Administración a quien le incumbe la carga probatoria, de que se hallaban previstas y se aplicaron adecuadamente las medidas preventivas y de profilaxis, siendo también correcta la atención dispensada una vez aislado el germen causante de la infección, y justificado tal proceder por la Administración sanitaria, corresponde a la parte reclamante desvirtuarlo" [STS de 28 mayo 2013. (RJ 2013\4265].

A juicio de la Comisión, esta doctrina jurisprudencial debe ser especialmente atendida cuando se trata de determinar si procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en el caso de infecciones nosocomiales.

Respecto a tales infecciones nosocomiales resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha descartado como circunstancia exonerante a la fuerza mayor (SSTS 4/marzo/1983, 10/noviembre/1987, 3/noviembre/1988, 11/julio, 11 y 30/septiembre y 18/diciembre/1995, 6/febrero/1996, 26/febrero/1998, 11 y 32/mayo/1999) porque, "cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la actuación médica, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo de la persona paciente no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud (STS 11/mayo/1999)".

(…)

El reclamante sostiene que la causa de la infección hay que buscarla forzosamente en la intervención quirúrgica que se le practicó, tanto por el lapso temporal como por la virulencia de la misma, "Y esa falta de asepsia en las instalaciones en la aplicación de los protocolos de limpieza vigentes de materiales, instalaciones y personas intervinientes, debe dar lugar a responsabilidad".

Estima que, derivado del principio *res ipsa loquitur*, en los daños producidos por enfermedades nosocomiales se debe inferir la existencia de culpa de la desproporción existente entre el daño sufrido por la víctima y la afectación objeto de tratamiento.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 29 de junio de 2007 y 2 de noviembre de 2011), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial la teoría del daño desproporcionado se condensa en la afirmación de que la Administración sanitaria deberá responder de un daño o resultado desproporcionado cuando este, por sí solo, denote un componente de culpabilidad como corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la

doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que, producido un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responderá el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Pero tal presunción de actuación negligente derivada del resultado, según reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 9 de marzo de 2011), no resulta adecuada en el ámbito sanitario cuando el daño padecido constituye un riesgo propio de la actuación médica en un porcentaje considerable, de modo que lo ocurrido no pueda considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención practicada.

Ello destierra su aplicación al caso porque **la posible infección quirúrgica en fracturas abiertas se encuentra recogido entre los posibles riesgos, de acuerdo con el estado actual de los conocimientos sobre su tratamiento**, tal y como se colige de los informes que obran en el expediente ─aportados al procedimiento por la Administración sanitaria─, así como de los riesgos específicos que recoge el consentimiento informado suscrito por el paciente.

Sólo una opinión especializada (de la que aquí se carece) podría introducir una valoración de los hechos médicos distinta y, quizás, un posible respaldo a las tesis de la reclamación; pero, en ausencia de tal pericia médica, los informes obrantes en el expediente administrativo impiden resolver el caso con la teoría del daño desproporcionado.

(…)

En definitiva, **para que el daño resulte antijurídico es necesario, que no se hubieran adoptado por el hospital las medidas necesarias para evitar el contagio por dichos patógenos y que, además, no se reaccionara con suficiente agilidad una vez detectada la presencia del elemento causante de la infección**.

En el presente caso se puede constatar que en todo momento se actuó de acuerdo a los procedimientos a seguir para prevenir este tipo de infecciones, adoptándose las medidas preventivas antibióticas respecto del paciente. Además, aparte del tratamiento y vigilancia de la patología del paciente, dado el elevado riesgo de infección en este tipo de fracturas, se llevaron a cabo una serie de controles que inicialmente no detectaron la aparición de gérmenes,

Vista la tórpida evolución, tal y como recomendaba la literatura científica, se le extrajo el clavo endomedular suministrándole antibioterapia. En esta fase se realizaron los controles pertinentes que permitieron detectar la infección. Así, tras persistir la infección, se practicó una nueva intervención para realizar desbridamiento y limpieza de la zona, y continuar luego con el tratamiento antibiótico preciso.

Posteriormente, se adoptaron las pautas de profilaxis antibiótica requerida con un seguimiento continuo de su evolución. Como resultado de todo lo anterior, tras una difícil y lenta cicatrización, la herida evolucionó satisfactoriamente hasta su curación.

En opinión de la Comisión, el expediente no permite considerar la existencia de mala praxis, sino que el daño deviene de la materialización o concreción de un riesgo conocido y aceptado por el paciente mediante la firma del consentimiento informado, que no puede, por ello, ser considerado desproporcionado.

Tal y como ha quedado demostrado, el perjuicio sufrido no puede ser atribuible a la negligencia en su realización, ni a otra causa conocida, sino al estado en que se encuentran en este momento los conocimientos técnicos para su desarrollo. Así, no debemos olvidar que la práctica médica conlleva una obligación de medios y no de resultados por lo que no puede ser considerado antijurídico cualquier resultado dañoso sino solo aquel que es contrario a las exigencias de la *lex artis*.

DCJA 17/2018 pár. 46 a 86

En el presente caso el reclamante estima que existe mala praxis, derivada de la existencia de un **daño desproporcionado** generado por la actuación médica.

Ahora bien, a la vista de los diferentes informes y justificaciones existentes en el expediente, no se puede otorgar válido fundamento a dicha pretensión, ya que, de acuerdo con la **jurisprudencia** —por todas STS de 19 de mayo de 2016 (rec. 2822/2014)—, la existencia de daño desproporcionado o "resultado clamoroso" supone:

> 1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues **no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.**
>
> 2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible por su desproporción ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.
>
> 3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.
>
> 4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

> 5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.

En definitiva, **el daño desproporcionado "es aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria"** (STS de 19 de julio de 2013).

Así las cosas, en opinión de la Comisión, **el expediente no permite considerar la existencia de mala praxis, sino que, de acuerdo con las consideraciones vertidas en los informes técnicos existentes, el daño deviene de la materialización o concreción de un riesgo conocido, que fue aceptado por el paciente mediante la firma del consentimiento informado y que no puede, por ello, ser considerado desproporcionado.**

DCJA 19/2018 pár. 70 a 73

La intervención de Osakidetza quedó interrumpida en este punto **ya que** don JMSDI **decidió acudir a un centro privado, en donde se le efectuó el recambio de prótesis. Esta decisión se inserta en el ámbito de libre elección que corresponde a todo paciente, pero no se puede justificar en base a una pretendida falta de atención del hospital en que venía siendo atendido, ni siquiera a un fallo atribuible al mismo**.

Como se desprende de la historia clínica y los informes obrantes en el expediente, la infección en prótesis fue detectada por los servicios hospitalarios ya en el mes de octubre de 2015 —sin que hasta la fecha hubiera presentado signos infecciosos a pesar de las luxaciones habidas—, lo que contribuyó decisivamente a la decisión del recambio total de la prótesis, iniciada e interrumpida en el Hospital H1 y finalmente realizada en centro privado.

La circunstancia de que se detectara a don JMSDI en la atención recibida en el centro privado el 20 de enero de 2016 una trombosis venosa profunda no supone que la misma no hubiera podido ser detectada por los servicios de la sanidad pública ni, como pone de relieve el Inspector médico, que fuera resultado de una inadecuada profilaxis antitrombótica conforme a los estándares previstos en las guías de la especialidad.

Queda en consecuencia acreditado, a juicio de la Comisión, que no se produjo el pretendido retraso diagnóstico que, en palabras del reclamante, "provocó un retraso en el tratamiento, causando una relación etiológica directa con la imposibilidad de retener la prótesis". Como se ha expuesto, los riesgos de infección de prótesis son inherentes a las artroplastias y relativamente frecuentes, lo que sucedió finalmente en el presente supuesto a pesar del intenso y continuo tratamiento prestado al reclamante, sin que se aprecie mala práctica en la asistencia prestada, calificada en las conclusiones del informe del inspector médico como correcta y adecuada "tanto en los procedimientos diagnósticos realizados, como en las indicaciones quirúrgicas planteadas y también en la

propia realización de los procedimientos quirúrgico abordados", por lo que tal asistencia "se halla dentro de los límites exigidos por la lex artis".

DCJA 58/2018 pár. 48 a 51

Y en tercer lugar, procede detenernos en la cuestión atinente a **la conducta del paciente, que acudió a un centro sanitario privado de manera voluntaria y sin haber agotado todas las posibilidades para su tratamiento que le ofrecía la Administración sanitaria**. Interesa señalar que, incluso cuando tuvo conocimiento, en la consulta en ese centro el 20 de mayo de 2014, del tipo de cirugía que le proponían, no lo puso tampoco en conocimiento de esa Administración ni lo sometió a su consideración para plantear su posible realización dentro del servicio público de salud, pese a seguir recibiendo asistencia en sus servicios (traumatología, RHB [rehabilitación], Unidad del dolor).

Se advierte de inicio, al tratar esta cuestión, que el inspector médico no ha podido tomar en consideración en su informe (porque no fue aportada a tiempo) la información facilitada por el Servicio de traumatología del Hospital H3 en relación con la asistencia prestada al paciente, al que se remitió en solicitud de segunda opinión médica con anterioridad a ser intervenido en el centro sanitario privado.

Recordamos que, como hemos expuesto en el relato de hechos, el 10 de junio de 2014 una médica inspectora examinó y cursó la petición de asistencia efectuada por don FOEL el 12 de mayo anterior y solicitó una consulta al Servicio de cirugía ortopédica y traumatología del Hospital H3 para segunda opinión (folio 346). Se citó al paciente para consulta en ese hospital el 14 de agosto de 2014, pero la cita fue cancelada por él, que solicitó un cambio de fecha. Finalmente fue citado para consulta el 4 de septiembre siguiente, pero no asistió (folios 343 a 345).

Se constata que, **para cuando fue citado para obtener una segunda opinión en el Hospital H3, don FOEL ya había acudido por su cuenta y voluntariamente** (el 20 de mayo de 2014) **al centro privado Instituto** … en …, donde le ofrecieron una intervención quirúrgica reconstructiva, que se le practicó en octubre de 2014 con un resultado satisfactorio.

Esa circunstancia relevante no ha podido ser valorada por el inspector médico, que acepta en su informe lo manifestado por el paciente en su reclamación. Así, tiene en cuenta en su análisis que "El paciente el 12/05/2014 solicita una segunda opinión (pág. 31), siendo valorado por el Servicio de Traumatología del Hospital H3. Solicito información" (folio 323, en el apartado del relato de hechos), "El paciente solicita una segunda opinión, siendo valorado por el Servicio de Traumatología del Hospital H3" (folio 337, apartado del análisis del caso), y "El 12/05/2014 el paciente solicita segunda opinión que se realiza en el Hospital H3. No consta información. Solicito informe que no se recibe en el plazo previsto por la norma reguladora" (folio 340, apartado de conclusión del informe).

Don FOEL, en el relato de hechos de su escrito de reclamación, se aparta de esos datos objetivos y manifiesta que "13.- Analizada la secuencia de hechos y el erróneo funcionamiento de los servicios públicos de esta Administración, este paciente solicitó una segunda opinión médica el 12 de mayo de 2014 (…) Para esta segunda opinión le remiten al servicio de Traumatología del Hospital H3, en el que le indicaron que no tenían intención de proceder a nueva cirugía" (folios 5 y 6).

Se encuentra documentado que don FOEL realizó esa solicitud de segunda opinión dentro de la red sanitaria pública ["Solicito ser valorado en otro Servicio de traumatología con experiencia en patología del pie (especialista en calcáneo) debido a que la única solución que me ofrecen a mi problema de calcáneo es la artrodesis con una seguridad de solución del problema del 50 % o menos" (folios 31 y 348)].

Sin embargo, no puede acogerse su manifestación sobre la supuesta asistencia que recibió en el Hospital H3, que no se ajusta a la realidad, porque ni siquiera llegó a ser evaluado en el Hospital H3 al no acudir a ninguna de las citas que se le señalaron: para el 14 de agosto de 2014, primero, y para el 4 de septiembre, después.

El jefe del Servicio de cirugía ortopédica y traumatología del Hospital H3 ha informado que "El paciente solicitó una segunda opinión en nuestro Servicio en 2014. Se le concedió una consulta a la que no asistió (aportamos pantallazo de E-Osabide con la marca de inasistencia en la fecha de consulta). No disponemos de más información clínica del proceso del paciente en nuestro centro" (folio 343). Le sigue un estadillo de citas de la OSI …, del que se puede deducir que no fue atendido en el servicio mencionado por variación de citas y por no asistir a la de 4 de septiembre de 2014 (folio 345).

En relación con lo anterior llama poderosamente la atención, además, que el expediente da noticia de que el paciente siguió acudiendo a recibir tratamiento a la Unidad de dolor del Hospital H1 (el 21 de noviembre de 2014, el 16 de enero de 2015), sin manifestar que se le había practicado una intervención quirúrgica con una evolución que ya se manifestaba satisfactoria. Como reflejamos en el párrafo 59 del dictamen, también fue objeto de seguimiento en otras ocasiones en esa unidad ["el 18 de septiembre de 2015 ('No acude. Cita telefónica'); el 5 de noviembre de 2015 ('Similar. Continúa estable con el tratamiento. No puede acudir a bloqueos de lidocaína ev. Quedo en que nos pedirá cita desde su Centro de Salud si empeora'). El 8 de febrero de 2016 dicha unidad emitió informe en el que concluye que la evolución clínica del proceso postraumático sufrido por el paciente, la insuficiente respuesta a los diferentes tratamientos aplicados y la RMN realizada es compatible con un cuadro de distrofia simpático refleja (folio 246)"].

No se alcanza a comprender esa forma de proceder del paciente, que interfiere en el tratamiento y confunde en el diagnóstico de la dolencia, sin aclarar que ya no la padecía por haber sido intervenido de forma satisfactoria. Además, **tal actuación supone una infracción del 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**, en concreto del artículo 17, que contempla entre los deberes de las personas en las relaciones asistenciales en el sistema sanitario de Euskadi el de facilitar de forma veraz los datos referentes a su estado físico o de

su salud y colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios para el episodio asistencial.

Al margen de esas puntualizaciones, lo que interesa en este caso es que **la conducta de don FOEL, al no acudir a la consulta del Servicio de traumatología del Hospital H3 para recabar la segunda opinión que había demandado y, en su lugar, solicitar la asistencia en un centro privado (abstracción hecha del resultado de la asistencia prestada en él), interfiere en la relación de causalidad entre la actuación médica de los servicios de Osakidetza y el daño que les pueda, eventualmente, ser atribuible.** No puede imputarse a la Administración sanitaria un error en el diagnóstico o infracción de la *lex artis* cuando la actuación del recurrente ha impedido a los servicios sanitarios desplegar toda su actividad, que podría haber permitido, en su caso, adoptar otras medidas o decisiones terapéuticas.

Se ha de apuntar de inicio que acudir a la sanidad privada no es una opción cuando la sanidad pública puede prestar asistencia, como la ofrecida en este caso. Como ejemplo, la STSJ Asturias núm. 981/2016 de 30 noviembre (JUR 2017\177238) recuerda que "para que pueda reclamarse el reintegro de dichos gastos por vía de reclamación de responsabilidad patrimonial es preciso que se haya producido un supuesto de desatención, retraso relevante o denegación injustificada de prestaciones correspondientes al sistema nacional de salud, como ha declarado la jurisprudencia. Ya que como regla general no se puede reconocer al paciente el derecho a decidir unilateralmente siempre y en todo caso, pues ha de acudirse al caso concreto en orden a su determinación".

Nos hallamos ante un supuesto en que la propuesta de cirugía del Hospital H1 no resultó la única y definitiva, ya que se encontraba pendiente de revisión por el Hospital H3, donde se realizaría al paciente el estudio pertinente. Por ello, no puede calificarse de desacertada o no ajustada a la *lex artis* —ni de lo contrario— dicha propuesta de tratamiento.

Y en ese contexto, la inasistencia del paciente a la consulta del Hospital H3 para obtener una segunda opinión médica que él mismo había solicitado supone una alteración clave de la relación de causalidad existente entre la pretendida inadecuada asistencia sanitaria prestada en el Servicio de traumatología de la OSI … y el daño que se dice producido. **Con esa inasistencia se impidió que Osakidetza pudiera revisar la actuación realizada y proponer, en su caso, nuevos tratamientos o alternativas quirúrgicas, de modo que, únicamente debido a la exclusiva voluntad del interesado, acudió a recibir la asistencia sanitaria privada**.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 27 enero 2010 —RJ 2010\228—, STS de 4 junio 2010 —RJ 2010\5508— y la STS de 7 de octubre de 2011 —RJ 2011\7539—, entre otras) se puede considerar que la conducta de don FOEL ha producido una ruptura del nexo causal entre la asistencia sanitaria y el daño alegado por el reclamante, al impedir el seguimiento y revisión en el Hospital H3 que podría haberle conducido a otra solución diagnóstica y reparadora.

En resumen, tampoco desde esta perspectiva dialéctica puede apreciarse que concurra responsabilidad patrimonial, porque concluiríamos con la ruptura del nexo causal producida por la actuación del reclamante, teniendo en cuenta que en el fundamento de aquella puede sub-

yacer un error o retraso diagnóstico y, en su caso, de indicación terapéutica, que no ha sido completada por causa imputable al propio paciente, que ha interrumpido la secuencia prevista para su adecuado tratamiento.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, núm. 976/2015 de 22 mayo (JUR 2015\155183): "En esas condiciones la reclamación de responsabilidad debe ser desestimada; cuando la administración consigue ponerse en marcha y llama al actor para culminar el procedimiento, éste se niega y, en aplicación de su libertad, va a un centro privado. Ello impide acoger la queja de responsabilidad, pues la relación entre el daño sufrido y el actuar de la administración quiebra por el propio actuar del mismo afectado".

Para finalizar conviene reiterar que la prestación sanitario-asistencial no puede garantizar ni la completa sanidad ni la indemnidad del paciente, sino que únicamente ha de considerarse como una obligación para la prestación de los medios para su restablecimiento que la ciencia pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales en cada momento (por todas, cabe citar la STS de 9 de octubre de 2012 —RJ 2012\10198—).

Por ello, garantizada la puesta a disposición de don FOEL de los medios de que dispone la Administración sanitaria, según ha quedado expuesto, la inasistencia del paciente a la segunda opinión médica ha de ser considerada como una causa de tal entidad que rompería por la única voluntad del interesado el nexo causal que pudiera concurrir en el supuesto y excluye la responsabilidad patrimonial de dicha administración.

DCJA 72/2018 pár. 106 a 125

Así, el informe del inspector médico expone una serie de consideraciones técnicas generales sobre el cáncer de mama y los medios de prevención y detección anticipada. Al analizar el caso, el informe constata que "se tarda menos de dos meses desde que se detecta el bulto en la mama izquierda hasta que inicia tratamiento con estudio completo. Si realizamos valoración sobre la si ha habido o no vulneración a la Lex Artis, la descripción de hechos recoge exhaustivamente los medios técnicos usados y el tiempo empleado para dar una rápida respuesta e inicio de tratamiento"; y concluye su informe en este aspecto que "valorando el caso de Dña. MAGE, se constata que el tiempo empleado desde que se detecta el bulto en la mama izquierda hasta que inicia tratamiento con estudio completo es menor a dos meses. Los medios técnicos empleados han sido adecuados con celeridad en el tiempo de respuesta e inicio de tratamiento… En definitiva, a juicio de este Médico Inspector, no se ha producido vulneración en la lex artis en la asistencia médica prestada".

Por su parte, la reclamante tampoco pone en duda la eficacia y calidad de la asistencia sanitaria recibida desde que se detectó la dolencia, sino que se centra en argumentar sobre el otro motivo que será objeto de nuestra atención seguidamente.

Como recoge el informe del inspector médico, "**El Programa de Detección Precoz del cáncer de Mama (PDPCM), está ofertado por Osakidetza y se realizan mamografías bilaterales en doble proyec-**

ción, dirigido a mujeres de 50 a 69 años. El objetivo del mismo es detectar los cánceres de mama en el estadio más precoz posible; con el fin de disminuir la mortalidad por dicha causa y alimentar la calidad de vida de las afectadas, realizando un mayor número de tratamientos quirúrgicos conservadores no mutilantes. Es voluntaria la participación y por ello (según se recoge en el escrito de justificación), se realizan campañas de sensibilización tanto a los profesionales como a la población dando a conocer el programa y estimulando la participación de las mujeres (población diana) en el mismo".

La participación en el mismo es voluntaria, en el sentido de que la asistencia a la práctica de las mamografías preventivas (una cada dos años) queda a la libre decisión de la persona usuaria, quien es avisada mediante comunicación escrita desde la Administración sanitaria al llegar a la edad en que comienzan las revisiones: los 50 años de edad (40 años para quienes tengan antecedentes familiares de cáncer de mama de primer grado).

La cuestión radica en la identificación del colectivo al que se refiere y, como indica el informe de la responsable del programa en …, deben diferenciarse dos etapas: (I) de 1997 a 2008, período en el que se obtenía los datos de los padrones municipales —en lo que se incluían el domicilio de residencia—, y (II) posteriormente a dicho año al quedar suspendida la aportación de datos desde los padrones en aplicación de la Ley 2/2004, de 25 de febrero, de ficheros de datos de carácter personal de titularidad pública y de creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos, y del Decreto 308/2005, de 18 de octubre, que la desarrolló, en que los datos son remitidos desde el Instituto Vasco de Estadística (EUSTAT) pero en los que no se incluyen ni el DNI ni el código postal, datos que resultan imprescindibles para poder remitir las invitaciones de participación en el programa. En la actualidad, además de la labor de difusión que se realiza en los propios centros de salud, se realizan periódicamente campañas de publicidad de la existencia del programa, labor en la que colabora activamente la Asociación de Mujeres Afectadas de Cáncer de Mama y Ginecológico quien, junto con técnicos del programa, profesionales de las unidades de patología mamaria de … y autoridades sanitarias y de la Administración foral, llevan a cabo anualmente una rueda de prensa monográfica, realizando, además charlas informativas en los diferentes municipios.

Por lo que respecta a la no inclusión de doña MAGE en el programa, el informe de la responsable para … del programa da cumplida explicación:

> El Programa se desarrolla en ciclos bienales (vueltas), incorporando al mismo cada dos años las dos cohortes de nacimiento de mujeres que tendrán 50 51 años en la vuelta correspondiente, En este sentido, a finales de 2004 se incorporaron para la siguiente Vuelta (2005-2006) las mujeres aportadas por los padrones municipales de … nacidas en los años 1955 y 1956. Usted, MAGE, no constaba entre dichos registros.
>
> En la siguiente incorporación de datos de padrón (enero de 2007) para la siguiente vuelta (2007-2008), además de las mujeres nacidas en 1957 y 1958, se incorporaron las altas producidas en los padrones desde el último contacto de las mujeres nacidas entre 1941 y 1956. Tampoco en esta ocasión sus datos estaban entre los registros de altas.

Como se ha indicado, **es a partir de 2008 cuando la base de datos del programa deja de nutrirse de los padrones municipales y es precisamente en ese año cuando doña MAGE se empadrona por primera vez en territorio de la CAPV**, concretamente el 13 de noviembre de 2008, según acredita la copia del certificado del Padrón de Habitantes aportado por la reclamante junto a su escrito de reclamación.

Así pues, **no se trata de ningún olvido ni de fallo en la gestión del programa, sino que no existe mecanismo legal que permita a la Administración sanitaria comunicarse directa y personalmente con el colectivo al que se dirige el programa, salvo cuando voluntariamente sus integrantes se ponen en contacto con aquella. De ahí que no pueda mantenerse en el supuesto que examinamos trato discriminatorio alguno en contra de la reclamante**.

DCJA 122/2018 pár. 33 a 40

Conviene apuntar a ese respecto que la Comisión, para emitir su parecer sobre las cuestiones técnico-médicas que puedan suscitarse, no puede sustraerse del análisis y valoraciones especializadas emitidas en el procedimiento.

Además, **para valorar si Osakidetza incurrió o no en tal error de diagnóstico la Comisión entiende que no basta con reparar de manera retrospectiva en el diagnóstico finalmente determinado y contrastarlo con el inicialmente manejado, sino que entran en juego y han de ponderarse las circunstancias en que se estableció el diagnóstico inicial y valorar las actuaciones médicas (diagnósticas y terapéuticas) en atención al momento en que se llevaron a cabo.**

Resulta relevante en esa labor analítica que afronta la Comisión la opinión especializada técnica del órgano de la Inspección médica, en el sentido de contradecir la existencia de un error de diagnóstico y de una mala praxis de los servicios de Osakidetza.

(…)

En definitiva, frente al tratamiento conservador instaurado a la paciente (con AINE y analgesia, además de la FT que refería realizar), la intervención quirúrgica se presenta, según ha expuesto la inspección médica (con referencia a bibliografía científica) y el Servicio de reumatología del Hospital H1 (con apoyo en unos artículos médicos que acompaña), como una elección cuando existe afectación neurológica. Pero en este caso no concurría esa afectación, como se colige de todos los informes médicos que figuran en el expediente, incluidos los de los centros privados en que fue atendida doña NCG. Y nada se ha alegado de forma solvente en contra de esa posición.

Resulta, por tanto, razonable aceptar que, como sostienen el Servicio de reumatología y el inspector, **a falta de signos de afectación neurológica, de haber alcanzado los servicios**

de Osakidetza el diagnóstico de certeza en un momento anterior, "no se habría tomado decisión terapéutica distinta, fuera de la fisioterapia y la analgesia que ya se recomendaron".

Por ello, tampoco cabría afirmar que se haya colocado a la paciente en una situación de pérdida de oportunidad de obtener un resultado más favorable en la evolución de la lesión. Además, hay que tener presente que la paciente no se ha encontrado desasistida cuando ha acudido a los servicios de Osakidetza, que le instauraron los tratamientos en atención a su situación en cada momento.

DCJA 164/2018 pár. 56 a 68

En el presente caso, **el fundamento de la reclamación no es atribuible a un mal funcionamiento del mobiliario de la instalación hospitalaria sino, más bien, a la falta de diligencia del personal y la falta de adopción de las medidas necesarias que hubieran evitado el daño producido.**

Así, el escrito de reclamación expone que, "derivado la negligente atención sanitaria prestada en el Hospital H1 a su madre donde acudió a urgencias el 7 de noviembre 2015 por una insuficiencia cardiaca y a los cinco días, estando ingresada en cardiología, debido al empleo de medios inadecuados y a la falta de control de los mismos, ya que **dentro de noche se le dejo sin vigilancia permanente de compañía, a pesar de su edad, … años, y de que se encontraba agitada, sufrió una herida en la zona pretibial de la pierna derecha al introducirla entre las barras de la barandilla de su cama".**

También considera que las deficiencias en la prestación del servicio se concretan en que, "a pesar de los factores de riesgo que presentaba la paciente a padecer lesiones (tanto úlceras por presión, hematomas o heridas por golpes contra elemento rígidos) el centro no adoptó ninguna medida de seguridad que evitase que aquella se produjera lesiones al margen de la colocación de las barras laterales para evitar que se levantase", que las mismas hubieran perdido "su potencial lesional con solo protegerlas con elementos acolchados o interponiendo almohadas entre la paciente y las barra metálicas".

Por ello, estima que se le causó una privación de expectativas de otra evolución de la enfermedad o, lo que es lo mismo, la pérdida de oportunidad terapéutica; doctrina que se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente.

Resulta, por tanto, que la base de la pretensión indemnizatoria es la supuesta inactividad de la Administración, elemento a partir del cual se define el funcionamiento anormal causante del daño. En este caso, la falta de adopción de las medidas de seguridad y vigilancia necesarias para evitar que la paciente se lesionara con las barandillas laterales de seguridad de la cama.

(…)

En este sentido el informe de la Inspección médica realiza una serie de consideraciones médicas sobre los cuidados y seguridad del paciente y sobre las ulceras por presión que presentan los pacientes encamados y que pueden agravar su estado de salud, provocando una infección local o sistémica, alargando la estancia hospitalaria, aumentando la dependencia del paciente hacia sus cuidadores, generando una importante sobrecarga asistencial o incluso el fallecimiento.

El inspector médico detalla que el Decreto 78/2016, de 17 de mayo, sobre medidas de seguridad de pacientes, señala que cada centro tendrá que contar con un plan de seguridad en la asistencia sanitaria, que deberá ser conocido por el todo el personal. Y que, entre los diferentes protocolos de seguridad necesarios, contempla la minimización del riesgo de lesiones por caídas y úlceras por presión.

También explica las prácticas seguras relacionadas con cuidados de enfermería en la prevención de este tipo de patologías, los factores de riesgo y la importancia de los cuidadores. Posteriormente, analiza el papel de las barandas de las camas en la prevención de accidentes y las lesiones que estas producen y su incidencia en pacientes de edad avanzada.

Finalmente, detalla las diferentes úlceras en pacientes encamados, que se diferencian en cuatro tipos en función del factor etiológico específico que las condiciona, entre las que destaca las lesiones por fricción entre la piel y otro plano, detallando el plan de cuidados que se realiza con este tipo de pacientes.

En cuanto al análisis del caso, señala que **este tipo de pacientes por la edad avanzada, el estado de nutrición, el estado de la piel, enfermedades previas, etc. tienen riesgo de úlceras, siendo frecuentes las úlceras por presión**. Explica que:

> En nuestro caso se tomaron todas las medidas protocolarizadas para la prevención y tratamiento de este problema, como así se desprende del informe técnico de cuidados de enfermería donde se especifican los estudios y medidas preventivas al ingreso de la paciente, así como también las curativas y de educación sanitaria a tener en cuenta a partir del alta hospitalaria. Tanto unas como otras se llevaron a cabo según los protocolos de Osakidetza, …; coincidente con los de todos los servicios de salud y de acuerdo con la bibliografía europea.
>
> En esta paciente se daba la circunstancia de no ser probable que se dieran las úlceras por presión, ya que se levantaba acompañada a la silla o la silla de ruedas y en la cama no estaba inmóvil, cambio de postura a voluntad, encontrándose además intranquila, en ocasiones verborreíca y agitada por lo que las medidas de acolchamiento como protectores o almohadas no tenían ningún efecto preventivo debido a su agitación.
>
> El riesgo era que por agitación se cayese de la cama en su intento por salir de ella, por ello la medida de prevención era la barandilla, …, que previene pero también produce accidente si no va acompañada de la vigilancia adecuada.

En cuanto a las barandillas, expone que **cualquiera de las diferentes existentes tienen un hueco en el que un paciente agitado puede colarse o introducir una extremidad o incluso saltarse por encima. Destaca que no existe el modelo estanco, seguro y libre de riesgos para un paciente de estas características**. Incluso los protectores acolchados y almohadas pueden llegar a asfixiar a una paciente con la cara atrapada entre la baranda y el colchón, por tanto no existe el riesgo cero ni la seguridad total para estos casos.

Sobre las circunstancias concretas del caso explica que:

> La paciente se produjo una herida la zona pretibial de su pierna derecha, levantándose la piel al rozar con la baranda o con alguna parte de la cama, sobre las 12:30 de la noche.
>
> Según el informe de enfermería y de los encargados de mantenimiento, la cama se retiró al taller para su revisión, como se hace habitualmente, al día siguiente de producida la herida en la paciente, sustituyéndola por otra como es lógico, comprobándose que se encontraba en condiciones de uso y funcionaba correctamente y que era un modelo homologado, por lo que se puso de nuevo en uso.

El Inspector considera que las barandas son buenas pero siempre que se vigile también al paciente, y la única forma de hacer esto de una forma continuada y segura es con un cuidador dedicado a esta tarea. Afirma que no existe personal sanitario en ningún hospital para dedicarse a este acompañamiento permanente, labor que viene haciendo tradicionalmente la familia del paciente o un cuidador *ex profeso* designado por esta.

Explica que la paciente estaba muchas horas del día sin acompañante, a veces de mañana y a veces de tarde, pero siempre de noche, por lo que desde el principio del ingreso se sucedieron las noches en que la paciente estaba en circunstancias precarias, ya que el personal de enfermería no puede estar permanentemente con un paciente. Así, la primera noche ya tuvo que llamar la propia paciente porque se ahogaba, posteriormente se sucedieron las noches de agitación, verborrea, miedo, angustia, etc., en que llamaba a su familia.

(…)

Dentro de ese estándar, esta Comisión entiende que se adoptaron todas las medidas establecidas en los protocolos para la prevención y tratamiento de la paciente. Por su parte, la reclamación relativa a la falta de personal de vigilancia y acompañamiento ya ha sido convenientemente rebatida, al señalar que **ningún hospital dispone de los medios necesarios, ni personal suficiente para realizar un seguimiento permanente de cada paciente. En todo caso, esa vigilancia más exhaustiva y permanente en pacientes con necesidades especiales entra dentro de la esfera de las obligaciones de los familiares**, pero fuera del estándar de atención que se ha de proporcionar habitualmente a los enfermos en un centro hospitalario.

Y tal y como hemos señalado, este tipo de atención se encuentra fuera de los estándares de prestación de servicios de cualquier centro hospitalario por lo que no cabe imputar negligencia alguna a la conducta del personal del servicio, que cumplió adecuadamente sus obligaciones aplicando en todo momento la diligencia necesaria de acuerdo a los protocolos establecidos a los efectos.

En este supuesto, la familia asumió un riesgo potencial que era evidente que existía. Ya que, derivado del estado de inquietud, desasosiego y desorientación que tenía, existían riesgos potenciales para su salud o su integridad física y, teniendo en cuenta además las advertencias del servicio de enfermería, los asumieron, por lo que solo cabe hablar de que existió una exposición imprudente a los mismos por parte de sus familiares, que finalmente ocasionaron las heridas.

En base a lo expuesto, la Comisión considera que no cabe imputar la responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria cuando el resultado dañoso se produce por descuido, omisión o falta de diligencia exclusivamente de la propia víctima o sus familiares. Sin que pueda obligarse a la Administración sanitaria a emplear medios personales de los que no dispone para evitar eventuales manipulaciones de las instalaciones sanitarias y sus elementos o accidentes en su utilización por parte de los enfermos.

DCJA 181/2018 pár. 35 a 63

Por la pérdida de oportunidad

Volviendo al caso, la Comisión estima, a tenor de lo señalado, que en la actuación de la Administración sanitaria puede apreciarse, al menos, una falta de servicio que se materializó al no profundizar en la confirmación o descarte, mediante las pruebas necesarias, de la existencia del bulto referido por la paciente en su mama izquierda. Es preciso citar también aquí al propio inspector cuando establece, en relación con los cánceres como el que nos ocupa, denominados "de intervalo", que:

> En los programas de cribado para diagnóstico precoz del cáncer de mama que se aplican a mujeres asintomáticas —como el existente en el ámbito de Osakidetza— el protocolo de las unidades de detección establece que si la mamografía revela cambios mamarios claramente benignos no se requiere control radiológico hasta la siguiente vuelta del programa, salvo que aparezcan alteraciones palpables, en cuyo caso procede seguir con la investigación, practicando pruebas radiológicas complementarias: nuevas proyecciones, otras técnicas mamográficas y/o ecografía, etc. Por tanto, no procede si no hay alteraciones palpables y en este caso, en ese momento, no las hubo.

Si en este razonamiento admitimos que, como defiende la reclamante, sí hubo alteraciones palpables —aunque no fueran palpadas por la especialista—, hemos de apreciar la existencia de mala praxis, al no seguir, en términos del propio inspector, con la práctica de "pruebas radiológicas complementarias: nuevas proyecciones, otras técnicas mamográficas y/o ecografía, etc.".

Ahora bien, para poder apreciar una pérdida de oportunidad terapéutica para el paciente no basta con la materialización —con las matizaciones expuestas— de este primer requisito sino que, tal y como hemos adelantado, también precisa de otro segundo, que consiste en exigir que la incertidumbre causal sea estricta o, lo que es lo mismo, que las posibilidades de evitación del daño sean serias, reales y dotadas del correspondiente sustento probatorio.

Este segundo requisito mantiene la existencia de responsabilidad patrimonial en unos márgenes que sólo se pueden establecer de forma casuística, pero sobre los cuales la doctrina, a la hora de su formulación en abstracto, reconoce la existencia de un límite inferior, en aquel punto en el que resultará poco probable que, en el caso de haberse actuado de forma diferente, se habría evitado el resultado dañoso. El límite superior lo marcaría, por su parte, la inexistencia de incertidumbre en la relación causal, esto es, cuando el daño se vincularía directa e inevitablemente a la actuación, en este caso, sanitaria.

La inclusión de un supuesto médico como el que nos ocupa dentro de los mencionados límites constituye nuevamente una cuestión eminentemente técnica en la que, como hemos adelantado en nuestra aproximación inicial, cobran gran importancia los informes técnicos.

En el presente caso, es nuevamente el inspector médico el que se pronuncia sobre esta cuestión, apreciando escasas probabilidades de un devenir diferente de la enfermedad de doña MCAL. Según señala su informe:

> Suponiendo que se hubiera actuado incorrectamente en la consulta ginecológica de 7.09.16 por un juicio diagnóstico erróneo —lo que a mi juicio no se acredita— y el consiguiente retraso diagnóstico, cabría exigir una responsabilidad si el daño por el que se reclama derivase efectivamente de ese retraso. Pero no se aprecia una relación de causalidad entre el retraso diagnóstico y las consecuencias (clínicas, terapéuticas, funcionales, emocionales, económicas, etc.) del cáncer de mama que padece, las cuales con toda probabilidad habrían sido las mismas aún si el diagnóstico se hubiera adelantado en tres meses. No se acredita que, por ese breve espacio de tiempo transcurrido, se haya producido una variación significativa en el pronóstico o en los requerimientos de tratamiento del cáncer de mama que refiere la interesada.
>
> Por otra parte, achacar una "pérdida de oportunidad" (de supervivencia) a la atención médica que se cuestiona exige alcanzar una razonable certeza de que la actuación médica que hubiera debido prestarse habría evitado el daño por el que se reclama, algo que en este caso no es posible establecer. En el estudio sobre los cánceres de intervalo al que se ha hecho antes referencia se constató, entre otros datos, que un tercio de estos cánceres se diagnostica en el primer año tras la mamografía de cribado y que estos tumores "suelen detectarse en estadios más avanzados que los cánceres detectados por el programa de cribado" suponiéndoseles una mayor agresividad histológica. Ese fue el caso, lamentablemente, del tumor diagnosticado a la interesada: cáncer de mama multifocal y con metástasis hepática. El mayor de los nódulos se clasificó como pT2, G3, N0 (no afectación axilar tras el análisis quirúrgico de ganglios linfáticos), RE (+++), RP (+), HER2 (+++), KI-67 25 %. El grado histológico G3 conlleva un peor pronóstico. La sobreexpresión del HER2 (Cerb2) es clínicamente importante porque confiere al tumor

un comportamiento biológico agresivo. Por otra parte en relación con el valor pronóstico del HER-2 se sabe que en las pacientes con ganglios negativos, la sobreexpresión de HER-2 es un predictor independiente de peor pronóstico en cuanto a supervivencia libre de enfermedad (lo que lleva a aconsejar terapia adyuvante tras la cirugía en pacientes con ganglios negativos y sobre expresión de HER-2).

Inicialmente, tras la cirugía (mastectomía + reconstrucción mamaria + estadificación axilar con biopsia de ganglio centinela) y a la vista del diagnóstico anatomopatológico se le propuso tratamiento de quimioterapia (QT), seguida de radioterapia y hormonoterapia:

(…)

Posteriormente, en el obligado estudio de extensión, se constataría la existencia de una metástasis en hígado (M1), por lo que, en consulta de fecha 25.04.17, se le reiteró la naturaleza maligna de su enfermedad y se le explicó a la paciente su mal pronóstico (no curabilidad), planteándosele un tratamiento de ”quimioterapia paliativa acompañada de doble bloqueo Her2” [pág. 61], que inició ese mismo día. Es decir, la paciente fue diagnosticada de un cáncer de mama en estadio IV, circunstancia que se da en un 5-6 % de las pacientes con cáncer de mama. En el estadio IV (cuando el tumor se ha extendido fuera de la mama) el tratamiento más importante es el sistémico (quimioterapia, hormonoterapia, etc,) y la elección de uno u otro depende tanto de factores que afectan al tumor como a características de la paciente, incluyendo sus deseos. El arsenal terapéutico es muy amplio en cáncer de mama y la decisión se toma habitualmente entre el oncólogo médico y la paciente.

Dado que la gravedad del cáncer de la interesada tiene que ver, sobre todo, con la agresividad del tipo concreto de cáncer que presenta, nada permite suponer que habría sido mejor su comportamiento si se hubiera sospechado de su existencia en octubre y no en diciembre de 2016. Es decir, no se acredita ─ni hay dato o indicio alguno que permita suponerlo─ que este cáncer de mama habría tenido un mejor pronóstico o no habría hecho metástasis hepática si se hubiera diagnosticado tres meses antes. Tal y como se ha explicado en el apartado anterior (pág. 9 de este informe) hoy se sabe que algunos tumores tienen una gran capacidad de hacer metástasis a distancia, aun siendo pequeños y sin afectación ganglionar, tumores de mal pronóstico *per se*.

El razonamiento del inspector, que como ya hemos adelantado no ha sido refutado por la reclamante más que con su propia opinión al respecto, resulta concluyente para rechazar la pérdida de oportunidad terapéutica.

Pese a reconocer la cruda y dolorosa vivencia sufrida por doña MCAL, la Comisión estima que no puede darse por acreditada la existencia de esa pérdida de oportunidad en la reclamante ya que, de acuerdo con los argumentos y conclusiones ofrecidos por el informe del inspector médico ─que esta Comisión no puede sino asumir al carecer de otras fuentes de carácter técnico sobre las que apoyar su dictamen─, **no hay dato o indicio algu-**

no que permita suponer que el cáncer habría tenido un mejor pronóstico o no habría hecho metástasis hepática si se hubiera diagnosticado tres meses antes.

Por tanto esta Comisión comparte la propuesta de resolución denegatoria de Osakidetza.

DCJA 68/2018 pár. 72 a 80

G) Urbanismo

La parte reclamante basa su reclamación en el lucro cesante ocasionado por la privación del derecho a utilizar 7 habitaciones en el legítimo ejercicio de su actividad, una vez reconocida judicialmente la obtención de la legalización de las mismas por silencio administrativo, "lesión patrimonial antijurídica, real, individualizada y evaluable económicamente, cuya causa directa y exclusiva se halla en la denegación de una licencia ajustada a derecho, de forma errónea y por lo tanto, deficiente, en una materia objetiva, sin que la Administración pueda actuar de forma discrecional, reveladora de un claro déficit en la actividad municipal que da derecho a los reclamantes a ser indemnizados en los daños y perjuicios sufridos y que han quedado acreditados con la abundante documental acompañada".

En la propuesta de resolución, el ayuntamiento entiende que, en este caso, la resolución administrativa anulada se mantuvo en márgenes de apreciación razonados y razonables. De forma genérica sostiene que:

> La solicitud de legalización de la ampliación de la actividad se deniega motivadamente en base a la aplicación de las Normas Urbanísticas del PGOU; en concreto en base a la normativa que con carácter general regula el uso de las edificaciones residenciales; normativa que los servicios técnicos y jurídicos del Ayuntamiento consideran de aplicación a la solicitud.
>
> (...)
>
> El hecho de que posteriormente los Tribunales hayan considerado, en base una elaborada y compleja interpretación —ver el fundamento segundo de la sentencia del TSJPV en el que se resume— de las Normas Urbanísticas del PGOU del 2010, que la ampliación debía de haberse autorizado en aplicación de las normas del Plan Especial de la Parte Vieja no convierte la actuación municipal en irrazonable ni a la denegación en "improcedente" a efectos indemnizatorios.
>
> Es más, incluso la propia sentencia del TSJPV en el fundamento séptimo anteriormente transcrito viene a reconocer la complejidad de la controversia jurídica e implícitamente reconoce que la actuación del Ayuntamiento al denegar la licencia para la ampliación ha sido razonada y razonable.

> Y lógicamente, habiéndose razonado y razonablemente denegado la solicitud de legalización de la ampliación de la actividad, resulta también razonado y razonable que se ordenara la clausura de la actividad.
>
> Finalmente, y desde la perspectiva de justicia material, hay que tener en cuenta que los hoy reclamantes ejercieron la actividad ilegalmente desde el año 2008 hasta el 6 de diciembre de 2012 en 4 de las habitaciones y el 10 de julio de 2013 en las otras 3. Esto es, hay que tener en cuenta que obtuvieron beneficios ilegales.

De forma más precisa, se añade que:

> Parece razonable que los técnicos municipales consideren en sus informes que, a la solicitud de licencia para legalizar la actividad de pensión en el edificio residencial sito en … n° …, que se presenta el 12 de agosto de 2011, le son de aplicación las Normas Urbanísticas Generales del PGOU aprobado el 25 de junio de 2010.
>
> Esto es, parece razonable que consideren en sus informes que a la solicitud le es de aplicación lo dispuesto en el, a la sazón, vigente artículo 59, para las edificaciones residenciales situadas en, entre otras, las Parcelas "a.10 Residencial de casco antiguo"; eso es, que le son de aplicación las limitaciones establecidas para todas esas parcelas en el apartado 2;1.E de ese artículo 59.
>
> Hay razones poderosas para ello.
>
> En primer lugar, el edificio residencial sito en … n° … está ubicado en una parcela "a.10. Residencial de casco antiguo".
>
> En segundo lugar, las razones que explican y justifican las limitaciones a la implantación de usos hoteleros en los edificios residenciales de la ciudad tienen tanta o más razón de ser si cabe en el ámbito urbanístico de la Parte Vieja.
>
> También en ese ámbito es necesario garantizar que, en atención a su naturaleza y carácter, las parcelas residenciales se destinan de forma predominante al uso de vivienda.
>
> Y, en consecuencia, también en ese ámbito es necesario limitar la posibilidad de implantar usos terciarios hoteleros en las edificaciones residenciales.

Antes de adentrarnos en el fondo del asunto 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 el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, **una serie de supuestos indemnizatorios**, cuyo sustrato común es la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Entre ellos se incluye en la letra d): "la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado".

Dicha previsión no es novedosa, ya que también figuraba, en el artículo 240 del Texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio, artículo 44.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del suelo, artículo 30.d) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y de allí paso al artículo 35 del Texto refundido de la Ley del suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio.

La jurisprudencia ha entendido que si bien ello supone una cierta objetivación de los supuestos indemnizatorios, porque no constituye una relación cerrada y tasada, ha negado la automaticidad del derecho a la reparación, una vez descartada la *exceptio doli* que el propio precepto incorpora, porque siguen rigiendo los requisitos generales del instituto de la responsabilidad patrimonial.

El hecho de que ahora no se añada "en los casos y con la concurrencia de los requisitos establecidos en las normas que regulan con carácter general dicha responsabilidad", como sucedía en la Ley del 1992 y 1998, no debe llevar a entender que han sido omitidos.

En este caso, las razones señaladas por los reclamantes, junto con la circunstancia de haber presentado la reclamación con una escasa antelación al día en el que se cumplía el plazo de un año desde que le fue notificada la sentencia del TSJPV, indican que estamos ante un supuesto de los recogidos en el artículo 67.1 párrafo segundo LPAC.

El artículo 32.1, párrafo segundo, de la LRJSP dispone 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. **Desde luego, 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.**

Por su claridad, resulta procedente la cita de la Sentencia n.º 752/2016 de 2 de noviembre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Jur. 2017/2267):

> Para resolver la apelación debemos partir de la consideración que el supuesto indemnizatorio previsto en el apartado d) del artículo 35 de la Ley estatal del Suelo de 2008 (entonces vigente), no establece un sistema de responsabilidad objetiva derivado de la simple constatación de haberse producido la anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades o por la constatación de una demora en su otorgamiento o su denegación improcedente, unido a la no apreciación de "dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado". Se exige algo más pues, por una parte, el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional de los actos o disposiciones a administrativas no presupone derecho a la indemnización y, de otro lado, en los casos de demora es preciso que ésta

sea “injustificada” y en los casos de denegación ésta debe ser “improcedente” (art. 35. d, de la LS). Ello requiere profundizar algo más que la mera constatación (en lo que ahora no importa), de haberse denegado una licencia urbanística y haberse declarado nula o anulada por los Tribunales la resolución administrativa denegatoria de la licencia. Es necesario hacer un juicio valorativo sobre el actuar administrativo para comprobar si la Administración ha actuado dentro de unos márgenes de razonabilidad.

En la actualidad, **es doctrina consolidada que la regulación** ─actual 32.1 LRJSP─ **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**.

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 32.1 LPAC─ 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 apre-

ciación, 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.

Como concluyen las STS 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, analizada en los apartados anteriores, la Comisión considera que no cabe imputar al Ayuntamiento de San Sebastián responsabilidad por la Resolución de 29 de noviembre de 2011 del Concejal Delegado de Información, Participación y Medio Ambiente, por la que se deniega la legalización de la ampliación de la actividad de la pensión …, dado que se sustentó en motivos razonados y razonables.

Ciertamente, al tratarse la concesión de licencias urbanísticas de un ejercicio de potestades regladas es más difícil estimar que el proceder público transcurre por cauces de razonabilidad cuando deniegue una licencia a la cual se tenía derecho o se retrase en su otorgamiento. No obstante, debemos tener en cuenta la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que como hemos argumentado se concluye la exoneración de responsabilidad a la Administración también en determinados supuestos de potestades regladas.

En el asunto que se examina lo que **se plantea es el derecho a una indemnización por denegación improcedente de la licencia de actividad, pero lo característico del caso es que participa también de una demora en su otorgamiento, ya que se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver y notificar la resolución denegatoria, lo que ha provocado que se produjera, una vez analizado que no era *contra legem*, el otorgamiento de la licencia por silencio positivo.**

Como ha quedado expresado en los hechos, la actuación administrativa se ha desplegado, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco (LGPMA). La solicitud de licencia para legalizar la ampliación de la actividad de pensión se presentó el 12 de agosto de 2011, por lo que era aplicable el régimen dispuesto con anterioridad a la reforma propiciada por la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

De esa forma, el expediente fue sometido a exposición pública y fue notificado personalmente a los vecinos inmediatos al lugar donde iba a emplazarse la ampliación de actividad. También se recabaron los informes técnicos necesarios atendida la naturaleza de la actividad.

Tras el informe técnico del arquitecto municipal acerca de su no conformidad con la ordenación urbanística, de 18 de noviembre de 2011, se emite la Resolución de 29 de noviembre de 2011 del Concejal Delegado de Información, Participación y Medio Ambiente, que deniega la legalización.

Teniendo en cuenta la fecha en solicitud (12/8/2011), cuando dicha resolución se dicta (29/11/2011) todavía no había finalizado el plazo de seis meses previsto por el artículo 60 LGPMA.

Aunque el citado artículo 60 LGPMA pone como *dies a quo*, correctamente, el de la fecha en que se presenta formalmente la solicitud de licencia, y como *dies ad quem,* incorrectamente, el de emisión de la resolución expresa por el órgano competente, hay que entender que este es, a la vista de la remisión que hace al artículo 43 LRJPAC, el de notificación de la resolución expresa.

En ese sentido, **es al producirse la notificación, por razones que se desconocen, cuando se materializa el retraso injustificado**, ya que no se notifica la resolución hasta el 28 de febrero de 2012, produciéndose antes el acto por silencio administrativo positivo, exactamente, el 12 de febrero de 2012.

La demora injustificada, por tanto, es de 16 días, sin que quepa ignorar para valorarla que el plazo de seis meses tenía que haber quedado suspendido, al ser preciso recabar de los reclamantes la documentación complementaria solicitada por los órganos técnicos informantes, al amparo del artículo 42.5.a) de la LRJPAC, que, de no ser atendida en el plazo de tres meses, hubiera provocado la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones.

Ni el hecho de que, a partir de ese momento, los reclamantes, que podían haber acudido directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa en defensa de sus legítimos derechos frente a una resolución debidamente motivada, prefirieron interponer un recurso de reposición potestativo en vía administrativa, con la inevitable prolongación añadida.

En definitiva, **sin negar el retraso injustificado, el perjuicio quedaría restringido al daño provocado por esa demora de 16 días, al supuesto lucro cesante padecido por los reclamantes durante ese breve lapso de tiempo**. No es eso, sin embargo, lo que solicitan (cuestión que luego analizaremos).

Mayor relevancia tiene la reclamación fundada en la denegación improcedente de la licencia, pero la Comisión comparte con la propuesta municipal que se realizó una interpretación razonada y razonable de la normativa urbanística vigente.

Y para hacer ese juicio valorativo sobre si la actuación municipal denegatoria de la licencia supera el juicio de razonabilidad que debe hacerse en estos casos, constituye elemento de juicio de primer orden los concretos pronunciamientos de las resoluciones judiciales que declararon que la denegación de la licencia no era ajustada a derecho.

En el presente caso, para concluir que, aunque fuera finalmente anulada, la actuación municipal al denegar inicialmente la licencia no cabe calificarla como irrazonable o arbitraria, basta con reflejar el propio fundamento jurídico (FJ) 7.º de la Sentencia del TSJPV, denegatoria de la apelación, del que así se infiere de forma meridiana:

> Estando a los criterios en cuanto a costas del art. 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, a pesar de la desestimación de los recursos de apelación, no se hará expreso pronunciamiento por las singularidades del supuesto, como se desprende, inicialmente, del contenido de la sentencia apelada, que hemos recogido eh el FJ 2°, así como del debate jurídico al

que nos hemos referido, en relación con las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana de 2010 respecto a la convalidación del Plan Especial de Rehabilitación de la Parte Vieja y el Puerto, de diciembre de 1995.

La postura que sostenía el ayuntamiento era una de las posibles interpretaciones, razonada y razonable, del marco normativo aplicable.

Sin que con ello pretendamos reproducir un debate de cuya complejidad y rigor dan cuenta las sentencias de instancia y apelación, cuya extensión es ya de por si sumamente ilustrativa, baste reseñar que era preciso dilucidar cuál era la incidencia del Plan General de Ordenación Urbana de 2010 sobre el Plan Especial de Rehabilitación de la Parte Vieja de 1995, más precisamente, en qué términos y con qué alcance se produjo su derogación y convalidación.

Aun reconociéndose la contradicción entre los principios y fines que se perciben en ambos instrumentos para abordar la "terciarización" de los edificios residenciales, el Tribunal Superior de Justicia llega a la conclusión de que "la aparente antinomia o fricción normativa" debía solventarse a través del mecanismo dispuesto por el propio Plan General, llevándose a cabo los necesarios reajustes del Plan Especial, lo que no consta se haya producido.

Aunque las anteriores consideraciones bastarían por sí solas para desestimar la reclamación formulada, se estima oportuno hacer una breve referencia a otro de los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En apoyo de la efectividad del daño o perjuicio los reclamantes aportan un informe pericial en el que se llega a cuantificar **el lucro cesante** en 97.794,98 €.

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 ganancias 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 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".

La fórmula de cálculo escogida por el perito de los reclamantes consiste en establecer el promedio de ocupación, diferenciado por temporadas y precios, para obtener el rendimiento bruto promediado en cada una de las habitaciones afectadas. A continuación, fijar el rendimiento diario y multiplicarlo por los días de paralización, para llegar a determinar el beneficio neto. Para posteriormente descontar los gastos fijos necesarios para la obtención de los ingresos, resultando un beneficio ponderado del 25,56 % de cada habitación.

Para la determinación de los días de paralización, parte de la fecha en que se dictó la orden de clausura, el 4 de diciembre de 2012, dando un plazo de dos días a sus destinatarios para hacerla efectiva, el 6 de diciembre de 2012, periodo que concluye cuando se notifica a los titulares de la pensión la Sentencia del TSJPV, el 15 de marzo de 2016.

En cuanto a las 7 habitaciones de cuya explotación fueron privados (habitaciones 6 a 12), el perito afirma que los propios reclamantes reconocen que la habitación n.º 6 ha estado afecta a un uso privativo, por lo que no generaba ingresos antes ni durante la paralización, sin que se cumpliera la orden de clausura en el caso de las habitaciones n.º 9, 10 y 11, hasta que se produjo su precinto el 10 de julio de 2013.

Con esos antecedentes, establece dos periodos de paralización indemnizables: (i) de 1.194 días para tres habitaciones, las n.º 7, 8 y 12, y (ii) de 978 días para las otras tres habitaciones n.º 9, 10 y 11.

Antes que nada, es precisa una rectificación respecto al plazo en el que se habría materializado el supuesto daño, porque la notificación de la orden de clausura no se produce hasta el 31 de diciembre de 2012, tras un intento infructuoso el 14 de diciembre de 2012. De esa forma, aplicando la fórmula escogida por el perito el plazo no comenzaría hasta el 2 de enero de 2013.

Asimismo, parece ineludible una segunda corrección porque de los estadillos informáticos referidos a la ocupación media anual relativos a las habitaciones clausuradas (Anexo n.º 5 del informe de …) se concluye que fueron contratadas para el hospedaje de clientes con anterioridad al 15 de marzo de 2016 (fecha de notificación de la Sentencia del TSJPV); así la primera entrada de las habitaciones n.º 7, 8 y 9 es de 28/12/2015, mientras que las de las habitaciones n.º 10, 11 y 12 es de 31/12/2015.

Al margen de tales enmiendas al informe pericial acerca del periodo de suspensión de la actividad, la Comisión alberga serias dudas, a la vista del relato de hechos, sobre la veracidad de la afirmación de que no obtuvieran las ganancias por las que reclaman o que la clausura de las habitaciones impidió su rentabilización, o cuanto menos, que lo fueran con la magnitud y repercusión que trasladan al cálculo de la indemnización por lucro cesante.

En primer lugar, porque no solo incumplieron la orden de clausura de las 7 habitaciones cuando fue dictada, es que tampoco cumplieron el Auto n.º 88/13, de 25 de febrero de 2013, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 3 de San Sebastián, que mantuvo su vigencia cautelarmente, mostrando una voluntad resistente tanto al acto administrativo inmediatamente ejecutivo como a la resolución judicial.

Incluso si observamos nuevamente los referidos estadillos, en el periodo de 1/1/2013 al 31/12/2013 se siguen ocupando las habitaciones n.º 9, 10 y 11 después de su precinto (páginas 157, 170 y 183), lo cual parecen justificar los reclamantes en un prioritario cumplimiento de compromisos asumidos previamente que se antepone a cualquier otra consideración.

En segundo lugar, no puede decirse que las habitaciones n.º 7, 8 y 12 no fueran utilizadas por los reclamantes, ya que la n.º 7 se usaba de trastero, la n.º 8 estaba ocupada por su madre y la n.º 12 por una amiga de la propietaria venida de Madrid (conforme a los estadillos esa persona se alojó en la habitación n.º 12 desde el 1/7/2013 al 27/08/2013, pero también fue ocupada por otras personas ese mismo año 2013 en fechas posteriores).

Evidentemente, si se destinaban a tales fines, no era posible su comercialización o, si se quiere, no podían servir para el uso y disfrute de un tercero, lo cual se debía a razones distintas de la propia clausura (hay que recordar que sólo el precinto impidió explotar las otras tres habitaciones).

Como elementos concurrentes que ponen en duda la verosimilitud del entero perjuicio alegado se ha de reparar en que:

a) Pusieron obstáculos a las labores de inspección y control desarrolladas por los servicios municipales, consintiendo su entrada solo cuando lo consideraron oportuno.

b) Las continuas denuncias formuladas por un particular el 7 de agosto de 2013, el 7 de abril de 2014 (adjuntando una copia de la página de reservas *Booking*) y el 16 de julio de 2014, quejándose de la falta de cumplimiento efectivo de la orden de clausura.

c) Y la consulta formulada sobre la posibilidad de formalizar contratos de arrendamiento civiles, a fin de utilizar la zona privada de la pensión, esto es, la zona de uso como vivienda particular, para su rentabilización por otra vía.

En resumen, aplicados estos razonamientos al caso que nos ocupa, hay que concluir que no estamos en presencia de un daño antijurídico.

Debemos tener en cuenta que, si bien cabe apreciar un retraso injustificado entre la solicitud de la licencia el 12 de agosto de 2011 y la fecha de notificación de su denegación el 22 de febrero de 2012, superándose el plazo máximo para resolver el procedimiento, dicho retraso no le ha provocado los perjuicios que invoca.

La anulación de la resolución de la Administración se debe a una diferente interpretación de la legalidad urbanística en un asunto jurídico complejo, habiendo sido debidamente motivada la negativa, sin que haya existido un simple error o una deficiente valoración de datos objetivos.

De otra parte, no ha quedado fehacientemente acreditado que los reclamantes sufrieran por la denegación de la licencia el lucro cesante cuya reparación pretenden.

DCJA 55/2018 pár. 56 a 112

Como hemos dicho, AXA **basa su reclamación en una actuación omisiva de la Administración, que comienza con la falta de adopción de medidas para proteger el ár-**

bol cuando tuvo conocimiento de su estado por una solicitud presentada por un vecino de la comunidad en el año 2015; **y que ha culminado, después, con la dilación en que ha incurrido al tramitar el procedimiento de concesión de licencia para talar el árbol, primero, y para podarlo, después**, en los términos que ya hemos expuesto con anterioridad.

Como consideración preliminar se ha de dejar constancia de que **el árbol cuya caída causó los daños que subyacen en la reclamación era de propiedad privada de la comunidad de propietarios, a la que correspondía, por tanto, llevar a cabo las acciones necesarias para su cuidado, mantenimiento y conservación en todo momento**, también durante los años precedentes al siniestro, para haber evitado, en su caso, el deterioro luego invocado.

Ha de aclararse también de inicio que, en cuanto a la solicitud presentada en el año 2015 por el vecino de la comunidad a que se refiere AXA, está dirigida a la protección del árbol como patrimonio de la ciudad, en atención a que la comunidad pretendía la adopción de medidas en relación con el mismo, que podrían conllevar su tala.

Como figura en el relato de hechos del dictamen, el ayuntamiento (Área de obras, servicios, rehabilitación urbana y espacio público) tramitó el expediente 2015-051171 (documentación municipal que obra en el anexo I del expediente de responsabilidad patrimonial ─folios 1 a 26─) como consecuencia del escrito de don JRGPI, vecino de la comunidad de propietarios, registrado en el ayuntamiento el 2 de octubre de 2015, en el que le solicitaba que adoptara con la mayor urgencia las medidas de protección que estimara necesarias para proteger el árbol citado, con la siguiente argumentación:

> JUSTIFICACIÓN. Con fecha de 30 de septiembre se ha convocado Reunión de la Junta de Presidentes con el único Orden del Día de Medidas a tomar referentes al árbol en la plaza Camino de Santiago.
>
> La posdata de esta convocatoria indica que dicho árbol ha provocado una grieta en el suelo y que supone un riesgo.
>
> El árbol mencionado es el único que queda del antiguo Convento de Santo Domingo de Guzmán, tiene una antigüedad de más de 200 años, una altura de unos 15 metros y su tronco una circunferencia de más de 3 metros.
>
> OBJETO DE LA SOLICITUD. Su gran valor ornamental y su propia singularidad, máxime su localización en las Calzadas de Mallona, unido a su gran porte y antigüedad, hacen necesario dotarle de algún tipo de protección para evitar que pueda terminar en su desaparición.
>
> Parece necesario que, con la finalidad de su protección, la Comunidad General de Santo Domingo de Guzmán (…) sea instruido con la máxima urgencia por este Ayuntamiento de las medidas que puede tomar respecto a este árbol, sin duda, patrimonio de todos los ciudadanos de Bilbao.

En ese expediente emitió un informe la Sección de parques y jardines, con el contenido reproducido en el relato de hechos, del que destacamos que advierte de que, para comprobar el estado interior de la madera —que suele ser propensa a pudrirse interiormente sin signos exteriores de debilidad—, se requeriría una tomografía del árbol.

Asimismo, la Sección de inspección de obras de la Subárea de disciplina urbanística (informe de 28 de octubre de 2015) realizó visita para comprobar la distancia entre el árbol y la calzada, que se fijó en 1,70 metros, sin apreciar daños que hubiera generado el enraizamiento del árbol en la calzada (adjunta plano).

Al día siguiente, 29 de octubre, emitió informe la Subdirección de licencias y disciplina urbanística, en el que puso de manifiesto que, en aplicación de lo previsto en el Decreto 2/2012, más arriba referido, las Calzadas de Mallona forman parte del conjunto monumental del Camino de Santiago, por lo que es de aplicación su artículo 17.4, que prohíbe talas y matarrasas a menos de 10 metros de la misma y prevé la necesidad de talar solo los árboles que se encuentren a la distancia que se indica (inferior a 3 metros del borde de la Calzada y solo si se comprueba fehacientemente que se producen daños en ella).

Se notificó ese informe a don JRGPI e intervino también la asociación "Ekologistak Martxan Bizkaia", que solicitó que se diera traslado del mismo a los presidentes de los portales integrantes de la comunidad de propietarios con la indicación de las consecuencias legales de su incumplimiento.

De lo anterior se deduce que **el ayuntamiento conoció por primera vez el estado del árbol cuando ese vecino de la comunidad de propietarios se dirigió a él en octubre de 2015, en el contexto de una solicitud de protección del árbol** frente a las eventuales actuaciones previstas por la comunidad. **En ese momento el ayuntamiento llevó a cabo las oportunas visitas de inspección para evaluar el árbol y consideró que era necesario efectuar un estudio tomográfico del mismo para determinar con seguridad su viabilidad,** en atención a los intereses enfrentados. Una vez determinada la necesidad de efectuar dicho estudio, **correspondía contratarlo a la comunidad por ser su propietaria.**

En consecuencia, la comunidad pudo tener conocimiento de la posición municipal y del requerimiento de ese estudio antes de solicitar la licencia para la tala del árbol.

Dicho lo anterior, por lo que concierne propiamente al funcionamiento anormal reprochado por AXA a la Administración municipal, cabe apuntar que, **una vez solicitada por la comunidad de propietarios (con registro de 26 de mayo de 2016) la licencia de obras para la tala del árbol, el Área de planificación urbana del ayuntamiento inició un procedimiento** (expediente numerado 2016-028926) **para la concesión de licencia para obra menor.**

Hay que tener en cuenta que **tal actuación municipal se ajusta a lo dispuesto en la normativa municipal** a la que se remite el artículo 210 de la Ley 2/2006 de 30 de junio, del suelo y urbanismo (dentro del título VI, dedicado a la garantía y protección de la ordenación urbanística, atribuida a los ayuntamientos), y, más en concreto, al artículo 207.

Además de las ordenanzas sobre mantenimiento, reparación y rehabilitación de inmuebles y sobre las licencias y consultas urbanísticas y su tramitación, cabe reseñar de forma específica la Ordenanza de zonas verdes del Ayuntamiento de Bilbao, que dedica su capítulo 6 a la "Conservación y mantenimiento de las zonas verdes", y el capítulo 8, a las "obras a realizar en zonas verdes por terceros". En esa ordenanza se tipifica como infracción muy grave (capítulo 12): "b) Podar, cortar, trasladar o trasplantar árboles sin autorización municipal".

Presentada por la comunidad de propietarios la solicitud de autorización para talar el árbol, el ayuntamiento inició el correspondiente procedimiento, en el que el 16 de junio de 2016 se emitió informe de la Sección de parques y jardines. Ese servicio, según se ha avanzado, efectuó una inspección al árbol y apreció un buen estado fitosanitario, al tiempo que comprobó que, al hallarse en un lugar tan confinado (rodeado de muros y con un bordillo próximo al tronco), las raíces producían grietas y deformaciones en el pavimento, que se entendía que "podrían evitarse si se deja más espacio libre junto al tronco". Se puede deducir de tal apreciación que esa deficiencia detectada era subsanable.

A continuación, en ese informe se considera la necesidad de realizar un estudio tomográfico del tronco para evaluar el riesgo de ese árbol antes de decidir sobre la conveniencia o no de su tala, que supondría una merma paisajística importante en su entorno, al tratarse de un ejemplar de indudable e indiscutible valor ornamental. Expone que ese estudio permitiría conocer el estado interior de la madera, ya que esa especie de árbol "es propensa a pudriciones interiores", pese a no apreciarse síntomas ni en el exterior ni en el aspecto general del árbol que indiquen un estado interior deficiente.

En el informe emitido por la Sección de parques y jardines el 12 de febrero de 2018 en el marco del procedimiento de responsabilidad patrimonial se justifica la petición de ese estudio: "Es común en esta especie que los ejemplares citados entrados en años que no presenten signos exteriores de decaimiento o pérdida de vitalidad, que presagien un mal estado del duramen, por lo que se hace imprescindible una tomografía arbórea al objeto de dilucidad su estado". De lo anterior colige "que no se puede achacar a esta Sección de Parques y Jardines responsabilidad en dichos actos, y que la titularidad y cuidado del ejemplar recae en sus propietarios".

La Comisión considera que la decisión municipal, materializada en la Resolución del Concejal-delegado del Área de planificación urbana de 6 de julio de 2016, **de requerir a la comunidad de propietarios un estudio tomográfico del tronco** (con ocasión de la tramitación del procedimiento de autorización para talar el árbol), por los motivos especificados en el informe de la Sección de parques y jardines, y con el informe favorable del jefe del negociado de obras menores III, **no constituye una dilación del procedimiento relacionado con la licencia para la tala del árbol.**

En consideración a los datos facilitados y a los intereses afectados, entendemos que **contar con ese estudio se encontraba justificado y resultaba proporcionado**, a la vista del informe emitido en el procedimiento de responsabilidad patrimonial por la Sección de parques y jardines (que sigue sus informes anteriores), teniendo en cuenta: la ausencia de razones

fundadas para determinar en ese momento, tras la inspección efectuada y sin otras pruebas concluyentes, un estado de deterioro del árbol y entidad de un riesgo que hiciera apremiante la concesión inmediata de la autorización de la tala del árbol; el valor paisajístico del árbol; su ubicación dentro del conjunto monumental del Camino de Santiago, en el camino de la costa, y su asociado régimen de protección, establecido singularmente en el artículo 17.4 del Decreto 2/2012, antes referido; y las posiciones de oposición a la tala del árbol expresadas por un vecino de la comunidad de propietarios y las asociaciones ya mencionadas.

La conclusión anterior resulta avalada también por lo expuesto en el informe de estado y recomendaciones sobre la estabilidad y viabilidad del árbol, elaborado el 11 de abril de 2016 por un ingeniero y máster en jardinería y paisajismo a petición de la comunidad de propietarios y que se aportó por esta junto con la solicitud de autorización para talar el árbol.

En el apartado 5 de ese informe, relativo a los criterios de valoración de las medidas a adoptar con el castaño, establece: primero, el de la seguridad de las personas, y menciona, al respecto, que "El árbol tiene cierto peligro de caer por vuelco por vientos o lluvias fuertes" (no se refiere a un riesgo incuestionable ni inminente); segundo, el peligro de daños a materiales y bienes inmuebles; y tercero, la salvaguarda del árbol y su aporte ambiental y paisajístico del lugar —"El árbol confiere a la calle un aporte vegetal y de verdor, a la calle y edificios que rodean casi completamente el espacio, mejorando la calidad paisajística del lugar en gran medida. La solución para mantener el árbol pasaría por la estabilización del mismo con unos grandes anclajes metálicos que invadirían el patio, habría que romper el pavimento del patio, excavar el mismo y sujetar los anclajes a la roca origen"—. Admite, por tanto, la posibilidad de adoptar medidas de conservación del árbol, que, no obstante, no recomienda, fundamentalmente por su complicación y el alto coste.

En ese informe se dictamina, una vez analizadas las circunstancias en que se encontraba el árbol y su valor paisajístico:

> La recomendación del informe sería la renovación integral del patio, como jardín, y usos diversos, incluyendo la renovación del castaño de indias y su sustitución por otros árboles más adecuados al lugar en tamaño… (el castaño de indias es un árbol que puede crecer en buenas condiciones hasta 30 metros de altura). El castaño actual debe su reducido tamaño en parte a las corrientes subterráneas de agua a las que está sometido. Así mismo el nuevo árbol habría que situarlo fuera de la influencia de las corrientes subterráneas de agua para que no ocurra el fenómeno de inclinación de los árboles.
>
> Hay soluciones alternativas a la eliminación del árbol menos recomendables, ya que consisten en ir podando el árbol cada 3-5 años, con la consiguiente pérdida del valor paisajístico del mismo, y el anclaje del árbol a la roca del subsuelo mediante atado de barras metálicas que aseguren la estabilidad del mismo. Son actuaciones caras que interfieren en el aspecto actual y en una posible renovación del patio.

Es decir, en el informe aportado por la comunidad de propietarios en apoyo de la solicitud de autorización para talar el árbol se aporta una alternativa a la tala del árbol para corregir su dirección desviada y reconoce la posibilidad de su poda cada cierto tiempo, además del anclaje

del árbol. Deduce la Comisión que tales alternativas no se habrían planteado de estimarse que el árbol se encontraba en condiciones de riesgo que solo podrían evitarse mediante su tala.

Por último, ha de advertirse que en el procedimiento de concesión de la autorización para la tala del árbol, junto con los informes preceptivos, está permitida la petición de otros que se estimen necesarios para resolver, fundamentando —como es el caso— la conveniencia de reclamarlos y los extremos sobre los que ha de versar (en ese sentido son de mencionar el artículo 79 de la LPAC y el artículo 174 del ROF).

En cualquier caso, **la comunidad de propietarios no presentó el estudio tomográfico requerido en el plazo concedido** (no entramos a valorar las causas de excusa alegadas, que no resultan relevantes a los efectos de nuestro análisis y son difícilmente contrastables), **lo que conllevó**, tal y como se le había advertido, **el archivo del expediente**. Su actuación influyó, por tanto, en esa eventual demora que ahora alega AXA como fundamento de su reclamación.

La Comisión considera que los argumentos anteriores sirven también para desvirtuar la alegación de AXA referida a que la causa de la caída del árbol fue la falta de concesión por parte de ayuntamiento de la primera solicitud de autorización para la tala del árbol y la segunda para su poda, con dilatación del procedimiento por la exigencia de un estudio tomográfico, que la aseguradora considera totalmente innecesario, valoración que ya hemos rebatido al analizar el procedimiento para autorizar la tala y que adquiere la misma virtualidad en relación con la solicitud de poda.

Hay que ponderar que cuando la comunidad solicitó la autorización de la poda del árbol, una vez archivado el expediente referido a la autorización de su tala, alegó las mismas razones que para la solicitud previa de tala y sustentó su solicitud en los mismos informes que para dicha tala.

Ante esa solicitud de autorización para la poda, la Sección de parques y jardines justificó en su informe (de 24 de noviembre de 2016) la nueva petición de un estudio tomográfico del árbol porque este condicionaba (al igual que para el caso de tala) la valoración del riesgo y la decisión respecto a la poda. Asimismo, en atención a las dificultades invocadas por la comunidad para aportar dicho estudio, se le facilitó su realización:

> (…) teniendo en cuenta la especie de que se trata, Aesculus hippocastanum que es propicia a presentar pudriciones interiores sin aparentes signos externos ni en la vitalidad del árbol y que las mismas pueden comprometer su estabilidad mecánica, es imprescindible la elaboración de un estudio, por lo que previa cualquier actuación, y en aras a conservar el patrimonio arbóreo, se procederá, si no existe inconveniente por parte de la propiedad, a realizar por medio de la Contrata de Mantenimiento “UTE ESPACIOS VERDES BILBAO”, una tomografía del ejemplar.

> En el caso de que la misma no presente signos de riesgo, no existe inconveniente por parte de esta Sección de Parques y jardines en que se autorice la realización de una poda por aclareo, no un terciado, ya que los ejemplares entrados en años como este no soportarían tal práctica.

En resumen, la reclamación de responsabilidad patrimonial se asocia a la intervención de la Administración municipal (como Administración competente para velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística) en la comunidad de propietarios a través del sometimiento a previa autorización de una actuación particular [párrafo 1.b) y párrafo 2 del artículo 84 de la LBRL], que ha conllevado la tramitación de un procedimiento con arreglo a las normas establecidas (artículo 34.1 de la LPAC).

En relación con la intervención municipal en el ámbito privado con ocasión de la tala de árboles, resulta interesante traer aquí la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de abril de 2014 (JUR 2014\138190), que ha sido confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (Sentencia núm. 1920/2017 de 11 diciembre, RJ 2017\5933): "por otra parte, de los informes de los técnicos de la obra no se desprende sin más que la retirada del árbol fuera cuestión urgente y absolutamente imperativa, y aun suponiendo que pudiera haber algún peligro para la vivienda, no acreditado fehacientemente, ello no excusa la falta de autorización municipal (…)".

Para concluir, la Comisión considera que en la tramitación del procedimiento establecido para autorizar la tala del árbol no se aprecia una demora injustificada constitutiva de un funcionamiento anormal de la Administración municipal vinculado causalmente con el siniestro causante de los daños por los que se reclama.

En consecuencia, no estimamos que sea atribuible al ayuntamiento la responsabilidad patrimonial por la caída del árbol que la entidad aseguradora reclama efectuando un análisis retrospectivo de los hechos.

DCJA 119/2018 pár. 53 a 83

En segundo lugar, de igual modo se aprecia *a limine* que **el reclamante parte de un hecho que el expediente desmiente: el ayuntamiento no otorgó ningún permiso ni licencia para construir el muro.**

Como se desprende del relato de hechos, cuando el reclamante acude al ayuntamiento a pedir la licencia, el muro ya estaba construido y nunca se autorizó su legalización por el ayuntamiento.

Solo así se comprende que el reclamante intentara que el ayuntamiento reconociera que la construcción del muro estaba incluida en la licencia otorgada por el Decreto 27/2012, de 3 de febrero, mediante la petición de un certificado aclaratorio, que fue expresamente denegado.

Del expediente remitido se infiere que **la licencia concedida lo fue exclusivamente para la rehabilitación de bodega y vivienda y, en ningún caso, se presentó para su obtención proyecto de ejecución que contemplase la construcción del muro de contención** que, como recogen los hechos, se abordó posteriormente.

En suma, del expediente se colige que la construcción del muro se hizo sin la correspondiente licencia y que solo *a posteriori*, una vez realizada y ante los evidentes problemas para legalizarla, el reclamante solicitó al ayuntamiento que fuera considerada una suerte de ampliación de la licencia de obras otorgada mediante Decreto 27/2012, de 3 de febrero, para rehabilitación de la bodega y vivienda.

Por tanto, **el reclamante no obtuvo en ningún momento licencia para abordar la construcción del muro de contención, por lo que ninguna responsabilidad municipal cabe reconocer por una licencia que no se otorgó.**

No obstante, para dar respuesta a todas las cuestiones que suscita la **reclamación,** cabe advertir que esta **viene a sostener que contaba con una suerte de permiso municipal tácito obtenido en las conversaciones mantenidas con el ayuntamiento que le hizo creer que estaba actuando correctamente.**

A tal fin, aporta la grabación de la testifical del alcalde y del arquitecto municipal durante el juicio verbal 1004/2016-C sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria-Gasteiz.

En dichas testificales es cierto que se admite que en el catastro el terreno figuraba como de titularidad pública y se reconoce asimismo que el reclamante propuso al ayuntamiento la construcción del muro a su costa, lo que ante la falta de fondos públicos en ese momento pareció bien al alcalde a fin de adecentar el lugar.

En ese sentido, consta la solicitud cursada por el reclamante cuyos exactos términos hemos transcrito en los hechos.

Tales circunstancias serían, en la tesis de la reclamación, suficientes para trasladar a la Administración municipal la responsabilidad por la construcción del muro. Sin embargo, ese resultado no es compatible con el régimen legal de la responsabilidad patrimonial.

Porque, en primer lugar, se constata que la construcción del muro fue una iniciativa del reclamante (al ser de su interés) que realizó sin presentar proyecto de ejecución alguno, ni instar licencia previa (todo se presentó cuando la obra estaba finalizada).

Para poder reconocer la responsabilidad patrimonial (como el reclamante sin citarla propone) sobre la base de la denominada confianza legítima es obligado que se cumplan los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia al efecto.

Para poder apreciar que la conducta de una persona descansa en una confianza legítima digna de protección, como de forma reiterada señala el Tribunal Supremo (entre

otras, Sentencias de 8 de junio de 1990, de 21 de febrero de 2006 o de 8 de junio de 2011), **no es suficiente cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular**. **Esa confianza legítima ha de basarse en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan racionalmente a aquel a confiar en la apariencia de la legalidad de una actuación administrativa concreta**, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y, en definitiva, son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha apariencia de legalidad que indujo a la confusión al interesado originó en la práctica para este unos daños y perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente.

Se exige, por tanto, una atenta mirada a las concretas circunstancias del caso y en el que dictaminamos resulta difícil sostener que el reclamante desconociera que las licencias urbanísticas no se obtienen de forma verbal, sin previa presentación de un proyecto de ejecución que ha de ser examinado técnicamente y debe desembocar en una resolución municipal, tal y como había sucedido con la obras para la rehabilitación de bodega y vivienda (en las que, por otro lado, hubo de presentar un nuevo proyecto visado para poder legalizar la planta bajo cubierta que inicialmente no había sido contemplada).

El reclamante conocía asimismo que al amparo de la licencia solo podía construir lo autorizado (pues expresamente así se establecía en el condicionado 10 de la licencia), sin que el muro figurase nunca incluido en dicha licencia. Y, de igual modo, conocía que toda licencia se otorga sin perjuicio del derecho de terceros.

Frente a estos hechos que el alcalde pudiera estimar que el terreno era público, según el catastro, y mostrar una opinión favorable a la construcción del muro no desvirtúa ni la ilegalidad de acometer unas obras sin licencia ni —lo que aquí es relevante— la imposibilidad de considerar que el reclamante desconocía lo irregular de su actuación (fuera el terreno público o privado).

En suma, la reclamación, como hemos señalado, parte de un hecho inexistente: nunca se otorgó una licencia para construir el muro.

El hecho de que el alcalde pudiera verbalmente haber mostrado su opinión favorable, tomando en consideración el régimen legal de las licencias urbanísticas y los actos del propio reclamante, no puede ser considerada como una actuación administrativa que ampare una creencia racional y fundada de que el reclamante estaba actuando correctamente.

A juicio de la Comisión, examinadas las circunstancias del caso, no concurre ningún signo o hecho externo de la Administración municipal lo suficientemente concluyente para que la convicción psicológica del reclamante de que podía afrontar la construcción el muro en la forma en que lo hizo pueda ser protegido por el principio de confianza legítima que, como reitera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [entre otras, Sentencia de 17 de

marzo de 2011 (asunto C-221/2009), 14 de marzo de 2013 (asunto C-545/2011 o 18 de junio de 2013 (asunto C-681/2011)], conlleva que "nadie puede invocar la violación del principio de confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas".

Por lo expuesto, la Comisión considera que no concurren los requisitos para entender que la posición del hoy reclamante se encuentra amparada en el principio de confianza legítima.

DCJA 140/2018 pár. 49 a 69

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO

I. Análisis de las causas de nulidad

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

A la vista de los términos del escrito de 20 de julio de 2017, remitido por la interesada a la Administración, "tomaré posesión de la plaza de funcionaria de carrera de la Diputación Foral de … (...), en consecuencia, mi último día de trabajo en el Gobierno vasco será" el día anterior a la incorporación en la nueva plaza, parece oportuna una doble puntualización.

En primer lugar, es meridiano que formula una opción por el nuevo puesto que va a ocupar y, si bien es cierto que no dice que ese es su último día de trabajo "como funcionaria interina", así cabe deducirse porque presta sus servicios mediante esa relación jurídica.

En segundo lugar, tampoco expresa formalmente que "renuncie" a esa condición, pero es indudable que hace "dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener" (RAE).

Según la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo —entre otras de 30 de octubre de 2001 (RJ 2001/ 8139) y 5 de mayo de 1989 (RJ 1989/3588)—, la renuncia supone una declaración de voluntad, recepticia o no (según los casos y supuestos en que se produzca), dirigida al abandono o dejación de un beneficio, cosa, derecho, expectativa o posición jurídica, constituyendo una manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que, si bien la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, el ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 6.2 del Código Civil que la regula, no la sujeta a una forma especial, por lo que puede producirse de forma tácita o implícita.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1994 (RJ 1994/7109), relativa a un supuesto de renuncia de un funcionario, la califica como declaración de voluntad recepticia, que requiere la aceptación para su efectividad.

Esta exigencia de aceptación formal para que tenga eficacia la renuncia está contenida en el artículo 64.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre (TRLEBEP), así como por el artículo 37,1 a) de la ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca (LFPV).

La renuncia, por tanto, **debe considerarse como un acto voluntario que comúnmente se manifiesta por escrito y que ha de ser aceptado formalmente por la Administración para que goce de eficacia**, pues hasta que la aceptación no se formaliza el interesado puede dejar sin efecto su renuncia, existiendo diversos pronunciamientos judiciales en tal sentido, entre otros, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 20 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 222124).

En este caso, al manifestar la interesada de forma clara, terminante e inequívoca cuál sería su último día de trabajo, y aceptada por la resolución que se quiere revisar que la califica "renuncia voluntaria de la relación de servicios con la Administración", la renuncia se consuma.

La interesada alega que su intención no fue la de comunicar la "renuncia absoluta a volver a prestar servicios para el Gobierno Vasco sino, en su caso, a la ocupación del puesto de trabajo concreto (como en el caso de la excedencia para prestar servicios en el sector público) con posibilidad de solicitar el reingreso (en este caso, pasar a la situación de disponible en la bolsa de trabajo) cuando deje de prestar servicios en dicho ente del sector público".

Sin embargo, hay que aclarar que **la baja definitiva en la bolsa no supone que no pueda volver a prestar servicios en la Administración General de la Comunidad Autónoma; desde luego nada impide que lo haga como funcionaria de carrera (si supera un proceso selectivo).**

Tampoco que no pueda ser nombrada nuevamente como funcionaria interina porque el Acuerdo sobre selección del personal para la prestación de servicios de carácter temporal en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus organismos autónomos, adoptado por el Consejo de Gobierno de 30 de mayo de 2006, **puede ser modificado**; por ello declara en su artículo 5 que no dará lugar a derecho alguno ni expectativa del mismo, y, en cualquier caso, contempla también en su artículo 4 distintas vías para la constitución de las bolsas y el capítulo IV establece criterios para su ampliación.

Desde luego, en su escrito nada dice sobre la posibilidad de que por tal motivo sea declarada en "excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público", o se proceda a su integración en la bolsa de trabajo en la situación de "baja temporal", ni formuló petición alguna en ese sentido.

Es más, **producida su baja definitiva, dejó sin recurrir la misma, haciendo que el acto tuviera carácter firme y consentido**, pudiendo lícitamente entender la Administración que nada había objetable en su manera de conducirse a la vista de la actuación de la interesada. Solo ahora cuestiona el contenido del acto por la vía extraordinaria de la revisión de oficio.

En este momento podría haberse discutido, sin duda, si se habían cumplido todos los requisitos para una renuncia válida y vinculante, cuál fue la verdadera voluntad de la interesada o cualesquiera otros aspectos que se quieran combatir de la resolución respecto al presupuesto de hecho del que parte, esto es, la renuncia, pero tales controversias no desbordan el marco de la legalidad ordinaria, es decir, de la anulabilidad, o por lo menos no encontramos motivos para poder subsumir las posibles infracciones del acto en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 LPAC que hacen posible su examen en esta vía revisoría de oficio.

Ello llevaría rectamente a rechazar la nulidad de pleno derecho pretendido porque nada impide que un funcionario interino renuncie a su condición, sin que obviamente deba ser obligado

a permanecer, en contra de su voluntad, en las bolsas de trabajo, como activo, disponible o de baja temporal.

E) La causa de nulidad esgrimida

A fin de dar una respuesta de fondo a la petición de la interesada, procedemos a manifestar los motivos por los que entendemos, con las cautelas necesarias, que no concurre una lesión de un derecho fundamental.

Su pretensión de nulidad se fundamenta, como se ha señalado, en el artículo 47.1 a) LPAC. Los derechos constitucionales vulnerados son los que se contemplan en los artículos 14 y 23.2 de la CE.

La interesada señala, de un lado, **que se ha vulnerado el derecho fundamental de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE por haber transcurrido más de 17 años desde la convocatoria del último proceso selectivo para el acceso a la condición de funcionario. Además, añade que se ha producido una discriminación injustificada por razón de la edad en el acceso a la función pública porque no hay ningún funcionario ni funcionaria del Cuerpo Superior Facultativo, Opción Licenciatura en …, de menos de 45 años**. En su caso tiene 42 años.

Por otro lado, **mantiene que ha sufrido un trato discriminatorio porque es preciso "interpretar las normas jurídicas que regulan las condiciones laborales del personal funcionario de carrera y del personal funcionario interino de conformidad con el principio de igualdad de trato y no discriminación recogido en el artículo 14 de la Constitución e interpretado de conformidad con la Directiva 1999/70/CE y con la abundante jurisprudencia dictada al efecto en relación con la aplicación de dicha Directiva y con el principio de no discriminación contenido en el Derecho de la Unión Europea".**

Un funcionario de carrera, **cuando accede a prestar servicios en otra Administración u otras entidades del sector público, no pierde la condición de funcionario de carrera, siendo declarado en situación administrativa de excedencia** por prestar servicios en el sector público, situación que no conlleva reserva de puesto de trabajo pero sí da derecho a solicitar el reingreso en un puesto de su cuerpo o escala cuando deje de prestar tales servicios.

En ese sentido, **entiende que debe darse el mismo trato a los funcionarios interinos** o, más exactamente, "es perfectamente posible dar un trato asimilado a la misma situación".

El presupuesto de hecho es el mismo (pasar a prestar servicios en otra Administración o ente del sector público) pero la consecuencia jurídica es bien distinta porque pierden la condición de funcionario interino, se le expulsa de la bolsa de trabajo y se les deniega el derecho al reingreso. **A su juicio, "la situación en la que debería quedar el personal interino en dichas bolsas debería ser baja temporal**, situación prevista en la normativa reguladora de las bolsas de trabajo y equivalente a la excedencia por prestar servicios en el sector público para el funcionario de carrera (situación que da derecho al reingreso)".

Por ello pide la nulidad de pleno derecho de la resolución de baja definitiva en la bolsa del Cuerpo Superior Facultativo, Opción Licenciatura en …, y se declare su derecho a permanecer en la misma en situación de baja temporal.

Para abordar la revisión pretendida **debemos comenzar por descartar, a la vista de las razones esgrimidas por la interesada, que el acto infrinja el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido por el artículo 23.2 CE**.

En principio, a la vista **del contenido del acto, este difícilmente ha podido quebrantar dicho derecho fundamental porque nada decide sobre la procedencia de convocar o no un proceso selectivo**, si es lo que pretende doña PQP, **ni forma parte ni aplica normas o bases de un proceso de acceso a la función pública.**

Basta recordar que, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 23.2 CE no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio y otorga un derecho de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria, y, en último extremo, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad (SSTC 50/1986, de 23 de abril, F. 4; 148/1986, de 25 de noviembre, F. 9; 193/1987, de 9 de diciembre, F. 5; 200/1991, de 13 de mayo, F. 2; 293/1993, de 18 de octubre, F. 4; 353/1993, de 29 de noviembre, F. 6, por todas).

Obviamente, **el acto tampoco impone una restricción de edad en el acceso a la función pública ya que no viene a determinar, en modo alguno, cuáles son los méritos y capacidades que se tomarán en consideración**.

Nuevamente no estamos ante una norma o un acto que discipline el acceso a la función pública, sin que del mero dato de la edad de los funcionarios de carrera del Cuerpo Superior Facultativo, Opción Licenciado en …, quepa extraer que se hayan fijado límites de edad para el acceso o que en el acceso se haya producido una verdadera y propia acepción de personas por edad.

En suma, debe centrase nuestro análisis en la aducida infracción del artículo 14 CE por la diferencia de trato otorgado a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos, lo que debemos realizar sin olvidar que es preciso un enjuiciamiento prudente, propio de la vía de revisión escogida por la interesada que ha instado la nulidad del acto.

También se ha de señalar que ese juicio vendrá condicionado por su solicitud ya que cuando el procedimiento se inicia a instancia de parte le corresponde la concreción tanto del acto como de los vicios de nulidad que en aquel concurren.

F) El diferente trato de los funcionarios de carrera y funcionarios interinos

La solicitud de nulidad se soporta fundamentalmente en **la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada**.

Dicha cláusula reza como sigue:

> Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas.

Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha entendido que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la directiva a los funcionarios interinos y ha aceptado como término válido de comparación la situación de los funcionarios de carrera.

En esa medida resulta acertada la invocación por la interesada de las Sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2010, caso Gavieiro Gavieiro y otros (TJCE 2010/414), de 8 de setiembre de 2011, caso Rosado Santana (TJCE 2011/255), de 14 de septiembre de 2016, caso Martínez Andrés (TJCE 2016/110), y de 1 de febrero de 2017, caso Rodrigo Sanz (TJCE 2017/35).

Ahora bien, tales sentencias dictadas en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles y que resuelven diversos conflictos por diferencias de trato en materia de trienios, sexenios, reducción de la jornada laboral, etc., no se pronuncian sobre el asunto que aquí nos ocupa, esto es, no existe una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, acerca del derecho a la excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público.

La propia interesada trae a colación otro asunto y las conclusiones de la Abogada General del Tribunal que guarda una mayor similitud, pues aborda el reconocimiento del derecho a una situación administrativa como la de servicios especiales, habiendo sido ya dictada la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, caso Vega González (TJCE 2017/257).

En tanto que los funcionarios interinos se encuentran en una situación comparable, corresponde comprobar, como dice el TJUE, si la diferencia de trato "puede estar justificada por 'razones objetivas', en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, es decir, por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto especifico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta necesaria al efecto (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 111), De Diego Porras, C-596/14, EU:C:2016:683, apartado 45 y jurisprudencia citada)".

En relación al caso, pese a su extensión, estimamos conveniente reproducir sus párrafos 47 a 51:

47. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha precisado, por un lado, que el concepto de “razones objetivas”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco, no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta (sentencia de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 111) , De Diego Porras, C-596/14, EU:C:2016:683, apartado 46).

48. Por otro lado, se desprende también de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación laboral no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una “razón objetiva”, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco (sentencia de 14 de septiembre de 2016 (TJCE 2016, 111) , De Diego Porras, C-596/14, EU:C:2016:683, apartado 47 y jurisprudencia citada).

49. En el caso de autos, aunque el juzgado remitente no excluye que tanto la urgencia y necesidad del nombramiento temporal como la previsibilidad de la finalización de la relación de servicio puedan en principio constituir elementos precisos y concretos que justifiquen una desigualdad de trato en lo que atañe al reconocimiento en la situación de servicios especiales, ese mismo juzgado precisa que estas alegaciones no son atendibles en una situación como la que dio lugar al litigio principal, en la que el mismo trabajador temporal ha desempeñado el puesto durante más de cuatro años.

50. En todo caso, la negativa absoluta a conceder a los trabajadores con contrato de duración determinada el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales no parece a priori indispensable para alcanzar el objetivo perseguido por la Ley 3/1985 (LPAS 1985, 3494), a saber, el mantenimiento del puesto y del derecho a la promoción de los trabajadores fijos, y más concretamente de los funcionarios de carrera que ostentan un cargo político representativo, en la medida en que el propio juzgado remitente afirma que es claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determinada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera.

51. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

Así como la declaración contenida en su fallo:

> 1. La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999, 1692) del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "condiciones de trabajo", recogido en esa disposición, incluye el derecho de un trabajador que ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario a un permiso especial, previsto por la normativa nacional, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, de modo que se garantiza el mantenimiento del puesto de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario.
>
> 2. La cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70 (LCEur 1999, 1692) , debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

Pues bien, pese a dicho pronunciamiento, consideramos que el mismo no permite llegar a la conclusión de que la cuestión planteada ya se encuentra resuelta porque, como luego veremos con detalle, existen divergencias sustanciales en ambas situaciones que pueden hacer que tanto la urgencia y necesidad del nombramiento temporal como la previsibilidad de la finalización de la relación de servicio constituyan "elementos precisos y concretos" que justifiquen una desigualdad de trato en lo que atañe al reconocimiento de la situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público.

En definitiva, no hay la identidad que requiere la aplicación de la doctrina del "acto claro" (en la terminología de la Sentencia Cilfit de 6 de octubre de 1982) y, si existen dudas, sólo podrán disiparse con el planteamiento, en su caso, de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Ello en el supuesto de que el juez o tribunal que lo deba resolver, si el asunto se residencia finalmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, así lo considere preciso, porque puede ocurrir que "fruto de una exégesis racional" entienda que la cuestionada diferencia de trato no es contraria al derecho de la Unión.

En ese análisis bueno es recordar que **la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha negado a apreciar en sede constitucional la infracción del principio de igualdad por no aplicar a los funcionarios interinos derechos reconocidos a los funcionarios de carrera.**

Tal negativa se fundamenta en una doctrina consolidada, como recuerda la Sentencia (STC) 9/1995, de 16 de enero:

> Desde la STC 7/1984 este Tribunal ha venido sosteniendo que la igualdad o desigualdad entre estructuras, como las situaciones funcionariales, que son —prescindiendo de su sustrato sociológico real— creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellas; esto es, de su configuración jurídica que puede quedar delimitada por la presencia de muy diversos factores. Por tanto, al amparo del principio de igualdad no es lícito tratar de asimilar situaciones que en origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean.

Habiendo añadido con respecto a diferencias entre el funcionario de carrera y el personal interino (Autos 63/1996, de 12 de marzo, 183/2005, de 9 de mayo, y 112/2008, de 14 de abril) que "no es posible concluir pronunciando en sede constitucional un reproche a la diferencia de trato normativo discutida, al tratarse de categorías funcionariales configuradas como estructuras diferenciadas y definidas con características propias, con sistemas de acceso distintos y con una relación funcionarial o estatutaria de contenido diverso; estos criterios de diferenciación son todos ellos objetivos y generales y legítimamente pueden ser tomados en consideración por el legislador para fijar las retribuciones correspondientes a cada una de las categorías funcionariales".

Solamente en el caso de los funcionarios interinos de larga duración, por las circunstancias especiales del caso, y la transcendencia constitucional que recibe un tratamiento desigual, la STC 240/1999, de 20 de diciembre, impuso la extensión del reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria para el cuidado de los hijos menores, pues responde a la necesidad de cooperar al efectivo ejercicio del deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante la minoría de edad (art. 39.3 CE) y de contribuir a la efectiva realización del principio rector de la política social que establece que los poderes públicos aseguran la protección social de la familia (art. 39.1 CE).

Pero, como es inevitable, **la jurisprudencia del TJUE acabará permeando su doctrina ya sea de forma directa o indirecta.**

En el caso de los funcionarios interinos lo ha hecho de forma indirecta: así, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, al apreciar una infracción del artículo 24 CE, por no haberse aplicado la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE tal y como ha sido interpretada por el TJUE en un caso idéntico (reconocimiento de sexenios), con preferencia sobre el derecho interno incompatible.

De igual forma (reducción de jornada) la muy reciente STC 22/2018, de 5 de marzo, aunque con otro enfoque metodológico, al limitarse a retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la infracción del derecho fundamental del artículo 24 CE, como denuncian los magistrados que suscriben el voto particular.

En el caso de las diferencias de trato entre trabajadores laborales temporales y fijos al servicio de la Administración ha sido más directo; en la STC 71/2016, de 14 de abril, y la STC 149/2017, de 18 de diciembre, ha acogido decididamente la doctrina del TJUE, declarando la primera su similitud a la del propio tribunal en relación al artículo 14 CE.

La STC 71/2016 (reducción de jornada) ha declarado que la justificación ofrecida por la ley (razones de contención del gasto público y mantenimiento del empleo público) no puede tener favorable acogida para el diferente trato.

La STC 149/2017 (permuta entre dos trabajadoras) considera vulnerado el derecho de igualdad por negarse la Administración a concederla, cuando se iban a limitar a intercambiar sus puestos de trabajo (que continuarían vacantes hasta su cobertura reglamentaria o extinción) sin variación alguna en cuanto a la calificación jurídica de sus contratos, no habiéndose ponderado la importancia que tenía para la conciliación de la vida familiar y laboral de las afectadas, en relación con el artículo 39.3 CE.

Por su interés es conveniente rescatar la idea de la STC 71/2016:

> para apreciar la quiebra del principio de igualdad no basta con que exista un trato diferente entre estos dos tipos de trabajadores sino que, como se ha indicado, es preciso, además, que no existan causas objetivas que permitan considerar razonable esta diferenciación. Y a los efectos de apreciar si estas causas objetivas existen ha de partirse de la premisa, como también se ha señalado, de que tanto la jurisprudencia de este Tribunal como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido la existencia de un criterio igualitario entre los trabajadores temporales y fijos que no puede ser excepcionado por razón de la duración. De ahí que el diferente trato que se otorgue a estos trabajadores solo puede considerarse acorde con el referido criterio igualitario si el trato distinto se justifica en la naturaleza del específico trabajo que desempeñen o sea una consecuencia inherente a su condición de trabajadores temporales, como sucede, en particular, en lo que se refiere a las causas que determinan la extinción de su relación contractual.

A juicio del Tribunal Constitucional establecer una diferente jornada de trabajo por razón de la relación de empleo no puede considerarse justificado:

> pues, aunque para acceder a una relación de empleo fija con la Administración, bien como funcionario de carrera, bien como personal laboral fijo, se exija superar unos procesos selectivos que acrediten el mérito y capacidad y estos procesos selectivos sean diferentes de los que han de superar aquellos que tienen un vínculo temporal con la Administración, esta diferente forma de acceso no permite en este supuesto entender justificada la diferencia de trato. La menor dificultad que tiene los procesos selectivos que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo no justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo.

En este caso, lo relevante será dilucidar, **siguiendo el canon de constitucionalidad dispuesto por el Tribunal Constitucional, si el distinto trato es una consecuencia inherente a su condición de funcionarios interinos o, si se quiere, es consustancial a la naturaleza**

temporal de su relación de empleo, o, por el contario, no constituye una razón objetiva para el trato diferente.

Puede ser de utilidad en ese examen comparar las situaciones administrativas de servicios especiales y la de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, pues aunque existen similitudes —la más importante la de ser dos situaciones administrativas en las que el empleado no se encuentra prestando servicios—, existen también diferencias notables, en la causa, desde luego, pero sobre todo en los efectos que produce y los derechos que conlleva para el funcionario.

Es la distinta causa, lógicamente, la que ha sido tomada en consideración por el legislador para dar un tratamiento distinto al funcionario de carrera que es declarado en servicios especiales y al que es declarado en excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público.

Conviene subrayar que la excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público se configura de forma residual, una vez seleccionado el elenco de cargos electivos, actividades o puestos que contemplan el artículo 87.1 TRLEBEP y artículo 64.1 LFPV para delimitar el acceso a la situación de servicios especiales. Lo decisivo es que engloba las actividades y puestos del sector público desprovistos de aquella "especial" consideración (que lo habrán sido por las más diversas razones, sin que las agotemos: por su conexión con el ejercicio de un derecho fundamental, por la relevancia institucional del órgano o la función o por su trascendencia para el interés público, etc.).

El artículo 85.2.b) TRLEBEP ni siquiera contempla la excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público como una situación administrativa básica aplicable en todas las administraciones públicas, remitiendo su regulación a las leyes autonómicas de función pública. El artículo 61.1.a) de la LFPV incluso la acota por su naturaleza residual al definirla "y no les corresponda, conforme a esta ley, quedar en otra situación".

Sin que proceda realizar ahora un recorrido exhaustivo de ambas situaciones, bueno es recordar, sin embargo, que sus líneas maestras fueron ya diseñadas por los artículos 29.2 y 29.3.a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP).

A los funcionarios en situación de servicios especiales, situación que fue regulada por primera vez en dicha LMRFP, se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos y tendrán derecho a la reserva de plaza y destino que ocupasen. En todos los casos recibirán las retribuciones del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios, sin perjuicio del derecho a la percepción de los trienios que pudieran tener reconocidos como funcionarios.

Por el contrario, a los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, al igual que los restantes excedentes voluntarios por interés particular,

no tendrán reserva de plaza y destino, no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo permanecido en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

Su régimen quedó completado por el artículo 29 bis LMRFP (introducido por el artículo 34 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 1990), según el cual existen dos vías de reingreso para los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público: (i) mediante su participación en las convocatorias de concursos o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo; y (ii) mediante su adscripción a un puesto con carácter provisional, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto.

Con dichos rasgos característicos fueron reguladas ambas situaciones en el artículo 61.a) y artículo 64 LFPV, disponiendo el artículo 68 LFPV idénticas vías de reingreso para los funcionarios en situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, con el añadido para la adscripción provisional que era precisa la existencia de vacante dotada presupuestariamente propia de su cuerpo o escala y que permanecerán en dicha situación hasta obtener destino definitivo por concurso o libre designación.

En desarrollo de la LFPV se aprobó el Decreto 339/2001, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas del personal funcionario de las administraciones públicas, que completa algunos aspectos de ambas situaciones, pero manteniendo como es natural su configuración legal.

De forma congruente con la regulación de la LMRFP, depara el sentido auténtico de la situación el artículo 10 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas (LIPSAP), cuyo tenor literal es el siguiente:

> Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que con arreglo a esta Ley resulte incompatible con el que vinieran desempeñando habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión.
>
> A falta de opción en el plazo señalado se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a la situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.
>
> Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del aludido plazo de toma de posesión, entendiéndose éste prorrogado en tanto recae resolución.

Varios son los fines que persigue el régimen de incompatibilidades, entre ellos, los más importantes, el principio de imparcialidad y el principio de eficacia, pero persigue también otras finalidades, igualmente legítimas constitucionalmente hablando, entre las que se encuentran las del artículo 40 CE. Así, en palabras de la STC 178/1989, de 2 de noviembre, "el objetivo de una mejor distribución del empleo público con el consiguiente efecto final favorable para quienes se hallan en una posición menos ventajosa en el mercado de trabajo no solo no es contrario a la Constitución, sino

ajustado a ésta, aunque de ello puedan derivarse, como es obvio, restricciones para quienes disfrutan, o pudieran hipotéticamente disfrutar, de más de un empleo".

El artículo 10 LIPSAP no especifica si se refiere a personal fijo o temporal, pero la jurisprudencia ha rechazado que se pueda conceder la excedencia voluntaria por incompatibilidad (como también se la conoce) al personal temporal, precisamente por las características intrínsecas de la relación temporal.

Así, respecto al colectivo más cercano al laboral fijo de la Administración, las SSTS de la Sala de lo Social de 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006/4748) y de 3 de mayo de 2006 (RJ 2006/7073) lo han justificado porque: "En primer lugar, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación.... Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente 'un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría' y este derecho, que puede otorgarse, al trabajador (fijo) no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa".

Doctrina que reitera la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2017 (AS 2017/2063) pese a que recoge y se hace eco de la doctrina del TJUE sobre la cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE:

> En cambio en el supuesto de la excedencia voluntaria por incompatibilidad que a nosotros nos ocupa, existe una justificación objetiva que no tiene que ver con las condiciones de trabajo, que ampara la desigualdad de trato, no implicando que se haga de peor derecho a los trabajadores indefinidos no fijos respecto de los fijos, por cuanto que aquellos solo tienen derecho a permanecer en su puesto de trabajo —su derecho de suspensión del contrato está ligado a la del puesto de trabajo para el que ha sido contratado—, no a acceder a otra vacante de igual o similar categoría que es el derecho de los fijos que se sitúan en excedencia voluntaria y ese derecho no puede trasladarse a los temporales o indefinidos no fijos porque si la excedencia voluntaria ordinaria no genera el derecho a conservar el puesto de trabajo, dicho colectivo de trabajadores no pueden ostentar ese derecho porque solo pueden reincorporarse al propio puesto de trabajo que ha servido a su contratación y esa reserva no le puede ser impuesta a la empresa, ni tan siquiera por la vía de la contratación interina ya que ello sería a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa.

Así como sería posible ofrecer un mismo trato en la situación de servicios especiales porque la suspensión conlleva una reserva del puesto, tal posibilidad no existe en la excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público porque no hay una reserva de puesto y solo un derecho de reingreso condicionado por diversas circunstancias.

Resumidamente, **al producirse la incompatibilidad, el empleado público debe elegir el puesto al que opta, pero, si opta por el nuevo puesto, es de ver que a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos no se les priva del mismo derecho, porque uno ocupaba el puesto con una garantía de permanencia y continuidad en la relación de**

servicios (artículo 9.1 TRLEBEP y 35 LFPV), inherente el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera [art. 14.a) TRLEBEP], mientras que el otro lo hacía sin esa garantía.

Por ello, la ley dispone que la relación de servicios del funcionario de carrera quede "congelada" o "latente", medida que no cabe disponer para el funcionario interino porque al haber optado por la nueva relación jurídica su relación temporal anterior se extingue dado que ya no tiene razón de ser y debe concluir.

La interesada, que ha accedido a la condición de funcionaria de carrera de otra Administración, pese al vínculo temporal, quiere consolidar un derecho a volver a ser nombrada funcionaria interina, cuando pierda dicha condición, convirtiendo la relación en permanente y sin límite de tiempo (en tanto siga prestando servicios en la Diputación Foral de …).

Reclama un derecho de reingreso potencial o expectante, condicionado no solo por la existencia de vacantes sino por el lugar que ocupe en la bolsa de trabajo, que podrá o no ser ejercitado a su voluntad. Ciertamente, esa garantía que reclama se justifica en un interés personal o profesional perfectamente legítimo, pero que incide en el interés de otras personas que quieren acceder al ejercicio de la función pública.

Pero lo que es más importante, hay en su solicitud un reconocimiento implícito de la existencia de razones objetivas que impiden el igual trato; por ello pide un trato asimilado o equivalente.

Bueno es recordar, que "el juicio de igualdad ex art. 14 CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas (SSTC 212/1993, de 28 de junio [RTC 1993, 212], F. 6; y 80/1994, de 13 de marzo [RTC 1994, 80], F. 5, entre otras)".

En el presente caso, cabe asumir que los términos de comparación ofrecidos por la interesada ofrecen la homogeneidad y equiparación necesaria a la vista de la jurisprudencia europea. Sin embargo, no requiere que los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, esto es, no demanda iguales consecuencias jurídicas sino consecuencias jurídicas que ella considera parecidas.

En su informe, la Dirección de Función Pública explica que la regulación de las bolsas de trabajo, no sólo incluye los criterios y el modo de gestión para la selección de personal que, posteriormente, formalizará un nombramiento de interinidad o contrato laboral temporal con esta Administración, sino también las situaciones en las que pueden estar sus candidatos.

Los que ya se encuentran prestando servicios (activo), los que pretenden ser nombrados o contratados (disponible), los candidatos que estando en alguna de las anteriores situaciones pasan a otra nueva porque no están en condiciones de prestar servicios o atender una oferta (baja temporal) y los que, voluntaria o forzosamente, estando en la bolsa, son apartados de la misma (baja definitiva).

También reconoce "cierta equiparación" al funcionario de carrera en las garantías y derechos reconocidos por el acuerdo, así como en las consecuencias jurídicas.

En particular, "las situaciones administrativas, que de acuerdo a la normativa de función pública, conllevan reserva de puesto, son aplicables en bolsas de trabajo, tanto a candidatos como a personal en activo, de forma que se mantienen en las situaciones de 'activo' o 'baja temporal': excedencias cuidado de hijo o familiar (artículo 9), incapacidad temporal, maternidad, adopción o acogimiento o servicios especiales (artículo 11)".

Pero si bien estamos ante una cierta igualación, lo que se hace, además, cuando aquella es posible, al existir reserva de puesto, en absoluto puede hablarse de una real igualación, lo que resultaría inviable.

El funcionario de carrera en situación de excedencia voluntaria por prestar servicios en el sector público, como ya hemos dicho anteriormente, no tiene un derecho de reserva de puesto de trabajo, solo un derecho de reingreso, que se puede materializar con una adscripción provisional o a través de la participación en convocatorias de concursos o libre designación para la provisión de puestos de trabajo.

La interesada acepta que como funcionaria interina no se le puede reservar el puesto que ocupaba, ni reconocerle un reingreso provisional a cualquier vacante del cuerpo o escala, ni menos aún el derecho a participar en una convocatoria de provisión a la que solo pueden concurrir los funcionarios de carrera, **pero considera que debe ser declarada en la situación de baja temporal y, una vez finalizada la causa que motivó el pase a esta situación** (aquí no distingue si la nueva relación debe ser fija o también temporal), **pasar a la situación de disponible, lo que le permitirá volver a recibir ofertas de trabajo.**

Pues bien, siendo esto así, se ha de concluir que asume la necesidad de normas específicas y distintas para ambos colectivos o, lo que es lo mismo, la procedencia de aplicar las situaciones del Acuerdo sobre selección del personal para la prestación de servicios de carácter temporal en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y sus organismos autónomos, en cuyo ámbito subjetivo no se incluyen los funcionarios de carrera.

La naturaleza temporal de la relación exige una respuesta jurídica acorde. Otra cosa es que la interesada hubiera preferido otra respuesta jurídica, más favorable a sus intereses, pero, a la vista del conjunto de elementos que hemos tomado en consideración, **no puede tildarse al acto de lesivo del derecho fundamental por otorgar un distinto trato a los funcionarios de carrera y a los funcionarios interinos**.

En definitiva, **el distinto trato es una consecuencia inherente a la condición de los funcionarios interinos, debiendo insistirse en que aquí no se juzga el acuerdo, solo si el acto cuya revisión se pretende incurre en la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.a) LPAC.**

No corresponde a esta Comisión juzgar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el normador entre la baja definitiva y la baja temporal para valorar si es

la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente determinar si la opción asumida por el acto cuenta con una justificación que no puede tacharse de arbitraria o irrazonable atendido el término de comparación escogido.

En fin, examinadas todas las circunstancias concurrentes, estima la Comisión que **no concurriría una causa de nulidad de pleno derecho**, sin que, por ende, proceda analizar si, en su caso, deben aplicarse los límites del artículo 110 LPAC.

DCJA 74/2018 pár. 38 a 126

Existe cierta coincidencia en la doctrina acerca de que **el Tribunal Constitucional ha seguido una cierta evolución sobre el alcance de los derechos reconocidos por el artículo 20.1 CE,** tanto en su apartado a) —el derecho "a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción"— como en su apartado d) —el derecho "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"— del artículo 20.1 CE.

Si bien, ya desde la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 12/1982, de 31 de marzo, respondió afirmativamente a la cuestión de si **dentro del contenido de estos derechos se encuentra el derecho instrumental a crear cualquier medio de difusión**; matizó que el derecho a crear emisoras de radio o de televisión "no es una derivación necesaria del artículo 20, aunque no está tampoco constitucionalmente impedida". Su establecimiento es, según el Tribunal Constitucional, una "decisión política" del legislador y esta discrecionalidad alcanza a la posibilidad de configurar la creación de emisoras de radio y televisión como el ejercicio de un derecho o como una actividad de prestación de un servicio público.

La STC 206/1990, de 17 de diciembre, distingue entre "derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE, y los que son en realidad meramente instrumentales de aquellos", al objeto de señalar que no se puede equiparar la intensidad de protección de unos y otros, pero reconoce que en ambos casos su protección tiene alcance constitucional y el legislador dispone de mayor capacidad de configuración de los segundos siempre que no restrinja su contenido esencial.

La STC 31/1994, de 31 de enero, da un paso más al señalar que "lo que no puede hacer el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20. 1 a) y d) CE, pues **la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, (...) no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 CE en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable**".

La STC 127/1994, de 5 de mayo, partiendo de esta distinción conceptual, de un lado, entre los "derechos primarios", reconocidos con rango de fundamental en el art. 20.1 de la Constitución,

a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz, y, de otro, "los derechos instrumentales" de estos a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades, precisa que es cierto que "los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales", pero insiste que tampoco es menos cierto que **la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación** —en el caso que nos ocupa, la emisión por ondas radioeléctricas con cobertura nacional— **es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad, pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto**.

Incluso el Tribunal Supremo se hace eco de esa evolución en la STS de 22 de abril de 2008 (JUR 2466/2008):

> No es necesario para el análisis acabado de ese motivo de casación que demos cuenta de la teórica distinción entre las libertades de expresión y de información a que conduce su reflejo en letras separadas, a) y d), del número 1 de aquel artículo 20 de la Constitución; o que cobijemos en la segunda el caso que enjuiciamos e indaguemos después sobre su específico tratamiento constitucional; o que insistamos en la singular trascendencia que esas libertades tienen en un sistema democrático; o en la que tiene para él la noción y existencia real de un pluralismo informativo; o que detallemos cuál ha sido la evolución que sobre el derecho y los límites a la creación de medios de comunicación social han experimentado tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Pero sí es necesario destacar la amplitud con que hoy ha de reconocerse el derecho a crear tales medios de comunicación; la interpretación y aplicación restrictiva que deben merecer los límites que se le opongan; y el principio de proporcionalidad con que ha de actuar el poder público cuando a través de las normas y de la aplicación de éstas se inmiscuye en el ejercicio de ese derecho. Así, su injerencia por vía de los procedimientos y cláusulas de autorización debe justificarse de manera convincente y razonable y ha de ser proporcionada a las necesidades, valores y fines que la legitiman. En este sentido, no es ociosa la cita, que además es expresiva de aquella evolución, de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de mayo de 1990 (TEDH 1990, 12) (Autronic AG), 24 de noviembre de 1993 (TEDH 1993, 56) (Informationsverein Lentia y otros) o 20 de octubre de 1997 (TEDH 1997, 83) (Radio ABC), entre otras, o de las del Tribunal Constitucional 206/1990, de 17 de diciembre (RTC 1990, 206), y 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 127), por ejemplo.

Finalmente, **la sentencia más reciente, STC 73/2014, de 8 de mayo, establece que la libertad de comunicación ejercitada por la entidad demandante en el proceso *a quo* forma parte del contenido consagrado en el art. 20.1.a) y d) CE, si bien con un carácter instrumental puesto que el citado precepto constitucional no supone "el reconocimiento de un derecho directo a emitir" ni de él nace directamente "un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local"**. Para añadir que:

> Así, **el derecho a la creación de medios de comunicación** —como soporte necesario del ejercicio de las libertades de expresión y comunicación o plataforma esencial de los mismos— **puede quedar sometido, en su ejercicio, a límites o modulaciones establecidos por el legislador y justificados por la necesidad de proteger valores constitucionales como el pluralismo** (externo o interno) como un valor fundamental del Estado, **la formación de una opinión pública libre o los principios de libertad e igualdad** (SSTC 6/1981, de 16 de marzo [RTC 1981, 6] , FJ 4; 12/1982, de 31 de marzo [RTC 1982, 12] , FJ 6 y 206/1990, de 17 de diciembre [RTC 1990, 206], FJ 6), **siempre que tales limitaciones no cercenen el contenido primario o material que garantizan las libertades reconocidas en el artículo 20.1 a)** y d) CE; esto es, el derecho a una comunicación libre sin la que "serían formas hueras las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría una sociedad libre ni soberanía popular", exigiendo, por ello su preservación "una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social" (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3).
>
> La necesidad de la interpositio legislatoris y, por tanto, de una regulación previa que establezca determinados mecanismos de ordenación del sector –ya sea a través de la necesidad de obtener una concesión administrativa, ya sea una simple autorización o ya sea una mera comunicación previa– responde a la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho a crear medios de comunicación con el ejercicio de otros derechos y la protección de otros valores constitucionales. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), precepto que reconoce expresamente que la libertad de creación de medios de comunicación se encuentra comprendida en el ámbito de la libertad de expresión, sin que ello impida a los Estados someter a las empresas de radiodifusión, cine o televisión a un régimen de autorización (lato sensu).

Una vez asumido que la libertad de creación de medios se encuentra protegida por el derecho fundamental reconocido por el artículo 20.1.a) y d) CE, aun con la veste de derecho instrumental, así como la constitucionalidad de la exigencia de una licencia para poder emitir, como medio para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación y no interferir en otros usos del dominio público radioeléctrico, conviene subrayar, de igual manera, que **la ley y, en su caso, la posterior normativa de desarrollo que regule ese acceso debe garantizar que la selección del titular de la licencia se efectúe con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los tribunales ordinarios.**

En ese sentido, parece también oportuno recordar que, con arreglo a la doctrina del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** (TEDH), la negativa a conceder una licencia de radiodifusión constituye una injerencia en el ejercicio de los derechos garantizados por el artículo 10, apartado 1, del Convenio, sin que sea trascendente que la licencia no haya sido concedida a raíz de una solicitud individual o de una participación en una licitación (Meltex Ltd y Movsessian contra Armenia, Sentencia del TEDH de 17 de junio de 2008, JUR 2008, 185315).

Los estados pueden reglamentar, mediante un régimen de autorizaciones, la organización de la radiodifusión en su territorio, en particular sus aspectos técnicos. También pueden condicionar la concesión de una licencia a consideraciones relativas a la naturaleza y a los objetivos de una cadena futura, a sus posibilidades de inserción a nivel nacional, regional o local, a los derechos y necesidades de un determinado público, así como a las obligaciones derivadas de instrumentos jurídicos internacionales (United Christian Broadcasters Ltd contra Reino Unido, STEDH de 7 noviembre 2000, y Demuth contra Suiza STEDH de 5 de noviembre de 2002).

Ahora bien, **esa normativa debe basarse en una ley, y las palabras "prevista por la ley" contenidas en el segundo apartado del artículo 10, no sólo imponen que la medida incriminada tenga una base jurídica en derecho interno, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión: así, esta debe ser accesible a los justiciables y previsible en sus efectos.**

Cuando se trata de cuestiones que afectan a los derechos fundamentales, la ley iría en contra de la preeminencia del derecho, uno de los principios fundamentales de una sociedad democrática consagrados por el Convenio, ha precisado el TEDH, **si la facultad de apreciación que se otorga al ejecutivo no conociese límites**. En consecuencia, **debe definir el alcance y las modalidades de ejercicio de dicha facultad con la suficiente claridad** (Hassan y Tchaouch contra Bulgaria TEDH de 26 de octubre de 2000, y Glas Nadejda Eood y Elenkov contra Bulgaria, STEDH de 11 octubre 2007).

Por último, al analizar los principios generales relativos al pluralismo de los medios audiovisuales, "el Tribunal observa que en una sociedad democrática, no basta para garantizar un auténtico pluralismo en el sector audiovisual, prever la existencia de varias cadenas o la posibilidad teórica para los operadores potenciales de tener acceso al mercado del sector audiovisual. Es preciso permitir un acceso efectivo al mercado, a fin de garantizar, en el contenido de los programas considerados en su conjunto, una diversidad que refleje, lo máximo posible, la variedad de corrientes de opinión que existen en la sociedad a la que se dirigen estos programas" (Caso centro Europa 7 srl contra Italia, STEDH de 7 de junio de 2012, JUR 2012, 191829).

En el presente caso, cabe afirmar que **la Administración convocante del concurso**, con arreglo a la ley pertinente, **carecía de la potestad de apreciación de la que ha hecho uso para decidir no conceder las licencias y dejar sin efecto el concurso mediante su renuncia, lo que obliga a estimar que se ha infringido el derecho fundamental reconocido por el artículo 20.1, letras a) y d), CE.**

Es suficiente para llegar a tal conclusión, sin necesidad de reflejar exhaustivamente las previsiones por las que rige el concurso, contenidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual (LGCA), y en el Decreto 231/2011, de 8 de noviembre, sobre comunicación audiovisual, con la reproducción del siguiente pasaje de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (por todas, Sentencia n.º 452/2014), de constante cita, en el que se condensa con claridad el razonamiento que lleva al tribunal a apreciar dicha infracción:

> Es decir, que el contexto estricto y legalmente predeterminado en el que se desenvuelve la potestad autorizatoria administrativa por voluntad soberana del legislador, está reñido plenamente con que se empleen, sin haberlas siquiera otorgado, fundamentos extralegales y de libre criterio de oportunidad de la Administración convocante para denegarlas en bloque en función de motivos que nunca podría haber utilizado en la resolución del concurso o en su diversas vicisitudes posteriores, o ni siquiera para abstenerse de convocarlo, con lo que, al así hacerlo, se está además originando una afectación ilegitima al derecho previo con que cuenta el solicitante, que no está normativamente vinculado a las apreciaciones de conveniencia y libre arbitrio del poder público, incluso con la repercusión constitucional del artículo 20.1.d) CE que ha sido denunciada en el proceso.

En definitiva, **la vía de la revisión de oficio se revela como medio adecuado para restaurar el derecho fundamental vulnerado, ya que se ha producido un injustificado sacrificio del derecho de las entidades que optaban a la adjudicación de las licencias, habiéndoseles impedido el lícito acceso a un soporte, las ondas métricas con modulación de frecuencia, a través del cual ejercer su derecho a la libre expresión de ideas y del derecho a comunicar y recibir información.**

DCJA 103/2018 pár. 68 a 83

B) Nulidad de pleno derecho de los actos que tengan un contenido imposible

Para fijar la verdadera naturaleza que encierra dicha causa de nulidad cabe transcribir la doctrina jurisprudencial (STS de 2-2-2017, RJ 2017\449):

> Conviene señalar que la nulidad de pleno derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible, es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1.272 del Código civil (LEG 1889, 27) para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.
>
> Sobre los requisitos de la imposibilidad, hemos señalado que la imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (art. 48.1 LPA (RCL 1986, 939) y 83.2 de la LJCA (RCL 1998, 1741); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto.
>
> Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. Por fin, la jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la

indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 Nov. 1981 y 9 May. 1985).

Con esta interpretación la Comisión sigue la línea sostenida en sus dictámenes. Así, por ejemplo, en el Dictamen 54/2001, en el que recordó que "la jurisprudencia ha reducido a los actos cuyo contenido presenten una imposibilidad natural, física y real (STS de 3 de junio de 1981) que puede manifestarse tanto en una falta de sustrato personal (así, que no se hubiese determinado el beneficiario de la reversión, o este fuere inexistente) como de sustrato material (que no exista la finca cuya reversión se declaró, o que no se hallara en poder de la Administración); o a actos ambiguos o ininteligibles y, por tanto, inejecutables (STS de 6 de noviembre de 1981)"; o en el Dictamen 26/2013, que recogía la calificación de la adjudicación de un contrato a una persona fallecida como acto de contenido imposible realizada por el Consejo de Estado (Dictamen n.º 45.103, de 28 de abril de 1983).

La imposibilidad de los actos administrativos puede ser física, ideal o jurídica. La imposibilidad física de un acto tiene lugar cuando resulta absolutamente inadecuado a la realidad material sobre la que recae, como ocurre si el acto se refiere a un sujeto o a un objeto inexistente. La ideal surge cuando la estructura lógica del acto está defectuosamente conformada al existir dentro de la misma elementos contradictorios, y la jurídica, cuando el acto contradice de manera clara y terminante el ordenamiento jurídico por faltar los presupuestos del propio acto.

También en esta línea viene sosteniendo el Consejo de Estado, sin pretender agotar todas las modalidades, que es acto de contenido imposible el que no puede llevarse a cabo por oposición a las leyes físicas (Dictamen 51.772, de 7 de abril de 1988) o aquel que carece de los presupuestos básicos indispensables (Dictamen 50.710, de 1 de octubre de 1987). Y, en consecuencia, ha calificado de acto de contenido imposible la adjudicación de un contrato a una persona ya fallecida (Dictamen 45.193, de 28 de abril de 1983) o el nombramiento de un funcionario para un puesto de trabajo inexistente (Dictamen 1.705/94, de 29 de septiembre) o cuando la nulidad de un acto preparatorio arrastra necesariamente al contrato subsiguiente (Dictamen 45.192, de 30 de junio de 1983) o el contrato de permuta cuando una de las partes no es propietaria del bien que ha de entregar (Dictamen 53.403, de 29 de junio de 1989).

Precisamente esta última causa parece estar en la base de la nulidad que se persigue en el caso objeto de consulta, al **haber quedado probada por virtud de medios probatorios fidedignos —inscripción del registro de la propiedad frente al catastro fiscal— la identidad de los verdaderos titulares dominicales de la parcela en cuestión y la consiguiente inexistente titularidad del ayuntamiento.**

La condición decaída de propietario sobre la que se fraguó el otorgamiento de la autorización objeto de revisión —aunque realizada en un ejercicio aparentemente legítimo de facultades que le proporcionaba la titularidad dominical— **debe conllevar necesariamente la nulidad** última de aquella.

DCJA 94/2018 pár. 28 a 33

C) 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

A juicio de la mercantil que ha promovido el presente expediente de revisión de oficio, no es correcto seguir el procedimiento de apremio, habiendo optado el ayuntamiento por el procedimiento establecido en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, **cuando tenía que haber aplicado el procedimiento expropiatorio** previsto en el artículo 184 LSUPV **para el caso de que se produzca un incumplimiento de los deberes urbanísticos.**

Ello ha supuesto, en palabras de la mercantil, "una total indefensión, al haberse hurtado varios trámites de alegaciones y de posibilidad de subsanación de tal incumplimiento, no debiendo olvidar, además, que la consecuencia directa ha sido el embargo de todas las fincas que esta parte disponía dentro del Sector, las cuales han sido adjudicadas a favor de la Administración ante la que se comparece, tras declarase desiertas las subastas al efecto practicadas".

El informe-propuesta de resolución sostiene, sin embargo, que, mediante Decreto de Alcaldía n.º 32/2012, de 28 de mayo, se acordó el cambio del sistema de actuación, pasando de una ejecución privada de concertación del sector de actividades económicas Malluki, inicialmente prevista en el Programa de Actuación Urbanizadora (Decreto de la Alcaldía de 28 de enero de 2019), a un sistema de ejecución público de cooperación, lo que se produjo por el incumplimiento reiterado de las obligaciones urbanísticas de la mercantil Garaunza S.L.,

Con arreglo a dicho sistema público [artículo 159.2.a LSUPV], los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los mismos (artículo 173.1 LSUPV).

Además, el régimen vigente permite exigir de los propietarios de la unidad las cantidades correspondientes por la vía de apremio, en general, artículo 45 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del suelo (en la actualidad artículo 59 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana) , y en particular, artículos 65.a), 127 y 189.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (en vigor de forma supletoria), y artículo 19.2 de las Normas Complementarias del Reglamento para la aplicación de la Ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobadas por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Dicha vía, mantiene la Administración municipal, resulta del todo procedente ya que las cuotas de urbanización son ingresos derecho público, como lo acreditan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 378/2016, de 14 de septiembre, y n.º 119/2016, de 5 de abril de 2016. La idoneidad de la vía de apremio, en caso de incumplimiento de la obligación

de satisfacer los gastos de urbanización, ha sido ratificada reiteradamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se cita la STS de 9 de julio de 1994 (RJ 5964/1994).

El informe-propuesta no niega que el artículo 184 LSUPV permita acudir también a la expropiación, pero en este caso se ha escogido la vía de apremio por ser la más normal, usual y proporcionada, y porque para la expropiación se tendría que haber establecido ese sistema de actuación, en cuyo marco se encuentra incluido dicho artículo, y no el sistema de cooperación.

Frente a las afirmaciones huérfanas de apoyo argumental de la mercantil, que se limita a aseverar que se tenía que haber seguido el procedimiento expropiatorio y no el procedimiento de cobro y exacción por la vía de apremio, el ayuntamiento ha ofrecido una explicación detallada y completa del fundamento legal y las razones que han justificado que se optara por dicha vía.

Cabe ya adelantar que **la Comisión no aprecia una infracción procedimental que pudiera merecer la catalogación de nulidad de pleno derecho**.

Para entender cometido el vicio formal consistente en la aplicación de un procedimiento distinto al aplicable, era preciso demostrar que se produjo un error radical al seguirse un cauce legal inexistente o completamente ajeno al previsto por la ley.

En este caso no existe semejante desviación porque, escogido el sistema de cooperación, esa es la vía dispuesta por el ordenamiento urbanístico para el cobro de las cuotas de urbanización, si no se hacen efectivas.

Obviamente, la decisión del ayuntamiento sobre cómo debía operar para que la mercantil hiciera efectivo el cumplimiento de sus deberes urbanísticos, si a través del sistema de cooperación o del de expropiación, tenía repercusiones sobre el procedimiento a seguir, pero esa es una cuestión que no ha sido suscitada en este expediente, debiendo recordarse que el procedimiento ejecutivo es meramente instrumental.

Esa disociación entre el procedimiento gestión y el ejecutivo es muy clara en el ámbito tributario, como explica la STS de 25 de junio de 2008 (RJ 6522/2008):

> partimos de que como se señaló en la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1996 (RJ 1996, 8595), la Ley General Tributaria de 28 diciembre 1963, siguiendo en esta materia un principio de aplicación inmemorial, distingue y separa, de un lado, el procedimiento de gestión tributaria que tiende a determinar y cuantificar la deuda tributaria, y, de otro, el procedimiento de recaudación, disponiendo inteligentemente que a este segundo no se pueden traer los problemas y cuestiones del primero, de manera que por ser un procedimiento ejecutivo debe partir de un título que le dé tal carácter, en este caso la providencia de apremio, por lo que sólo cabe impugnar dicho acto ejecutorio, por las razones tasadas que relaciona el artículo 137 de dicha Ley, 138 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, que en la redacción dada por Ley 25/1995, de 20 de julio, establece: “1. Contra la procedencia de la vía de apremio sólo serán admisibles

> los siguientes motivos de oposición: a) Pago o extinción de la deuda. b) Prescripción. c) Aplazamiento. d) Falta de notificación de la liquidación o anulación o suspensión de la misma. 2. La falta de notificación de la providencia de apremio será motivo de impugnación de los actos que se produzcan en el curso del procedimiento de apremio".

Tales causas de impugnación son coherentes con la naturaleza del procedimiento de recaudación, como reconoce la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 73/1996, de 30 de abril:

> En relación ya con el art. 137 LGT conviene comenzar señalando que el mismo se limita a regular los motivos de oposición frente a una providencia de apremio, de naturaleza puramente ejecutiva, que ciertamente sólo cabe impugnar por una serie de motivos tasados, pero ello, por sí mismo no afecta a los medios de defensa de que se disponga frente a la liquidación que a través de él se ejecuta. Como ya se afirmó en la STC 168/1987 (RTC 1987\168), el "régimen de impugnación de este tipo de providencias se contiene en el art. 137 de la Ley General Tributaria y el art. 95.4 del Reglamento General de Recaudación (RCL 1991\6 y 284), y viene a suponer una lista tasada de motivos de impugnación". En suma la providencia de apremio puede hallarse incluso desconectada de la firmeza de la liquidación siendo una pura consecuencia del impago de la misma y de la ejecutividad inmediata del acto administrativo.

La misma disociación se produce entre el procedimiento de gestión urbanística, en este caso para determinar y cuantificar la cuota que corresponde por los gastos de urbanización, y, en su caso, el subsiguiente procedimiento recaudatorio, que es también meramente ejecutivo.

De declararse la nulidad de pleno derecho del acto o actos administrativos que sirven de título a la ejecución, esto es, de los actos de los que derivaron las diligencias de apremio y embargo, esa nulidad se transmite al que es un simple acto de ejecución, cuya validez está subordinada a aquellos, al depender la eficacia de las resoluciones ejecutivas de la principal.

Pero no sucede lo mismo al revés; la nulidad del procedimiento de recaudación no implica la nulidad de los actos administrativos que constituyen su soporte, de ahí la limitación de los motivos que pueden esgrimirse, y, en este caso, permanecerían subsistentes los del procedimiento de gestión urbanística, sin que ello tuviera que suponer la obligatoriedad jurídica de la expropiación.

Si se considera que tales actos son contrarios al ordenamiento jurídico, la revisión de oficio tenía que haberse dirigido contra ellos, e invocarse la causa o causas de nulidad de pleno derecho establecidas por el artículo 62.1 LRJPAC que lo justifican.

Sin embargo, la mercantil no insta su nulidad, esto es, no se impugna el Decreto de Alcaldía n.º 32/2012, de 28 de mayo, mediante el que se acordó el cambio del sistema de actuación; tampoco se aduce que no proceda el pago de los gastos de urbanización ni tan siquiera la cuantificación de la deuda, aceptando que lo exigido responde a las obligaciones urbanísticas que corresponden a la mercantil.

Puede que sean tales actos, en palabras de la STS de 13 de octubre de 2000 (RJ 7914/2000) el *prius jurídico* del procedimiento de recaudación, pero eso no significa que puedan ser objeto de enjuiciamiento y dejados sin efecto cuando lo que se combate son las diligencias de apremio y embargo.

No obstante, la Comisión no ve inconveniente en señalar que la clave de la actuación municipal se encuentra en el señalado Decreto de Alcaldía n.º 32/2012, de 28 de mayo, porque la decisión de seguir el procedimiento de cooperación para corregir el incumplimiento hizo por sí misma inviable la expropiación, ya que para ello, como es meridiano, tendría que haberse escogido ese sistema.

Asumiendo que el artículo 184 LSUPV puede proyectarse sobre cualesquiera incumplimientos de deberes y obligaciones urbanísticas, la propia ley contiene previsiones que completan ese régimen.

El artículo 176.2 LSUPV prevé que el incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticos establecidos en la presente ley determinará la existencia de causa de interés público para la expropiación forzosa a fin de garantizar su efectivo cumplimiento.

Por su parte, el artículo 177 LSUPV establece un listado de supuestos expropiatorios por motivos urbanísticos, entre ellos dos que implican sendas contravenciones de obligaciones urbanísticas (dejando a salvo el derivado de la falta de cumplimiento de los deberes derivados de la accesibilidad): el incumplimiento de los plazos fijados para la ejecución total o parcial del planeamiento, incluido el deber de edificar (letra h), y la inobservancia de los deberes de conservación y mantenimiento de los inmuebles legalmente exigibles (letra i). Ambos supuestos tienen a su vez su debido reflejo en el artículo 190.1 LSUPV y artículo 203.4 c) LSUPV.

En principio, la ley no establece la expropiación como respuesta jurídica al incumplimiento por la Junta de Concertación o propietario único (artículo 160.5 LSUPV) de sus obligaciones, entre ellas, la de asumir "la totalidad de las cargas de urbanización y ejecutar las obras de urbanización, infraestructuras y servicios atribuidas a la unidad por la ley, el planeamiento o el propio convenio" (artículo 160.2 d) LSUPV).

El artículo 165 LSUPV activa en tales casos la prerrogativa municipal de cambio de sistema de actuación, de forma que "podrá sustituir en cualquier momento el sistema de actuación cuando se incumplieran los compromisos legales de la concertación o los recogidos en el convenio que sirvió de fundamento para la elección del sistema".

De esa forma, descartado el régimen de ejecución privada, ha de acudir al sistema de ejecución pública, pudiendo optar —porque el artículo 165 LSUPV no recorta su prerrogativa, pues no impone una única solución de forma automática— por el sistema de cooperación o el sistema de expropiación forzosa, para lo cual deberá atender nuevamente a lo dispuesto en el artículo 159.3 LSUPV donde se le reconoce "plena libertad, considerando criterios como el mejor cumplimiento de los fines del planeamiento, los plazos de ejecución, los medios económico-financieros y la capacidad de gestión con la que cuente la entidad municipal".

Hay que recordar que la STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró inconstitucional la regulación del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1992 respecto a las consecuencias del incumplimiento de los deberes legales (expropiación o venta forzosa), señalando que, si bien el Estado puede definir legalmente la *causa expropiandi*, no puede:

> imponer como única reacción jurídica posible frente a tales incumplimientos la expropiación o venta forzosa, ejercitada de manera necesaria y sin alternativa posible por los municipios o, en su defecto —y si fuera admisible la técnica de la sustitución— por las Comunidades Autónomas, configurando de tal modo una potestad expropiatoria de ejercicio obligatorio y a cargo de los entes públicos territoriales gestores de urbanismo.
>
> En tanto en cuanto el logro de la finalidad esencial e inspiradora de toda la regulación del estatuto de la propiedad urbana (conforme al título competencial del art. 149.1.1º) de incorporar a los propietarios de suelo al proceso urbanizador y al subsiguiente edificatorio, pueda obtenerse por diversas vías de reacción jurídica, no cabe que el Estado opte con carácter exclusivo por una de las posibles, la medida expropiatoria (o la alternativa de la venta forzosa), imponiéndola como la única procedente al legislador autonómico y a las Administraciones urbanísticas actuantes, que no pueden sino apartar, constatado el incumplimiento, a los propietarios de su incorporación al proceso de urbanización o de edificación, para ser sustituidos por la Administración gestora o por beneficiarios particulares, con la consiguiente doble carga de complejidad técnica y de onerosidad financiera (FJ 17º f).

En suma, **la aplicación del sistema de cooperación o expropiación como sustitutivo del de compensación, por incumplimiento de las obligaciones de la Junta de Concertación o del propietario único, es una decisión que corresponde adoptar al ayuntamiento con arreglo a los criterios fijados por el legislador autonómico** (artículo 159.5 y 165 LSUPV).

Para ello, debe tener en cuenta, además, que el sistema de expropiación se aplica sobre unidades de ejecución completas y comprende todos los bienes y derechos incluidos en ellas (artículo 174.1 LSUPV). Es, por tanto, una expropiación masiva y global aplicable a toda la unidad y con destino a los usos determinados por el planeamiento, en este caso el de actividades económicas.

Puede la mercantil legítimamente plantear una discrepancia interpretativa sobre el artículo 165 LSUPV impugnando el acto que lo aplica, pero no es posible hacerlo de forma indirecta, instando la revisión de oficio del procedimiento recaudatorio seguido posteriormente, ni cabe mutar un supuesto de infracción, en su caso, de dicho precepto, lo que constituye en principio un problema de mera ilegalidad, que tendría que haber sido depurado con arreglo a los cauces ordinarios (interponiendo los recursos administrativos y jurisdiccionales procedentes en tiempo y forma) en una nulidad de pleno derecho, si respecto al referido acto no se aduce que se encuentre incurso en alguna de las causas del artículo 62.1 LRJPAC.

Partiendo de la vigencia del sistema escogido por el ayuntamiento para la ejecución del sector, así como de la exigibilidad de las cuotas de urbanización giradas, que no han sido objeto

del procedimiento revisorio, se **ha de concluir que el procedimiento de apremio no se encuentra aquejado de un vicio de nulidad de pleno derecho por resultar el mismo procedente para su cobro.**

DCJA 16/2018 pár. 77 a 108

II. Instrumentos urbanísticos

Pues bien, **una licencia que atribuye a un particular el derecho a edificar en una parcela calificada de espacio libre, que es de dominio y uso público, a fin de construir un pabellón agrícola** para uso de almacén para la maquinaria y los productos hortícolas obtenidos de la explotación agrícola de la que es titular y el almacenado de hierba y paja para alimento del ganado de la explotación, **incurre en un supuesto de nulidad de pleno derecho, ya que aquel carece de los requisitos esenciales para ejecutar la obra proyectada.**

El interesado ha adquirido el derecho a edificar careciendo de un requisito esencial, la actuación sobre unos terrenos donde se permita la edificación por no estar destinados a espacios libres.

No se trata de un incumplimiento puntual sobre las condiciones en las que debe realizarse la edificación o una equivocada aplicación de los parámetros edificatorios, **sino de una edificación que se levanta en un espacio libre**, incidiendo en la distribución entre espacios libres de edificación y espacios edificados.

Por lo que se refiere a la segunda causa de nulidad, como hemos mencionado, el artículo 10.3 del TRLS declara que son nulos de pleno derecho "los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística".

El legislador ha declarado desde antiguo la nulidad de pleno derecho de las licencias otorgadas con infracción de la zonificación o del uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el planeamiento urbanístico (artículo 2.1 de la Ley 158/1963, de 2 de diciembre, sobre condiciones y procedimiento de modificación de planes de ordenación urbana y de proyectos de urbanización cuando afecten a zonas verdes o espacios libres previstos en los mismos, artículo 188.2 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobada por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, y artículo 255.2 del Texto refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio).

Se trata de una medida dispuesta para prevenir los efectos devastadores de una urbanización extensiva en garantía de la calidad y funcionalidad de los espacios dedicados al uso público.

En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de abril de 2014 (RJ 3283/2014) sobre las garantías cuando las modificaciones de planeamiento se encaminen a alterar los sistemas generales de espacios libres y zonas verdes:

> Aunque el establecimiento de un procedimiento más riguroso con vistas a la tramitación de las modificaciones dirigidas a dicho propósito sea una cuestión atinente al derecho propio de cada Comunidad Autónoma, no menos cierto es que tales medidas se orientan a la preservación de la calidad de vida y el bienestar ciudadano y por tanto no resultan ajenos a los principios de desarrollo territorial y urbano sostenible enunciados por la normativa estatal básica (artículo 2, en particular, apartado 2, letra c), del TRLS 2008) y en última instancia, tampoco a la Constitución misma, en cuanto encaminadas a la creación del ambiente propicio para el desarrollo de la persona (artículo 45.1 de la Constitución).

Están afectados, en suma, bienes jurídicos de la máxima importancia, y de forma congruente a su relevancia el legislador estatal ha establecido para los actos que vulneran las zonas verdes o espacios libres un supuesto específico de nulidad de pleno derecho en materia urbanística.

Así las cosas, solo cabe concluir que **el acto provoca una alteración grave en el régimen de un suelo destinado a espacio libre, como parque urbano, que afecta a su uso público, con el que resulta incompatible la construcción de un pabellón agrícola para satisfacer las necesidades de un particular**.

De alguna forma, ambas perspectivas, la de la letra f) y la de la letra g) del artículo 47 LRJPAC convergen, en tanto que para llegar a determinar cuáles pueden tener la consideración de requisitos esenciales es preciso acudir al ordenamiento sectorial en el que el acto se desenvuelve, y en este caso, como hemos visto, la condición de que se trate de una actuación sobre unos terrenos donde se permita la edificación por no estar destinados a espacios libres viene impuesta por el TRLS, que incluso la califica por sí misma de nula de pleno derecho.

DCJA 37/2018 pár. 76 a 85

Sucede, no obstante, que acorde con su naturaleza y contenido, **el citado Plan de Compatibilización fue aprobado definitivamente por los Plenos de los dos ayuntamientos concernidos** —Sestao y Trápaga-Trapagaran— **por lo que la declaración de nulidad de las previsiones de dicho plan deberá asimismo ser adoptada por ambos, no pudiendo el Ayuntamiento de Trápaga-Trapagaran realizar dicha declaración en solitario.**

Lo mismo sucede con los Planes Especiales correspondientes a las Áreas Industriales y de Servicios Ibarzaharra 06 e Ibarzaharra 07, en tanto resultan desarrollo de la ordenación estructural del Plan de Compatibilización y, como hemos recogido en los antecedentes, han sido asimismo aprobados por los Plenos de ambos ayuntamientos.

De otra manera, el acto que decretara la revisión de oficio de dichos instrumentos de planeamiento podría incurrir en el supuesto de nulidad del artículo 47.1.b) LPAC, por ser acordado por un órgano incompetente por razón del territorio.

Pero, como hemos expuesto, estando pendiente de emisión el presente dictamen, la Comisión ha registrado la petición del Ayuntamiento de Sestao sobre la revisión de oficio acordada por su Pleno, referida a los mismos contenidos de dicho Plan de Compatibilización y de los citados planes especiales.

Por tanto, el inicial reparo que cabría oponer a la pretensión del Ayuntamiento del Valle de Trápaga-Trapagaran decae al constarle a la Comisión, en el momento de emitir este dictamen, la voluntad formalizada por el Ayuntamiento de Sestao de proceder a revisar de oficio las mismas determinaciones de los tres planes urbanísticos.

DCJA 78/2018 pár. 68 a 72

Véase DCJA 79/2018 pár. 46 a 50

Del expediente se desprende que quienes han participado en el trámite de alegaciones consideran que, para la eliminación de las determinaciones limitativas para el establecimiento de equipamientos comerciales de los instrumentos de ordenación afectados por la revisión, debería seguirse la tramitación establecida en la LSU y, en concreto, denuncian la no realización del programa de participación ciudadana.

(…)

Enseguida se comprende que tales supuestos de revisión y modificación de planes de la LSU y sus correspondientes procedimientos no guardan relación (ni pueden condicionar) el ejercicio por las administraciones públicas de su potestad para revisar las disposiciones de carácter general que se consideren nulas, aunque la disposición objeto de revisión sea un instrumento de planeamiento y, como efecto de la declaración de nulidad, quede afectado su contenido.

De seguir el criterio que proponen los alegantes, la declaración de nulidad de cualquier disposición de carácter general debería someterse al mismo *iter* procedimental que el seguido para su elaboración (LPEDG); tesis que no encuentra apoyo alguno en la regulación legal de la revisión de oficio de las normas (artículos 102 y ss. LPAC).

Como última consideración con la que dar respuesta a las cuestiones que se han suscitado durante la audiencia del procedimiento de revisión, resta **el examen de la aplicación del programa de participación ciudadana** (artículo 108 LSU) **que se demanda por los alegantes como trámite obligado de dicho procedimiento.**

Ha de tomarse en cuenta que, inscrito el artículo 108 LSU entre los contenidos de la LSU destinados a garantizar en la elaboración de los planes de ordenación estructural la participa-

ción ciudadana (según lo apuntado, uno de los principios rectores de dicha regulación legal —artículo 8 LSU—), el programa de participación ciudadana se sitúa en el momento inicial de la formulación, modificación o revisión de cualquiera de tales planes y deja al arbitrio de cada ayuntamiento su contenido, indicando solamente unos concretos mecanismos de participación, tales como: (i) sesiones abiertas al público explicativas del avance en especial de las decisiones estratégicas de construcción de la ciudad —lo que parece referido a los supuestos de modificaciones importantes—; (ii) la posibilidad de celebrar consultas si hay graves controversias; y (iii) la elaboración de material divulgativo para que la iniciativa planificadora pueda ser difundida y comprendida por la ciudadanía.

En el mismo sentido, conforme dispone el artículo 90.4 LSU, los criterios objetivos que servirán de base para redactar el plan general se adoptaran por el ayuntamiento a la vista del resultado de la exposición y participación pública e institucional. Se trata, así, de un trámite enderezado a pulsar la opinión de la ciudadanía sobre las opciones planificadoras existentes para enfocar la formulación, modificación o revisión proyectadas.

Como en reiteradas ocasiones viene explicando el TSJPV (entre otras, Sentencia de 20 de julio de 2015 JUR/2015/210745), para comprender el sentido y finalidad del programa de participación pública es oportuno tener presente lo razonado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2000 (Recurso 2172/1994), que fue a su vez tomada en consideración por la de 23 de enero de 2003 (Recurso 5018/1999). Se dijo allí que:

> … Tal como el presente motivo de casación ha sido presentado refleja un claro error respecto a la función que el artículo 125.1 RP [Reglamento de Planeamiento] representa en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento. El hecho de que los recurrentes en la instancia hayan formulado alegaciones en el periodo de información pública abierto conforme al artículo 128 RP no subsana, sin más, la omisión de la exposición al público de los trabajos preparatorios, porque en esta fase no se trata propiamente de la defensa de intereses particulares afectados sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el artículo 4.2 TRLS que tiene en el citado artículo 128 RP una expresión distinta de la que se reconoce en el trámite de información pública abierto cuando la voluntad de la Administración se ha manifestado en la aprobación inicial del plan. La cuestión, no es, pues, si los recurrentes en la instancia han sufrido o no indefensión, puesto que formularon alegaciones en la fase formal de información pública, sino si la infracción cometida ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido que es el de la elaboración de las Normas con la más amplia participación ciudadana. (….) La exposición al público prevista en el artículo 125.1 RP actúa cuando el planificador no ha mostrado todavía preferencia sobre ninguna de las opciones posibles, enriqueciendo los trabajos preparatorios con las sugerencias que los ciudadanos puedan aportar, mientras que el trámite de información pública se proyecta sobre una decisión ya inicialmente adoptada y, en la práctica, opera más como critica a la solución acogida que como propuesta de soluciones alternativas…

En el ejercicio de su facultad revisora, **el ayuntamiento carece de margen de maniobra, al no estar ejerciendo una potestad discrecional que admita diversas soluciones igual-**

mente legales para la ordenación estructural de un determinado ámbito de su territorio, sino que ha activado una potestad reglada, la potestad de revisión de oficio, cuyo ejercicio, conforme a su atribución y configuración legal, debe ceñirse a comprobar si el acto o norma objeto de revisión incurre en alguno de los supuestos de nulidad previamente establecidos en las leyes.

El programa de participación ciudadana deviene, así, inaplicable en primer término por no versar el supuesto examinado sobre la formulación, modificación o revisión de una figura de planeamiento de ordenación estructural, en cuya elaboración inserta la LSU el referido trámite.

En segundo término, porque **la obligación de efectuar una interpretación funcional y teleológica de los trámites procedimentales**, cuya exigencia no responde al puro formalismo sino a la finalidad que persiguen, **evidencia la falta de sentido del trámite de participación ciudadana en el procedimiento revisor puesto que en el juicio de nulidad que debe realizarse no hay espacio para la propuesta de alternativas u opciones de mejora de la decisión administrativa final constreñida a los estrictos cauces de las causas de nulidad legalmente tasadas.**

El procedimiento de la revisión de oficio sí debe —como es preceptivo y se ha hecho en este caso—, bien mediante la audiencia (artículo 82 LPAC) bien mediante la información pública (artículo 83 LPAC), poner en conocimiento de las personas titulares de derechos o intereses legítimos (artículo 4 LPAC) el inicio de la revisión su objeto y sus causas.

DCJA 78/2018 pár. 73 a 92

Llegados a este punto, conviene dejar apuntado **el indudable valor normativo de los planes urbanísticos**, idea consolidada en la doctrina y la jurisprudencia, según la cual, los planes urbanísticos tienen naturaleza de "…auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias, en cuanto subordinados a la ley de la que traen causa, los cuales se integran en el ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos en razón de su funcionalidad y ámbito territorial respectivo, de forma que el anterior no puede conculcar del que trae causa" (entre otras muchas, STS de 24 de abril de 1989).

Esa naturaleza, entre otras consecuencias, **conlleva que los vicios de legalidad de los planes acarreen siempre su nulidad absoluta ya que las disposiciones generales nunca son anulables sino nulas de pleno derecho**. Así lo establece el **artículo 47.2 LPAC** (siguiendo la línea del artículo 62.2 LRJPAC) y se aplica a los planes urbanísticos por una jurisprudencia constante (por todas, STS de 27 de noviembre de 2015, RJ 4971/2015) que **sanciona con la nulidad radical tanto el vicio sustantivo como el vicio formal en la tramitación de los instrumentos de ordenación urbanística**. De igual modo, **la declaración de nulidad de un plan urbanístico no solo afecta a este sino que se proyecta o contagia al resto que lo haya desarrollado o aplicado** —la denominada "nulidad en cascada"—.

En este caso, **contamos con una sentencia firme que ha declarado la nulidad del PTS en lo que se refiere a las determinaciones limitativas para la implantación de equipamientos comerciales**. Constatamos también que las determinaciones objeto de revisión en el PGOU, en el Plan de Compatibilización y en los dos planes especiales fueron incorporadas en cumplimiento de la vinculación jerárquica entre la ordenación del territorio y la urbanística. Por lo que, **una recta aplicación de la jurisprudencia citada, supone la nulidad de aquellos contenidos de los planes urbanísticos que incorporan limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales provenientes del PTS.**

La declaración de nulidad propuesta por el Ayuntamiento del Valle de Trápaga-Trapagaran **encuentra** así **un doble anclaje**. **Por un lado**, de acuerdo con el razonamiento de las sentencias del Tribunal Supremo, **las determinaciones urbanísticas objeto de revisión son contrarias a la Directiva de Servicios y a la Ley 17/2009 de 23 de noviembre y están, por ello, incursas en las causas de nulidad enunciadas en el artículo 47.2 LPAC, concretamente han contravenido disposiciones normativas de rango superior y se han adentrado en el ámbito de la reserva de ley.**

De otro lado, como el origen directo de tales determinaciones se encuentra en el PTS, **incurren en una nulidad derivada en aplicación del efecto dominó que propugnan la doctrina y la jurisprudencia para los planes urbanísticos jerárquicamente vinculados a uno previamente declarado nulo.**

Las precedentes consideraciones desvelan **la singularidad del supuesto analizado** ya que, **una vez acreditadas dichas circunstancias, estrictamente no sería necesario activar la potestad revisora municipal para que las determinaciones del PGOU y del resto de planes objeto de revisión, vinculadas al PTS anulado, quedaran privadas de efecto.**

En realidad, **desde la publicación en el BOPV del fallo de la STS de 3 de septiembre de 2015** (Recurso de casación n.º 3408/2014) ─lo que se produjo el 9 de noviembre de 2015─, **las limitaciones para el establecimiento de equipamientos comerciales establecidas en dichos planes urbanísticos carecían de cobertura y, en tanto que limitaciones, no podían ya servir para condicionar válidamente ningún acto de aplicación del planeamiento municipal.**

Merece la pena recordar que, **a diferencia del régimen de los actos administrativos**, de acuerdo con el artículo 72.2 LJCA, **las sentencias firmes que declaren la nulidad de una disposición de carácter general tienen efectos *erga omnes*; efectos que se producen a partir de su publicación en el diario oficial que corresponda, en razón del ámbito de aplicación de la norma anulada.**

De este modo, el juego combinado del citado artículo 72.2 LJCA con el efecto que la jurisprudencia reconoce a la declaración de nulidad de los planes urbanísticos respecto de los que estén jerárquicamente subordinados al anulado, permite considerar que, en principio, **las administraciones públicas cuyos planes urbanísticos se vieran concernidos por dicho**

fallo (como es el caso analizado) **no estarían obligadas a tramitar necesariamente la revisión de oficio de dichos planes para que las determinaciones de estos, cuyo origen sea el PTS, no surtan efecto.**

El operador jurídico llamado a aplicar el plan vendría obligado a inaplicar la determinación limitativa para la implantación de establecimientos comerciales, tras conocer la declaración judicial de nulidad del PTS.

No obstante, **para que las determinaciones de los planes urbanísticos de aplicación en su término municipal afectadas por la declaración judicial de nulidad del PTS sean expulsadas formalmente del "ordenamiento urbanístico municipal", debe acudirse, como propone el ayuntamiento consultante, a la declaración de nulidad expresa.**

En efecto, la privación de validez de una disposición reglamentaria ha de encauzarse mediante la declaración de oficio de su nulidad o mediante el oportuno recurso directo o indirecto en vía contenciosos-administrativo (como en el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de constante cita).

En el supuesto examinado, **la revisión de oficio persigue la declaración de nulidad para que las normas urbanísticas municipales tengan un contenido formal acorde con la legalidad, haciendo desaparecer de aquellas los contenidos nulos de pleno derecho**. A diferencia de lo habitual en las revisiones de oficio, en las que se advierte la tensión entre el principio de legalidad y el de seguridad jurídica, **en este caso es precisamente el principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza en el derecho vigente** ─junto al derecho de los particulares─, **el fundamento último de la decisión revisora cuya finalidad es, en síntesis, armonizar legalidad y realidad.**

La revisión de las disposiciones urbanísticas municipales propuesta discurre, así, por el camino trazado por la LPAC, no se separa del carácter excepcional del mecanismo revisor y se desenvuelve dentro de los límites que establece el citado artículo 110 LPAC para que las administraciones públicas puedan volver sobre sus propios actos o normas. En el caso que examinamos, no se ven comprometidas situaciones consolidadas por el paso del tiempo, la equidad o la confianza legítima de las personas interesadas.

La revisión propuesta, en definitiva, se contrae a extraer las consecuencias de la declaración judicial de nulidad del PTS para aquellos instrumentos urbanísticos, vigentes en el término municipal, que se han visto afectados por el fallo judicial (materialmente realiza la misma operación que la STS de 3 de septiembre de 2015 ─Recurso de casación n.º 3687/2013─).

En el caso examinado, el ejercicio de la facultad revisora (frente a las opciones que se limitan al campo del aplicador) cobra todo su sentido cuando se observa que son cuatro los planes urbanísticos afectados, siendo tres de ellos aprobados conjuntamente con otro municipio limítrofe.

En la misma perspectiva, frente a otras alternativas, la declaración de nulidad viene precedida de un procedimiento garantista (con delimitación clara del objeto, apertura a terceros para que manifiesten su opinión y el informe preceptivo de esta Comisión) que dota a la decisión revisora de mayores dosis de seguridad jurídica.

A este respecto, cabe recordar que es lugar común de la doctrina que se ocupa del urbanismo resaltar la complejidad que conlleva, en la mayoría de los casos, delimitar los efectos de las anulaciones judiciales de los instrumentos de planeamiento respecto de otros instrumentos y actos de ejecución.

En este enfoque, la conveniencia de precisar los efectos de la anulación del PTS en el planeamiento municipal parece innegable, cuando la propia Administración de la CAPV ha considerado necesario esclarecer tales efectos mediante el dictado de la Resolución de 18 de marzo de 2016 ─parcialmente trascrita en el párrafo 26 del presente dictamen─.

La situación del Ayuntamiento del Valle de Trápaga-Trapagaran, con cuatro planes urbanísticos comprometidos (de los cuales ─insistimos─ tres de ellos afectan además a otro municipio limítrofe), constituye una circunstancia que otorga sentido aplicar la vía de la revisión de oficio a fin de materializar de forma segura la expulsión de las determinaciones de los planes urbanísticos que han devenido nulas y, por tanto, inaplicables.

En una perspectiva más amplia, la revisión parece, así, **un mecanismo idóneo para cumplir con los principios de la buena regulación que rigen el actuar de las administraciones públicas.**

En efecto, las normas urbanísticas son ─como se ha señalado─ un tipo específico de disposiciones de carácter general, pero no son ajenas a dichos principios, establecidos con carácter general para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica en el ámbito regulatorio, exigiendo a dichas administraciones públicas que generen "un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas" (artículo 129.4 LPAC). Y, sin abandonar el ámbito de las buenas prácticas regulatorias, la aplicación del principio de transparencia, determina la exigencia de un acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor (artículo 124.5 LPAC).

En la misma dirección, cabe consignar el antes citado principio de información pública consagrado en el artículo 9 LSU, según el cual, las administraciones públicas deben poner a disposición de las personas interesadas la información actualizada del planeamiento en vigor.

Si en algún ámbito de la actuación de las administraciones públicas cobran especial sentido tales obligaciones de claridad y certeza jurídica sobre el derecho aplicable es en el de la ordenación urbanística, prolija y de indudable complejidad, que afecta, por lo demás, a un amplio círculo de personas y empresas y condiciona su toma de decisiones para emprender muy diversas actividades.

Basta, en este caso, leer el documento titulado "Normativa en vigor sobre la edificabilidad de uso comercial en las distintas áreas industriales y de servicios contemplados en el Plan General de Ordenación Urbana del Valle de Trápaga-Trapagaran" —que se aporta con el expediente— para apreciar la conveniencia de despejar el panorama de la normativa urbanística municipal aplicable, tras la declaración de nulidad del PTS, mediante una declaración formal y expresa de nulidad de las determinaciones concernidas.

En conclusión, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, **el ejercicio de la potestad de revisión de oficio para depurar las normas urbanísticas del municipio devenidas nulas**, tras la declaración de nulidad del PTS, **resulta conforme a derecho y encuentra claro acomodo en el principio de seguridad jurídica que, sin duda, padece cuando tales normas siguen dotadas de un contenido que no es acorde con la legalidad y objetivamente pueden inducir a error o confundir a las personas y empresas a la hora de tomar decisiones relevantes para desarrollar sus proyectos y emprender sus iniciativas.**

DCJA 78/2018 pár. 109 a 134

III. Límites a la revisión de oficio

El artículo 110 LPAC busca encontrar un equilibrio entre los principios de legalidad y seguridad jurídica constitucionalmente garantizados, lo que obliga a examinar detenidamente las circunstancias concurrentes en cada caso a la hora de actuar las facultades de revisión de oficio de los actos o disposiciones administrativas

En su estructura 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.

En este caso, **el interesado esgrime esas "otras circunstancias" porque el tiempo trascurrido desde que se dicta el acto** (4 de julio de 2014) **hasta que se da inicio al expediente de revisión** (30 de octubre de 2017) **supera escasamente los tres años, plazo que para la**

revisión de oficio 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 107.2 LPAC, **es de cuatro años** desde que se dictó el acto administrativo.

Esas otras circunstancias tendrían que ver con la posibilidad de desplazamiento de la edificación, para situarla en la "parte de la parcela 821 del polígono 1 de Laudio/Llodio" calificada como suelo no urbanizable de producción forestal.

En principio, la nulidad de la licencia concedida con infracción de la normativa urbanística conlleva como consecuencia legalmente impuesta la demolición de construido (SSTS de 7 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1935], 15 de octubre de 2001 [RJ 2001, 8289] y 8 de abril de 2008 [RJ 2008, 2034]).

El interesado, reconociendo la infracción, propone que se acuerde un desplazamiento de la edificación a otra parcela, en base al principio de proporcionalidad.

Como expresan las SSTS de 28 de abril de 2000 (RJ 2000, 4953), de 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 6972), de 15 de enero (RJ 2002, 609) y 2 de octubre de 2002 (RJ 2002, 8858), en materia urbanística:

> el principio de proporcionalidad opera en dos tipos de supuestos: a) con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables; y b), ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

En este caso no existe una posible opción entre dos o más medios distintos, la reposición de la parcela al estado anterior a la realización de las obras, es la única consecuencia querida por el ordenamiento, para que siga respondiendo a su calificación urbanística de espacio libre, lo que no deja opción a la Administración, por lo que habrá que ver si esta reposición es inadecuada o excesiva.

Pues bien, **para que pudiera llegar a ser aplicable dicho principio, sería preciso concluir que estamos ante un exceso constructivo de poca entidad y la orden restauradora de demolición resulta desproporcionada por sus consecuencias excesivas.**

Así se deduce, por ejemplo, de la STS de 16 de julio de 1996 (RJ 1996/ 5947):

> como dijimos en nuestra Sentencia de 17 octubre 1995 (RJ 1995\7703), para la correcta aplicación del principio de proporcionalidad que late en los artículos 6.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1955 y 84.2 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en el caso de excesos constructivos ha de partirse de que éstos sean de la suficiente poquedad para evitar que el acomodamiento a una concreta normalidad urbanística exija la sola medida extrema de la demo-

> lición cuando ello no pugne notablemente con la misma, y además, tenerse en cuenta que el artículo 52 del Reglamento de Disciplina Urbanística es contundente al disponer que en ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal, precepto que impone la mayor rigurosidad en la aplicación del principio.

Ahora bien, para que opere, en general, el interesado tendría que pedir, bien el mantenimiento del conjunto de la obra, bien de la parte de la misma que no estuviera afectada por el incumplimiento, en el caso de que ello fuera posible.

Sin embargo, en este caso, **nada de eso es lo que pretende obtener, sino que solicita, reconociendo la flagrante conculcación del ordenamiento urbanístico, como una suerte de compensación, otra licencia de obras para construir el mismo pabellón en una ubicación diferente.**

Es decir, una cosa es que pudiera limitarse la nulidad de pleno derecho o modularse sus efectos, y otra muy distinta es que, ignorándose el contenido del acto a revisar, la Administración conceda una cosa distinta, dictando un acto administrativo que reconozca el derecho a construir en otro lugar.

Como bien señala la secretaria municipal en su informe, en realidad no se va a producir un movimiento de la edificación, sino la construcción de una edificación nueva, para lo cual debe recabar la correspondiente licencia, cuya naturaleza jurídica es la de una autorización administrativa objetiva, reglada, neutral y real, porque se vincula al terreno al que afecta.

Siendo igualmente oportuna la cita de la STS de 21 febrero 2000 (RJ 2000/1957):

> Las licencias de obras a diferencia de las autorizaciones que implican autorizaciones de funcionamiento, se conceden para una operación singular y concreta, conforme a las normas de planeamiento que le son de aplicación. Exigen por ello una apreciación por parte de la Administración autorizante de la realidad del estado de cosas que existe en el momento en que se debe otorgar, para determinar si la misma se acomoda o no a las normas establecidas para garantizar el interés público, que justifica la sumisión a un control “ex ante” del acto de que se trata.

En definitiva, **no puede el interesado desatenderse del acto cuya revisión se pretende —la licencia para la construcción de pabellón agrícola en la ubicación concreta en la que lo solicitó— para transformarlo en otro distinto —la licencia para la construcción de pabellón agrícola en otra localización— para invocar respecto a este acto no emitido por la Administración la aplicabilidad de los límites revisorios del artículo 110 LPAC.**

Lo anterior ya supone que no cabe acoger la pretensión del interesado, ello no obstante, procede recordar que el artículo 110 LPAC pretende proteger la buena fe y las adquisiciones de derechos efectuadas por quienes confiaron en la apariencia de legalidad del acto.

En ese sentido, don AAC alega que ha actuado en todo momento en el contexto de una operación de permuta pergeñada por el ayuntamiento, en la creencia de que la edificación se ajustaba a la ordenación urbanística, habiendo paralizado las obras *motu proprio*, desde el mismo momento en que tuvo noticia de la existencia de algún problema con la licencia concedida.

En el presente asunto, sin embargo, **sigue siendo preponderante la protección de la legalidad urbanística cuando la infracción se produce en un suelo calificado de espacio libre, sin que los efectos desfavorables que va a producir la revisión —el derribo de un pabellón en construcción cuyo presupuesto de ejecución material es de 23.200 €— alcancen la suficiente entidad y magnitud para mantener los efectos jurídicos de un acto que adolece de un vicio de esa trascendencia.**

De otro lado, **en tanto que conocedor de las vicisitudes del procedimiento de permuta, de las que da cuenta de forma extensa en su escrito, no podía ignorar que su derecho a edificar otorgado por la licencia, en una finca que no era de su propiedad, requería, cuando menos, de la previa suscripción del correspondiente contrato de permuta** regulado por el artículo 1538 del Código Civil.

Es más, **previamente a dicha operación era precisa, además, la revisión del plan y el cambio de calificación**, alterando la configuración parcelaria y la calificación del suelo del PGOU de Laudio/Llodio (con la creación de la parcela 821 del polígono 1, calificada de suelo no urbanizable de uso agrícola, segregada de la parcela 818 del polígono 1, calificada de sistema general de espacios libres, con la categoría de Parque urbano), lo que, en su caso, permitiría su enajenación, porque, con arreglo al artículo 8.4 del RBEL, la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana produce la alteración automática de la calificación jurídica de los bienes, produciéndose su desafectación del dominio público.

En ese caso, **es difícil sostener que existía una apariencia de ejercicio normal por el ayuntamiento de sus competencias ya que se había concedido una licencia para llevar a cabo una obra faltando las condiciones jurídicas previas necesarias para ello,** sin que el interesado pudiera legítimamente considerar que la licencia cumplía con los mínimos requisitos habituales.

DCJA 37/2018 pár. 93 a 116

Capítulo 9. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. Extinción del contrato

A) Causas de resolución

Demora en el cumplimiento de los plazos

Como primer motivo para resolver el contrato la propuesta de resolución alude al retraso injustificado en la comprobación del replanteo. Se apoya para ello en lo dispuesto tanto en el artículo 245 de la LCSP como en la cláusula 26 del PCAP.

El apartado a) del artículo 245 LCSP incluye entre las causas de resolución del contrato la demora injustificada en la comprobación del replanteo, causa que, a su vez, se encuentra asimismo recogida en las cláusulas 26 y 34 del PCAP, reproduciendo este último lo previsto en la LCSP.

La Comisión estima, no obstante, que, aunque se trata de una causa que permite a la Administración resolver unilateralmente el contrato, esa resolución no puede apreciarse con el automatismo con el que el ayuntamiento trata de aplicarlo.

La comprobación del replanteo tiene lugar una vez que el contrato ya ha sido perfeccionado y supone la constatación de que el soporte físico previsto para una obra, que solo existe hasta ese momento en proyecto, sirve a los intereses pretendidos por las dos partes, esto es, consiste en comprobar la realidad geométrica de la obra y la disponibilidad de los terrenos precisos para su normal ejecución; por eso se exige tanto la presencia de un representante del servicio de la Administración encargado de las obras y del contratista. En ese momento, y sobre el terreno donde se van a ejecutar las obras, el contratista puede formular los reparos que estime convenientes, incluidos los defectos del proyecto, de manera que, si no los formula, no puede después dejar de cumplir el contrato en los términos fijados por el proyecto y las prescripciones técnicas impuestas por la Administración, a salvo, claro está, de otras cuestiones sobrevenidas.

Tanto para el contratista como para la Administración contratante la comprobación del replanteo es un trámite esencial. Con respecto al primero, porque su responsabilidad contractual en la forma y tiempo de ejecución de la obra comienzan tras confeccionarse el acta de comprobación. Con respecto al segundo, porque levantada el acta de comprobación y no constando reparos del contratista, puede ya preverse el plazo de ejecución del contrato.

Ahora bien, aunque en este trámite participan tanto la Administración como el contratista, no puede atribuirse a ambas partes igual protagonismo, al menos en lo que respecta a los aspectos técnicos del proyecto y de la comprobación de su viabilidad que, como puntualiza la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 octubre 2003 (RJ 2003\7797), sigue estando en manos de la Administración. Por tanto, la iniciativa de la Administración para el cumplimiento de este trámite resulta insoslayable.

A estos efectos resulta ilustrativo lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia núm. 580/2008, de 28 abril (JUR 2008\377779):

> Visto que las dos partes deben contemplar la comprobación del replanteo como una garantía propia, y que la ejecución del contrato de obras comienza en este momento; la obligación de instar el cumplimiento de un trámite esencial dentro del contrato de obras es, como es lógico, de la Administración. No puede ser de otra forma porque es la Administración quien tiene que velar para que se ejecute el contrato, y no puede comenzar a ejecutarse si no hay comprobación del replanteo. Por tanto debe ser la Administración quien cite al contratista para la celebración de este acto.

Volviendo al principal motivo por el que se pretende resolver el contrato, el expediente no muestra que el ayuntamiento haya realizado acto o gestión alguna para la efectiva realización de la comprobación del replanteo, limitándose a recordar el plazo establecido en el contrato y su incumplimiento.

En este contexto, **el transcurso del plazo no puede calificarse de incumplimiento por parte del contratista si este no ha sido formalmente convocado al efecto por parte del ayuntamiento** ya que, como hemos adelantado, es la Administración la que debe citar a la empresa para la materialización del trámite, dejando constancia del mismo en el acta correspondiente.

El contratista alega que no hubo comunicación formal por parte de la dirección facultativa para la comprobación del replanteo y que se procedió a intentar contactar telefónicamente —sin resultado— los días 26 y 27 de julio con algún responsable del ayuntamiento para tener una reunión y poder fijar las pautas de inicio de obra. También alega que el día 30 de julio el gerente de la empresa se acercó al ámbito de la obra para concretar el acto de replanteo "no habiendo nadie del Ayuntamiento".

El ayuntamiento pone en tela de juicio lo afirmado por la empresa por cuanto en el ayuntamiento "durante el mes de agosto hay personal que atiende el teléfono".

Sin embargo, esta cuestión resulta finalmente irrelevante si, como todo parece indicar, el ayuntamiento no convocó formalmente a la empresa para el trámite pues, siendo su responsabilidad convocarlo, no puede atribuirse a la empresa el incumplimiento del plazo para su realización.

Excluida esa primera causa de resolución, hemos de proceder a analizar el resto de las causas alegadas por el ayuntamiento, si bien es preciso adelantar la diferente entidad que cabe atribuir al resto de los incumplimientos que se aprecian en el expediente de resolución contractual. Mientras que la demora injustificada en la comprobación del replanteo constituye una causa de resolución del contrato prevista específicamente por la LCSP, además de en el propio PCAP, el resto de incumplimientos advertidos deben ser considerados en el marco de lo previsto en el artículo 211 LCSP, esto es, como supuestos de incumplimiento de las "restantes

obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo".

Para la apreciación de estos supuestos expresamente previstos en el contrato, la propia ley establece como requisitos, i) que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos; y ii) que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

La cláusula 34 del PCAP se refiere de forma específica a la "resolución del contrato" y se limita al contenido que, en lo relevante a estos efectos, ya hemos reproducido en el relato fáctico.

En cuanto al alegado incumplimiento en el plazo de presentación del programa de trabajo, la cláusula 26 del PCAP establece, en efecto, que el contratista deberá presentar un programa de trabajo, salvo causa justificada, y como anexo al mismo deberá especificar la plantilla por categorías que estime necesaria para la realización de los trabajos, indicando también la plantilla propia con la que cuenta.

Además de lo establecido en la cláusula 34 del PCAP en torno a las causas de resolución, el apartado dedicado a las "penalidades por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación" de la cláusula 33 del PCAP califica como muy graves los incumplimientos de cualquiera de las condiciones especiales de ejecución establecidas en la cláusula 28, añadiendo que esos incumplimientos serán causa de resolución del contrato. Ahora bien, esta previsión dista mucho de ofrecer la claridad exigida por el artículo 211 LCSP, por lo que tampoco en este caso la causa de resolución puede ser aplicada, al menos con el automatismo aplicado por el ayuntamiento.

El propio PCAP, lejos de reflejar una enumeración precisa, clara e inequívoca, contempla la obligación pero no establece un plazo para su cumplimiento por parte del contratista, y añade varias matizaciones que no pueden ser ignoradas. Así, en el caso del programa de trabajo se contempla una posible "causa justificada" para su no presentación o presentación tardía, y el propio PCAP establece que serán causa de resolución del contrato "salvo que se considere que la actuación aislada y susceptible de reconducción, y que la resolución del contrato no resulte conveniente para el interés del servicio en cuestión, en cuyo caso se sustituirá por la penalización correspondiente".

Además de la falta de precisión y claridad a la hora de establecer esta causa de resolución, ha de advertirse que, incluso conforme a lo que puede extraerse del propio PCAP, **la culpa es fundamental para fijar la procedencia o no de la resolución contractual por este motivo**, y la conclusión acerca de la concurrencia de aquella ha de obtenerse contraponiendo el comportamiento del contratista con un patrón de diligencia común, para lo cual son esenciales las circunstancias que concurren en el caso. Asimismo, en materia de contratos es un principio de derecho, consagrado por una constante jurisprudencia, que la resolución del contrato por incumplimiento culpable de las obligaciones convenidas debe venir soportada en una acción u omisión clara y expresa de querer incumplir aquellas.

En definitiva, incluso salvando la falta de claridad en el PCAP, para poder apreciar esta causa de resolución planteada por el ayuntamiento ─presentación del programa de trabajo─ **resulta inexcusable la realización por parte del instructor de un previo análisis de la actuación del contratista, que es este caso no se ha realizado**.

Por esos mismos motivos tampoco cabe apreciar la causa relativa a la falta de presentación del Plan de Seguridad y Salud. En este caso, es además el propio PCAP el que, en la misma cláusula 28, establece la consecuencia del incumplimiento del plazo de presentación de este documento al advertir que, si por incumplir el contratista los plazos previstos para ello no fuera posible empezar las obras, el contratista no podrá reclamar ampliación alguna del plazo por este motivo. Por tanto, la consecuencia del incumplimiento del plazo para presentar el programa de trabajo conllevaría una reducción del plazo de ejecución del contrato, pero no su resolución automática.

El siguiente incumplimiento alegado por el ayuntamiento para resolver el contrato es el referido a la documentación relativa a la prevención de riesgos laborales. En este caso, el PCAP establece igualmente un plazo de 10 días desde la formalización del contrato y se encuentra sometido al mismo régimen de penalidades por incumplimiento o incumplimiento defectuoso previsto en la cláusula 33 del PCAP anteriormente analizado y con las mismas consecuencias.

Hemos de insistir también con respecto a esta causa en que **el ayuntamiento, una vez formalizado el contrato, no ha adoptado actuación alguna dirigida al inicio de su ejecución y tampoco ha efectuado requerimiento alguno al contratista** para que este cumpla los plazos de presentación de la documentación. Nuevamente, tal y como hemos razonado anteriormente, **se pretende aplicar de modo automático una causa de resolución que ni la ley, ni el PCAP contemplan como tal.**

Razonamiento que, finalmente, resulta igualmente de aplicación al último motivo por el que se pretende resolver el contrato: **el incumplimiento del plazo para presentar el plan que refleje cómo se llevará a cabo las obligaciones que incumban en relación a los residuos de construcción y demolición que se vayan a producir en la obra. En este caso, además de la falta de claridad y precisión a la hora de establecer la causa de resolución en el PCAP, este establece que la documentación debe ser presentada antes del inicio de los trabajos**; **inicio que no se ha producido por cuanto ese momento queda determinado en la comprobación del replanteo, y la falta de realización de este esencial trámite, tal y como hemos adelantado, debe imputarse fundamentalmente a la inactividad del ayuntamiento.**

En definitiva, en las condiciones que muestra el expediente remitido a este órgano consultivo no se aprecia ni la demora injustificada en la comprobación del replanteo imputable al contratista, ni el incumplimiento de algún elemento esencial del contrato en las condiciones previstas

en el artículo 211 LCSP y en el PCAP, por lo que esta Comisión no puede dictaminar favorablemente la resolución contractual propuesta por el Ayuntamiento.

DCJA 165/2018 pár. 22 a 46

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

El Ayuntamiento de Zeanuri pretende resolver el contrato que tiene por objeto el servicio de limpieza de diversos edificios municipales aludiendo al apartado f) del artículo 223 del TRLCSP: incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

Para motivar su decisión, el informe de la secretaria municipal alude, tal y como se ha reflejado en el apartado referido a los hechos, a la concurrencia de varias circunstancias que se consideran incumplimientos del contrato.

Por un lado, se afirma de forma un tanto genérica que "la limpieza no se realiza del modo adecuado" para, posteriormente, centrar los incumplimientos en el edificio de las escuelas, donde se señalan una serie de incumplimientos puntuales ocurridos en dos días (15 y 18 de diciembre de 2017). Se añade finalmente que también se ha comunicado a la empresa de otras carencias por vía telefónica, poniendo como único ejemplo que la escalera del ayuntamiento permanecía totalmente mojada 4 horas después de su fregado.

Pues bien, **el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP** establece, efectivamente, como causa de resolución el incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

Antes de la aprobación de la Ley de contratos del sector público, el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante Real Decreto-Ley 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), recogía entre las causas de resolución de los contratos administrativos [artículo 111.g)] "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales".

Con esta formulación en vigor se consolidó la doctrina de que el interés público que amparaba la decisión de la Administración de resolver unilateralmente un contrato administrativo demandaba que tal medida fuera proporcionada al grado de incumplimiento detectado, de manera que un incumplimiento menor no autorizaría la resolución. Como puso de manifiesto tradicionalmente el Consejo de Estado (dictámenes de 1 de marzo de 1979 y 9 de junio de 1988, entre otros), **se exigía para su adopción un incumplimiento grave o relevante**; **y como decía el propio artículo** 111.g) del TRLCAP, **el incumplimiento había de afectar a una obligación esencial contractual**. Del mismo modo se vino pronunciando la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1992 y 20 de abril de 1999, entre otras).

El artículo 206.g) de la Ley de contratos del sector público introdujo, y el apartado f) del artículo 223 del TRLCSP mantuvo, la novedad de considerar como incumplimientos esenciales a los efectos de la resolución del contrato aquellos calificados como tales en los pliegos o en el contrato.

En general, la doctrina se ha mostrado de acuerdo al considerar que esta redacción del TRLCSP trata de poner coto, en garantía de la seguridad jurídica y el rigor en la redacción de los documentos contractuales, a los abusos interpretativos sobre la consideración de lo esencial en la práctica administrativa, consecuencia en muchas ocasiones de pliegos contractuales redactados sin la necesaria concreción y proporcionalidad.

La redacción del artículo 223.f) del TRLCSP constituyó, así, un avance en la concreción de los supuestos en los que la Administración puede ejercer una de sus más genuinas y potentes prerrogativas, y puso 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.

Aunque aún no haya entrado en vigor, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, se mantiene e, incluso, profundiza en esa línea en su artículo 211, al establecer que serán asimismo causas de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes: I) que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos; II) que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general.

Toda esta aproximación a esta causa de resolución resulta importante a nuestros efectos dado que, en el presente caso, el ayuntamiento alega la causa del apartado f) del artículo 223 TRLCAP; precepto que, a su vez, remite a los pliegos. Sin embargo, tras un análisis detallado del clausulado de este documento contractual, la Comisión no comparte la viabilidad de la causa de resolución que plantea el ayuntamiento.

En principio, a tenor de lo dispuesto en el apartado f) del artículo 223 TRLCSP, la resolución como consecuencia de la contravención de una obligación esencial va a reclamar su consideración formal como tal en las reglas del contrato. Así lo afirmó también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 63/11, de 17 julio de 2012, en el que señala que para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial son necesarios dos requisitos: el primero, que así se haya establecido de forma expresa; y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato. **Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolu-**

ción potestativa por parte de la Administración pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223,f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento quiera calificarse como causa de resolución.

No cabe duda, por tanto, de que, cumpliendo esas dos condiciones, la Administración puede reaccionar ante un incumplimiento esencial de forma inmediata resolviendo el contrato, sin que resulte exigible acreditar ninguna otra circunstancia.

En el marco de la contratación administrativa esta Comisión también ha admitido puntualmente la posibilidad, siempre excepcional, de que 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. Así, hemos informado favorablemente la resolución de un contrato cuando el contratista ha infringido obligaciones legalmente establecidas que se han considerado esenciales (Dictamen 20/2015), pero también hemos admitido que esa posibilidad debe quedar abierta para 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 (Dictamen 111/2016). **Esta última posibilidad ha venido expresamente plasmada en el apartado f) del artículo 211 de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, al contemplar como causa de resolución específica la del incumplimiento de la obligación principal del contrato.**

En cualquier caso, en el presente caso, la Comisión no observa una inobservancia legal en la ejecución del contrato que pueda afectar de modo esencial a su cumplimiento y, al menos a la vista de lo instruido, tampoco nos encontramos ante reiterados incumplimientos que afecte con carácter general a la obligación principal del contrato. Esta última afirmación se constata en el hecho de que el propio PCAP permite imponer penalizaciones económicas ante incumplimientos puntuales del contrato, incluso cuando estos se consideren muy graves.

El PCAP, lejos de ayudar a aclarar la postura municipal, contempla el cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial de la ejecución del objeto del contrato en su cláusula 30, aunque de forma un tanto confusa.

Comienza por establecer con carácter general que, en el caso de que el adjudicatario realizara defectuosamente el objeto del contrato o incumpliera el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, el órgano de contratación —en este caso el alcalde— podrá optar por resolver el contrato con incautación de la garantía constituida si se tratase de faltas graves o muy graves, o bien imponer al adjudicatario una penalización económica proporcional a la gravedad del incumplimiento.

El apartado 3 de esta cláusula clasifica las infracciones del adjudicatario en faltas leves, graves y muy graves. Los siguientes subapartados contienen una relación de los supuestos que se integran en cada una de esas categorías, así como las penalizaciones que corresponden a cada una de ellas.

En este contexto, llama la atención que en el apartado correspondiente a las penalizaciones se describa el rango en el cual podrá variar el importe de las sanciones interpuestas para cada tipo de infracción, de manera que, frente a lo establecido inicialmente en el apartado 1 con carácter general, el apartado 4 **solo contempla la posibilidad de resolución contractual en el caso de incumplimientos que constituyan faltas muy graves, estableciendo penalizaciones de carácter económico para los supuestos que constituya faltas leves y graves.**

El apartado 5, referido al supuesto en el que el adjudicatario incumpliese parcialmente, por causas imputables al mismo, la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato, abre nuevamente al ayuntamiento la posibilidad de optar entre la resolución y la imposición de penalizaciones.

Y en último término, la cláusula 34.2 del PCAP contempla la extinción del contrato por resolución, acordada por la concurrencia de alguna de las causas previstas en los artículos 223 y 308 del TRLCSP, dando lugar a los efectos previstos en los artículos 224 y 309 del mismo texto legal.

Tras este análisis del PCAP, surgen serias dudas sobre cuáles son los supuestos que permitirían al ayuntamiento optar por la resolución contractual como consecuencia de un incumplimiento imputable al contratista, puesto que si en un primer momento parece ligar esa posibilidad a las infracciones calificadas como graves y muy graves (apartado 1), posteriormente esa facultad se limita a las faltas calificadas como muy graves (apartado 4). **Nos encontramos, por tanto, ante un clausulado oscuro que el ayuntamiento, en su calidad de redactor del pliego, no puede utilizar en su provecho,** como se desprende de reiterada jurisprudencia [SSTS de 3 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2039), 5 de junio de 2001 (RJ 2001, 7428), 2 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8601), 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2645) o 2 de noviembre de 1999 (RJ 2000, 2295)].

Por otro lado, **el ayuntamiento tampoco ha realizado el esfuerzo necesario para tratar de calificar los incumplimientos puntuales alegados**, teniendo en cuenta la clasificación prevista en la cláusula 30 del PCAP —leves, graves y muy graves—, **lo que deja a la empresa en cierta situación de indefensión**.

Cuando el informe de la secretaria municipal establece las actuaciones de la empresa que justifican la decisión de resolver el contrato, se describen en unos casos de un modo excesivamente genérico, aludiendo, por ejemplo, a que "la limpieza no se realiza del modo adecuado", o a que "se ha comunicado a la empresa de otras carencias por vía telefónica", mientras que en otros casos, cuando se llega a concretar el alcance real del incumplimiento, se trata de supuestas

infracciones puntuales (reducidos a dos días, tres aulas sucias o ventanas abiertas y el pasillo sin barrer el primero y dos aulas sucias y ventanas abiertas el segundo, así como las escaleras del ayuntamiento, que en una ocasión permanecieron húmedas durante 4 horas tras su fregado), que parece más correcto tipificar, teniendo en cuenta tanto la trascendencia de los hechos como su escasa reiteración, dentro de los supuestos que el propio PCAP califica como infracción leve.

A lo anterior se ha de sumar lo alegado por el contratista, lo cual no carece de sentido. Además de cuestionar los hechos y negar la existencia de quejas sobre el servicio —salvo un aviso menor sobre la falta de papel higiénico en el consultorio médico a los 10 días de iniciarse el servicio—, añade que el supervisor del servicio se pasa regularmente por las instalaciones, mínimo una vez a la semana, sin haber recibido tampoco queja alguna y sin haber tenido noticia de las incidencias que identifica el ayuntamiento.

Tampoco parece fuera de lugar la explicación solicitada sobre esas incidencias o las horas en las que se han detectado ya que, según refiere, la escuela está abierta toda la tarde por actividades extraescolares y las aulas no están cerradas con llave con un flujo constante de adultos y niños que algunas veces acceden a las aulas después de que se hayan limpiado.

Incluso propone, para evitar ese tipo de incidencias, mejorar el servicio y delimitar responsabilidades, celebrar una reunión en la que se planteen cuestiones como la comunicación con el director de la escuela y establecer con este un calendario de reuniones periódicas hasta regularizar el servicio; disponer de un planing de ocupación de aulas por la tarde, para planificar su limpieza al finalizar su uso en la medida de lo posible o realizar una campaña de información a los usuarios de la escuela sobre la importancia de mantener las ventanas cerradas.

Lo que debe quedar claro, en cualquier caso, es que, si la Administración —en este caso el Ayuntamiento de Zeanuri— **pretende resolver un contrato como consecuencia de un incumplimiento recogido y calificado de forma expresa en el PCAP como esencial, 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 supuesto que nos ocupa, esta Comisión sólo dispone de los datos facilitados por el propio ayuntamiento, no contrastados ni valorados adecuadamente en el contexto global del contrato. Aunque no resulte absurdo concebir que, al margen de que el pliego prevea unas consecuencias específicas —distintas de la resolución— para los incumplimientos puntuales, exista un límite para esos incumplimientos traspasado el cual el contrato deje de cumplir su finalidad o, incluso, vaya en contra del interés público que subyace en el mismo, no es esa la situación que se refleja, como decimos, de lo instruido en este expediente.

La Comisión estima que para acreditar la causa de resolución alegada por el ayuntamiento no es suficiente con señalar un número más o menos amplio de situaciones en las que el servicio ofrecido no ha cumplido con las condiciones previstas en los plie-

gos, puesto que el propio pliego prevé una respuesta específica para esos supuestos. **Sería preciso acreditar que los defectos respondieran a lo calificado como una falta muy grave o a una situación general**, aportando datos globales sobre el servicio, **y no sólo sobre los incidentes** (en este caso en número limitado) **en los que el servicio no ha funcionado o ha funcionado de forma deficiente. Igualmente, habría de acreditarse una actitud negligente o rebelde por parte de la empresa, incompatible con la buena fe,** de tal forma que la situación originada resulta insostenible desde la perspectiva del interés público perseguido por el contrato.

En definitiva, en las condiciones que muestra el expediente remitido a ese órgano consultivo no se aprecia el incumplimiento de un elemento esencial del contrato en las condiciones previstas en el artículo 223.f) TRLCSP y en el PCAP, por lo que esta Comisión no puede dictaminar favorablemente la resolución contractual propuesta por el ayuntamiento.

DCJA 33/2018 pár. 17 a 47

II. Interpretación de contratos

A) Consideraciones generales

El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz plantea el incidente relativo a la **interpretación del contrato administrativo de gestión de servicio público que tiene por objeto la limpieza pública urbana y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, en el aspecto relativo a la fórmula de revisión de precios** prevista en la cláusula 36 del PCAP del contrato.

Las dudas se centran en el alcance de los costes laborales sujetos a revisión de precios y, más concretamente, si dentro de esos costes sujetos a revisión deben ser incluidos: i) la modificación de las antigüedades medias para cada categoría laboral; ii) modificación de los días de absentismo considerados por enfermedad común o accidente laboral y; iii) modificación de las cantidades consideradas por primas de jubilaciones anticipadas.

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 las administraciones públicas, concretamente el artículo 210 de la LCAP.

Como venimos sosteniendo con carácter general en los supuestos que afectan al ejercicio de las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, constituye el fundamento de esta posición de privilegio 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).

Matizando la anterior afirmación, también es preciso recordar que, aunque el órgano competente para contratar —en este caso de la entidad local— ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, esta facultad no tiene carácter absoluto, siendo revisable su decisión por la jurisdicción contencioso-administrativa (Sentencia del Tribunal Supremo —STS— de 20 abril de 1999; RJ 1999\4636). La contratación administrativa, al igual que en el resto de contratos, también está sujeta al principio esencial del equilibrio objetivo en las prestaciones, de manera que la Administración no puede utilizar esta facultad para excluir un aspecto esencial de sus obligaciones contractuales, porque esa facultad la concede la propia ley dentro de los límites y de acuerdo con los requisitos establecidos en la misma.

Una segunda consideración de carácter general debe dirigirse a precisar los instrumentos a utilizar para dilucidar la discrepancia interpretativa.

Siempre que la cuestión suscitada se ciñe a una interpretación de las cláusulas del pliego parece necesario (a fin de centrar adecuadamente el ámbito del dictamen) recordar que sobre la interpretación de los contratos, en general, y de los contratos públicos, en particular, hay una jurisprudencia reiterada según la cual no cabe olvidar que **los contratos públicos son contratos y** que, **por ello, las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el TRLCSP y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil** (CC).

En este sentido, según una jurisprudencia inveterada, lo primero a destacar es que los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido como a los órganos de contratación. Y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil (artículo 1281 y siguientes).

Como a continuación se razonará, en este caso, de dichos preceptos, el que adquiere mayor relevancia en la tarea de resolver la duda interpretativa que se ha suscitado es el **artículo 1281 del CC**, según el cual, **si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas,** recogiendo así el principio *in claris no fit interpretatio*.

En un segundo plano, de un lado, el **artículo 1285 del CC** es asimismo de interés para despejar la duda interpretativa, en tanto dicho artículo viene a trasladar al campo de los contratos el principio hermenéutico general de la **interpretación sistemática y lógica**, puesto que prescribe que las cláusulas han de ser interpretadas "unas por las otras, atribuyendo a las dudosas

el sentido que resulte del conjunto de todas". De otro, resultan también útiles las reglas que para **interpretar la intención de los contratantes** apunta el **artículo 1282 del CC** y la que, para elegir el sentido de las cláusulas contractuales, establece el **artículo 1284 del CC.**

En suma, en la tarea interpretativa de los contratos públicos, en ocasiones, es necesario acudir a la aplicación de las reglas del Código Civil porque, como reconoce la STS de 13 noviembre 2001 (RJ 2001\9748), "…no existiendo reglas específicas de interpretación contractual en la LCE [en ese sentido, el TRLCSP no ha supuesto ningún cambio], esa aplicación del Código Civil aparece autorizada por lo que se establece en el art. 4.3 de este texto legal ('Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes')".

En tercer lugar, tampoco resulta siempre sencillo determinar si nos encontramos ante una cuestión interpretativa en sentido estricto o ante una cuestión relacionada simplemente con la aplicación del contrato, pero en este caso se impone la prerrogativa de interpretación, haciendo nuestro el razonamiento no exento de lógica que, para diferenciar esta cuestión, viene utilizando el Consejo de Estado: la existencia de "oposición misma del contratista a la aplicación de alguna o algunas cláusulas del contrato, no por una simple negativa a cumplirlas, sino por discrepancias sobre el sentido y alcance de las mismas" (Dictamen de 18 de octubre de 2012, referencia 895/2012).

B) El supuesto en cuestión:

Expuesta tanto la cláusula objeto del conflicto, como la diferente interpretación que defienden Administración y contratista, adelantamos ya, con apoyo tanto en la propia cláusula contractual como en los criterios interpretativos que ofrece el Código Civil en sus artículos 1281 y siguientes, que, a juicio de esta Comisión, **en el presente caso no procede acoger la interpretación defendida por la UTE adjudicataria**.

Ahora bien, antes de profundizar en los argumentos que dan apoyo a esta postura, consideramos conveniente introducir un apunte previo dirigido a clarificar la **diferencia entre las facultades de interpretación y de modificación del contrato.**

Consideramos conveniente detenernos en esta cuestión porque uno de los argumentos introducidos por el ayuntamiento para negar la interpretación pretendida por la empresa es que su adopción supondría una modificación unilateral del contrato, desvirtuando con ello el carácter competitivo de la licitación inicial.

Pues bien, **la Comisión no aprecia que en este caso el contratista proponga una modificación unilateral del contrato ya que mantiene su posición sin pretender introducir ni un solo cambio en los términos del mismo**. Con este argumento, el ayuntamiento parece dar a entender que el resto de licitadores presentaron sus ofertas teniendo en cuenta la interpretación que ahora él defiende; situación que parece posible, incluso razonable, pero que se afirma sin la necesaria certeza pues se desconocen los elementos interpretativos que los licitadores tuvieron en cuenta a la hora de elaborar y presentar sus ofertas.

También se advierte expresamente que no son objeto de estudio en este dictamen las diferencias planteadas entre la Administración y la UTE adjudicataria en relación con:

a) Período de revisión considerado: los cálculos presentados por la empresa abarcaban todo el ejercicio natural de 2016, mientras los efectuados por el equipo técnico están referido sólo al segundo semestre de 2016, de conformidad con la cláusula 36 del PCAP.

b) Revisión del apartado "Otros Costes Sociales": con respecto a los denominados otros costes sociales (primas de seguros, vestuario, fondo social, etc.) la empresa los había actualizado e incluido a la hora de calcular los costes de personal, pero, a juicio del equipo técnico, estos deben actualizarse en función de la variación del IPC de conformidad con las indicaciones contenidas a la hora de confeccionar el cuadro 72 "Canon Anual desglosado".

c) Nuevos días por asuntos propios adicionales: la empresa presentó en su cálculo de la revisión, y de manera separada, el incremento que, en su opinión, había supuesto los costes del personal por el aumento de los días por asuntos particulares derivados de diversas resoluciones del Concejal-Delegado de Función Pública, cambios normativos y diversas sentencias judiciales, correspondientes al segundo semestre de 2015 y todo el ejercicio 2016. Como ya fue informado, el consiguiente coste que conlleva la sustitución de estos trabajadores para poder alcanzar el número de horas efectivas comprometidas en su oferta no se ha producido en el segundo semestre de 2016 y, por tanto, no puede incluirse en esta revisión de precios. No obstante, a juicio de los técnicos, el incremento de los costes de personal por el incremento de los días por asuntos particulares señaladas, debidamente justificados, debe incluirse en la revisión de precios en los ejercicios y al coste con el que realmente se produzcan y el ayuntamiento incluirá y abonará, si procede, el incremento de los costes en las oportunas revisiones de precios del contrato de la UTE actual.

Si bien en un momento inicial la UTE adjudicataria también planteó en su reclamación el reconocimiento de estas cuestiones, todas ellas han obtenido respuesta por parte del ayuntamiento antes de iniciarse el expediente de interpretación contractual, y no resultan afectadas por la discrepancia interpretativa con respecto a la cláusula 36 del PCAP. De ahí que el dictamen se centre únicamente en las cuestiones incluidas en ámbito de la interpretación de la cláusula en conflicto y en relación con la revisión de los costes de personal.

Realizadas las anteriores advertencias, **la Comisión estima, tal y como hemos avanzado, que resulta correcta la interpretación planteada por la Administración**.

Atendiendo al primero de los criterios que establece el Código Civil en su artículo 1281, si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de las cláusulas.

La cláusula 36 del PCAP se refiere a las cuestiones en conflicto señalando lo siguiente:

> La obtención de los costes tanto de las antigüedades medias como de las primas por jubilación, lo realizará libremente el licitador atendiendo a las circunstancias personales del personal que prevea contratar durante toda la vigencia del contrato, atendiendo para ello a las previsiones contenidas en el Pliego y al personal que prevean destinar a la ejecución del contrato. Aunque es obvio que estos costes pueden variar durante la vigencia del contrato, ya que dependen de las citadas circunstancias personales, no se realizará ninguna actualización de precios derivada de estos conceptos de manera aislada o independiente.
>
> La tasa, índice, o coeficiente de absentismo lo establecerá el licitador libremente en función de las estimaciones que considere oportunas, basada en el índice de absentismo actual y que se anexa en el Pliego de condiciones técnicas, la experiencia que tenga de otras contratas o en cualquier otro método.
>
> Como es lógico, debe tenerse en cuenta al formular la proposición económica, que las circunstancias que determinan esta tasa puedan variar durante la vigencia del contrato. Las horas efectivas, tanto del personal como de la maquinaria, ofertadas por el licitador suponen un compromiso en caso de ser adjudicatario, de tal manera que se exigirá su prestación con independencia del nivel de absentismo real que se produzca, descontándose de las certificaciones mensuales en caso que no se hayan realizado. De manera análoga a las antigüedades y a las primas por jubilación, no se realizará ninguna actualización de precios derivada de este concepto de manera aislada o independiente.

A efectos expositivos, y por las evidentes diferencias a la hora de su previsibilidad y cálculo, resulta conveniente analizar separadamente las antigüedades y primas por jubilación, por un lado, y la tasa de absentismo, por el otro.

Antigüedades y primas por jubilación:

En el primer caso, la literalidad de la cláusula origen del conflicto confirma la interpretación del ayuntamiento ya que se advierte expresamente que la obtención de esos costes lo realizará libremente el licitador atendiendo a las circunstancias personales del personal que prevea contratar durante toda la vigencia del contrato. Para ello se facilitaba a todos los licitadores el listado del personal en cuyos contratos quedaría subrogado el nuevo adjudicatario.

Se trata, por tanto, de un coste previsible cuyo cálculo correspondía realizar a los licitadores, los cuales debían realizar sus previsiones para todo el periodo que comprende el contrato; esto es, ocho años.

Incluso se advierte, también expresamente, que, aunque es obvio que estos costes pueden variar durante la vigencia del contrato, no se realizará ninguna actualización de precios derivada de estos conceptos de manera aislada o independiente.

Igualmente determinante a efectos de apoyar la tesis municipal es el argumento desarrollado por los técnicos municipales con respecto a esta cuestión, puesto que el pliego establecía claramente que la empresa adjudicataria debía dar cumplimiento a la obligación de subrogación

de personal de la anterior, en cumplimiento de las determinaciones derivadas del Convenio General del Sector de Saneamiento Público, Limpieza Viada, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos; Limpieza y Conservación de Alcantarillado, publicado en el BOE con fecha 30 de julio de 2013.

Del mismo modo, en el Pliego de condiciones técnicas se adjuntó un anexo 30, intitulado "personal de la contrata", que incluía la información facilitada por el anterior concesionario en el mes de junio de 2014, sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores incorporados al servicio de limpieza viaria y recogida de residuos del anterior contrato, a fin de que los licitadores pudieran evaluar los costes laborales que implicaba dicha obligación de subrogación.

Como señalan los informes técnicos, "con esos datos es fácil realizar un cálculo del número de trienios que va a ir perfeccionado cada trabajador a lo largo del contrato con una simple proyección de su perfeccionamiento cada tres años, obteniendo posteriormente una antigüedad media anual. No hay que olvidar que lo que aquí está en cuestión no es el cálculo de los costes de personal relativos a la antigüedad y su actualización anual al depender de las retribuciones del trabajador que sí se revisan, si no el número de trienios a considerar en cada ejercicio, que a juicio de este informante es constante para toda la vida del contrato al haberse calculado unas antigüedades medias. En cuanto a las primas de jubilación anticipadas, aun dependiendo de las circunstancias personales (edad y años de cotización a la Seguridad Social), es factible realizar un cálculo actuarial al preparar la oferta para determinar el coste de las primas de jubilación anticipada y realizar una proyección anual de las mismas. Por lo tanto es posible determinar o al menos, estimar un coste anual por estos conceptos, incluso incorporando costes financieros de ser precisos, durante toda la vida del contrato, reduciendo, al máximo, el riesgo económico-financiero por estos conceptos".

Y como se defiende por los mismos técnicos municipales, estos argumentos son coherentes con las prescripciones contenidas en el PCAP, así como —se añade desde esta Comisión— con lo dispuesto en su Anexo II (Instrucciones, cuadros y modelos para la preparación de la oferta económica), en cuyo apartado dedicado al Estudio Económico Financiero se reitera lo establecido en la cláusula 36 del PCAP con respecto a las primas de jubilación, antigüedades medias y absentismo, bajo un encabezado que literalmente advierte que se trata de: "CONSIDERACIONES MUY IMPORTANTES".

No se entiende en esta Comisión la referencia que, tanto la UTE adjudicataria como el informe municipal en respuesta a su alegación, realizan a la cláusula 32.ª del PCAP ya que, al menos en la versión en PDF que se ha facilitado a este órgano consultivo, esa cláusula se refiere a las "INSTRUCCIONES Y SUPERVISIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO" y no incide de manera particular en la cuestión que aquí se plantea mas que en el recordatorio del principio de riesgo y ventura del contratista en la contratación administrativa. El contenido exacto de la versión facilitada a esta Comisión es el siguiente:

> El contrato se ejecutará a riesgo y ventura del contratista, y con estricta sujeción a lo establecido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas y en el contrato, así como a las instrucciones que dicte la Administración para la buena marcha del servicio.

> El órgano de contratación supervisará la ejecución del contrato, y que cursará al contratista las órdenes e instrucciones que dicte el órgano de contratación. El Ayuntamiento, a través del responsable designado o mediante empresa contratada al efecto, podrá inspeccionar el servicio, instalaciones, documentación y contabilidad de la empresa. Durante la gestión del servicio, el contratista vendrá obligado a facilitar a la Administración cuantos datos se soliciten sobre la gestión del servicio público.

En cualquier caso, consideramos que, incluso asumiendo que existiera otra cláusula con el contenido que se atribuye por el contratista a la ya aludida 32.ª, el sentido de la misma sería el mismo, ya adelantado.

La única cuestión que permite a la UTE sostener su posición es el inciso "de manera aislada o independiente" que se refleja en la cláusula en discusión y que, en contraposición con otros conceptos excluidos de la revisión de precios —como los costes correspondientes a las amortizaciones de inversiones y financiación ajena—, permite a la empresa defender que se deben tener en cuenta junto con el resto de los costes de personal; posición que, a juicio de esta Comisión, no se sostiene puesto que limitaría el efecto de lo establecido en la cláusula de revisión sobre estos conceptos hasta convertirla en inoperante o carente de contenido. Por ello, incluso admitiendo —únicamente a efectos dialécticos— la posibilidad de diversos sentidos, debería imponerse el más adecuado para que produjera efecto (artículo 1284 CC), que es, sin duda, el sentido planteado por el ayuntamiento.

Por otro lado, como veremos con mayor profundidad al analizar el coste por absentismo, ese inciso no desvirtúa la claridad con la que los pliegos del contrato trasladan el riesgo de esos costes al adjudicatario del contrato; en este caso, la UTE.

En último término, también sólo a efectos dialécticos, es preciso recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1285 CC, las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas y, tal y como razonan los técnicos municipales, su interpretación es coherente con lo dispuesto en el resto del PCAP, con la obligación de subrogación, y con los datos facilitados a los licitadores en un anexo específico de la documentación técnica, para que pudieran calcular esos costes con relativa precisión y para toda la vida del contrato.

Resulta acertada por tanto, a juicio de esta Comisión, la interpretación del ayuntamiento, sin que pueda aludirse, por los motivos ya apuntados, a una pretendida oscuridad de la cláusula contractual.

Los costes derivados del absentismo:

Como se ha expuesto en las posiciones de cada una de las partes, el otro concepto en discusión es el de inclusión de los costes derivados del absentismo laboral en la revisión de precios correspondiente a los costes de personal.

Pero, tal y como han aclarado los informes técnicos municipales, el problema no afecta a todo el absentismo retribuido, sino sólo al referido a las jornadas perdidas por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente, ya que "para el cálculo del absentismo intervienen otro tipo de ausencias como son permisos, licencias, horas sindicales y, formativas, cuya variación, si se produce, se incluirán en las revisiones de precios correspondientes según cláusula 36 al referirse a la Adenda del PCT. Por lo tanto, las indicaciones contenidas en la cláusula 36 y en el Anexo II ambos del PCA se refieren al absentismo derivado de enfermedad o accidente como bien se señala, en trama amarilla, en la página 16 de las alegaciones presentadas".

Este supuesto presenta una diferencia con respecto a los dos conceptos analizados anteriormente. Mientras que, tal y como se ha explicado, los pliegos aportaban a los licitadores los datos necesarios para calcular con relativa precisión los costes correspondientes a las antigüedades medias y primas por jubilación durante la vida del contrato, no ocurre lo mismo con los costes derivados del absentismo; dato que sólo puede conocerse con precisión una vez producido. Aun así, también compartimos la interpretación que sobre este concepto plantea el ayuntamiento por los motivos que expondremos a continuación.

En primer lugar, hemos de volver a incidir en el sentido literal de la cláusula 36 del PCAP, la cual, para este concepto, señala que "la tasa, índice, o coeficiente de absentismo lo establecerá el licitador libremente en función de las estimaciones que considere oportunas, basada en el índice de absentismo actual y que se anexa en el Pliego de condiciones técnicas, la experiencia que tenga de otras contratas o en cualquier otro método".

Por tanto, se aprecia desde un inicio la intención del ayuntamiento de trasladar el riesgo correspondiente al absentismo a la empresa; riesgo que debía haber analizado y valorado en el momento de presentar su oferta.

Se advierte expresamente que al formular la proposición económica debe tenerse en cuenta que las circunstancias que determinan esta tasa puedan variar durante la vigencia del contrato; advertencia que refuerza la interpretación municipal puesto que en la postura de la empresa reduciría el efecto deseado de la cláusula al riesgo del absentismo acontecido durante el año, cuando resulta patente, como decimos, la intención del ayuntamiento de trasladar ese riesgo al adjudicatario para todo el contrato.

Nuevamente, la posterior advertencia en la misma cláusula referida a que las horas efectivas, tanto del personal como de la maquinaria, ofertadas por el licitador suponen un compromiso en caso de ser adjudicatario, de tal manera que se exigirá su prestación con independencia del nivel de absentismo real que se produzca, descontándose de las certificaciones mensuales en caso que no se hayan realizado, muestra la abierta intención del ayuntamiento de trasladar a la empresa adjudicataria del contrato el riesgo derivado del absentismo laboral.

Y para confirmar esa intención de trasladar ese riesgo al adjudicatario, la cláusula equipara este concepto a las antigüedades y a las primas por jubilación, al declarar que al igual que en esos conceptos, "no se realizará ninguna actualización de precios derivada de este concepto de manera aislada o independiente". Esta equiparación, pese a lo alegado por la UTE, debe ser entendida

en la forma establecida por el ayuntamiento, y no en el defendido por el adjudicatario; sentido excesivamente desequilibrado en su favor, ya que el precio actualizado del contrato para un ejercicio es el que rige en el siguiente y a su vez, servirá de base para la actualización del precio y así, sucesivamente

El único argumento que, como en los otros dos conceptos anteriormente apuntados, y por los motivos ya explicados, permite a la UTE adjudicataria sostener su interpretación es la inclusión nuevamente del inciso "de manera aislada o independiente"; inciso al cual esta Comisión tampoco en este caso atribuye el sentido dado por la UTE.

Los técnicos municipales subrayan por su parte el carácter transparente de los pliegos a la hora de facilitar la mayor información posible para la realización de la oferta económica, facilitando como información complementaria, aunque a título meramente orientativo, los datos de absentismo del periodo 2010-2012.

Esos datos reales fueron aportados por la empresa adjudicataria del concurso anterior al ahora alegado y la expresión a título meramente orientativo tenía, precisamente, la intención de orientar a la empresa para realizar sus propios cálculos y analizar los riesgos que se comprometía a asumir

Como defiende el informe municipal, el PCAP pretendía —y así se desprende de su literalidad— **que fueran los licitadores quienes, en base a su experiencia, conocimiento o cualquier otro método, establecieran sus previsiones particulares en cuanto al coste de dichos aspectos (antigüedad, primas de jubilación y absentismo laboral) para toda la vida del contrato; aspectos que conforme a tales estimaciones debían formar parte de su oferta económica.**

Los anteriores argumentos resultan suficientes para apoyar la interpretación municipal, si bien esta Comisión, a mayor abundamiento, considera oportuno aportar aún más razones para apoyar la interpretación del ayuntamiento y que afectarían a los tres conceptos implicados (antigüedades medias, primas de jubilación y absentismo).

De un lado, el derivado de la aplicación del artículo 1282 del CC, según el cual, para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores del contrato.

Comenzando por los posteriores, el ayuntamiento hace referencia a la Resolución 047/2015, de 22 de abril, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en la cual se recogen los argumentos de oposición al recurso especial por parte del ayuntamiento, en el contexto de un recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a la adjudicación de este contrato y en el que fue parte como interesada la UTE adjudicataria.

En el citado procedimiento el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz ya defendió, mostrando la debida coherencia con su actual postura, que "La propuesta de la adjudicataria es que las medidas a

adoptar durante la ejecución del contrato tienen como objeto la reducción del absentismo hasta un cierto porcentaje, sobre el que se hacen las previsiones económicas, siempre a su riesgo y ventura...". **La UTE adjudicataria fue además conocedora de dicha interpretación al concurrir como interesada en el recurso especial planteado frente a la adjudicación del contrato.**

Pero hay incluso un último argumento que alcanza con carácter particular, al menos en parte, a la UTE adjudicataria, integrada a la postre por las empresas Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., y GMSM Medio Ambiente, S.A. y que desmonta su apoyo en el inciso "de manera aislada o independiente" que afecta a los tres conceptos aquí discutidos.

El contrato formalizado por el ayuntamiento para el mismo objeto y por el periodo inmediatamente anterior al que nos ocupa, fue adjudicado a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.; empresa que, como hemos visto, forma parte de la actual UTE LV RSU. En aquél contrato, el PCAP regulaba la cuestión aquí discutida de manera diferente, de tal forma que los costes correspondientes a los conceptos actualmente en discusión no se excluían de la fórmula de revisión de precios prevista en la cláusula 28 del PCAP del citado contrato.

Como explica el informe municipal, las palabras "aislada" o "independiente" hacen referencia, como así ha sucedido en revisiones de precios del anterior contrato, a que determinados conceptos, dada su variabilidad en su devengo al estar referidos a circunstancias personales (como es el caso de las primas por jubilación, cambios en el apartado de permisos y licencias, variaciones en antigüedades por sentencias judiciales absentismo por enfermedad común o accidentes,…) se revisaban de manera aislada e independiente y no servían para determinar el importe del contrato principal; fórmula aceptada por las dos partes del contrato.

Pues bien, **la UTE actualmente adjudicataria rechaza frontalmente cualquier vinculación a la interpretación un pliego anterior, fuera cual fuera su tenor literal, pero no cabe duda de que, aunque nos encontramos ante un adjudicatario diferente, la UTE LV RSU** —dada la participación en la misma de la anterior empresa adjudicataria— **era conocedora de los cambios introducidos en la cláusula de revisión de precios y de la interpretación que durante el anterior periodo se dio al inciso "de manera aislada o independiente".**

El expediente incluye incluso documentación referida a la revisión de precios del ejercicio 2008, en la cual se constata que el representante de la UTE actualmente adjudicataria es la misma persona que ejercía igual función en el anterior contrato, con respecto a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas, S.A.

Este contexto refuerza aún más, si cabe, la interpretación del ayuntamiento, según la cual los conceptos aquí discutidos no están sujetos a la revisión de precios y descarta, como veremos a continuación, la pretendida oscuridad de la cláusula defendida por la UTE adjudicataria.

C) La pretendida oscuridad de la cláusula:

La jurisprudencia ha declarado de forma reiterada que "las dudas sobre la **interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos han de interpretarse de acuerdo con el artículo 1288 del CC,**

en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato que, en este caso, es el concesionario, ya que redactado el contrato y el pliego por el Ayuntamiento, no puede su oscuridad favorecer los intereses de la Corporación local que los ha ocasionado" (por todas, las sentencias de 22 de julio de 1992 [RJ 1992, 6448], 3 de octubre de 1994 [RJ 1994, 7444], 30 de diciembre de 1996 [RJ 1996, 9512], 29 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 6802].

No obstante, el literal de la cláusula 36 del PCAP, que ahora está en cuestión, establece que sobre los conceptos discutidos no se realizará ninguna actualización de precios derivada de este concepto de manera aislada o independiente.

Pese a que la redacción de esta cláusula pueda considerarse mejorable, no permite albergar de forma razonable la interpretación defendida por la UTE adjudicataria, pues no hace falta un especial esfuerzo intelectivo para afirmar que la misma contiene de forma expresa la previsión de que no se realizará ninguna actualización de precios derivada de esos conceptos.

En realidad, analizada en detalle la tesis de la UTE, no es aventurado plantear que se construye para lograr la aplicación de la regla del citado artículo 1288 del CC; precepto que no podrá favorecer a quien de forma artificiosa oscurece la cláusula clara.

No se puede olvidar, además, el origen del señalado inciso, que la UTE debía conocer.

Con todo ello no se trataría sino de aplicar el principio del *pacta sunt servanda* consagrado en los artículos 1257 y 1258 del CC, que dan verdadera carta de naturaleza al mencionado principio, y de aplicación también al ámbito de la contratación administrativa, como ha recordado el Tribunal Supremo en sentencias, por ejemplo, de 25 de enero de 1982 (RJ 1982, 16), de 10 de febrero de 1982 (RJ 1982, 955), de 3 de julio de 1984 (RJ 1984, 4658) y 11 de junio de 1986 (RJ 1986, 6768); y así también se ha establecido en las sucesivas leyes de contratos que afectan a las administraciones públicas, incluido el TRLCSP en sus artículos 208 y 209, que establecen que **los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares, y que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las administraciones públicas.**

D) El desequilibrio económico en el contrato:

Finalmente, en cuanto a un posible desequilibrio económico en el contrato que, como consecuencia de la interpretación dada por el ayuntamiento a la cláusula de revisión de precios, pudiera suponer extender en exceso el principio de riesgo y ventura más allá de lo razonable —como también alegó la UTE en el incidente inicial—, la Comisión estima que tampoco puede fundar una alteración en el sentido de una cláusula que se considera clara, y sobre cuyo riesgo e importancia se advertía expresamente en los pliegos que rigieron la licitación.

Este principio, como señala la jurisprudencia, trata de defender la inmutabilidad del contrato (*contractus lex*), estableciendo una regla generalizada por la que los riesgos se imputan al contratista, e imponiendo con ello un rigor, posteriormente atenuado con la admisión de determinados casos de fuerza mayor (STS de 22 junio 1982; RJ 1982\3323); actualmente prevista en el TRLCSP, aplicable en este caso, en sus artículos 215 (principio de riesgo y ventura) y 231 (supuestos de fuerza mayor).

Como ya señalaba la STS de 30 de abril de 1999, el **principio de riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado en el sentido de que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor (o incluso perder) cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato.** De lo que se infiere que el contratista, al contratar con la Administración, asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en su ejecución.

Esa misma jurisprudencia ha reconocido igualmente que el principio de riesgo y ventura del contratista no puede ser objeto de una interpretación tan rigurosa que excluya la responsabilidad de la Administración en otros supuestos, además del de fuerza mayor, como ocurre en el caso en que la conducta de la Administración haya provocado una mayor onerosidad para el contratista, con quiebra del principio de equilibrio financiero. Así, **viene reconociendo la derogación del principio de riesgo y ventura del contratista en virtud de la aplicación de los principios *rebus sic stantibus*, el enriquecimiento injusto y del riesgo imprevisible.**

Las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003, 18 de abril de 2008 y 27 de octubre de 2009 afirman que la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula *rebus sic stantibus*, permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado, si como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato se alteran sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 dice, por su parte, que "cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de 'riesgo razonablemente imprevisible' como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato".

Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es necesario que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes; presupuesto de hecho que no se da en el supuesto que nos ocupa.

Se hace necesario insistir nuevamente en que la cláusula 36 del PCAP advertía sobre el traslado del riesgo al adjudicatario sobre estas cuestiones, así como en el Anexo II (Instrucciones, cuadros y modelos para la preparación de la oferta económica), bajo el encabezado de: "CONSIDERACIONES MUY IMPORTANTES". No se daría por tanto ni una situación de enriquecimiento injusto —por razones obvias— ni un riesgo imprevisible —pues en calcular ese riesgo debía centrarse la oferta de los licitadores— ni la posible aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" —pues no se han alterado las condiciones en las que debe ser cumplido el contrato—.

Si existe o se ha producido una diferencia notable entre los cálculos realizados por el adjudicatario y la realidad posteriormente materializada —esencialmente en cuanto al absentismo—, **no puede hablarse de ruptura del equilibrio económico del contrato, de la misma manera que tampoco se habría roto ese equilibrio si los datos reales hubieran sido favorables, con un absentismo inferior al tenido en cuenta por la UTE al presentar su oferta.**

Como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 mayo 1988 (RJ 1988\3721), "La interpretación de dichas normas contractuales es clara y terminante habiendo sido aceptadas libremente por la empresa actora, quien pretende ahora conseguir con la pretensión procesal ejercitada una revisión de precios solicitada (…), pretensión que de admitirse evitaría todo riesgo empresarial y contractual, contrariando el esencial principio de riesgo y ventura del contratista que informa la legislación especial sobre la materia, ya que conocidos los incrementos de precios las consecuencias desfavorables para el contratista que tuvo que prever antes de acudir al llamamiento y perfeccionar el contrato, los trasladaría a la Corporación Local concedente, con sólo pedir y solicitar la revisión".

La Comisión, en definitiva, considera correcta la interpretación del contrato realizada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

DCJA 7/2018 pár. 46 a 119

III. Modificación de contratos

En este contexto, el argumento de la empresa decae y deja entrever cierta estrategia, sobre la cual **el legislador** —europeo y nacional— han venido incidiendo para **frenar el fraude en la contratación pública, y que ha consistido en que, una vez lograda la adjudicación con ofertas económicas de dudosa viabilidad, se lograra que, mediante modificaciones posteriores del contrato, este se convierta en económicamente viable para la empresa, en lo que se ha reconocido como un fraude a la licitación inicial de los contratos.**

No está de más recordar los diferentes pasos dados por el legislador precisamente para evitar esa situación. Así, el artículo 101 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, señalaba que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podría introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre

que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Los problemas para conciliar esta disposición con las directivas comunitarias sobre contratos públicos provocaron que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, añadiera, en su artículo 202, que las modificaciones de los contratos no podrían afectar a las condiciones esenciales de estos.

A pesar de esta regulación de la Ley 30/2007, la Comisión Europea advirtió que la aludida norma confería a los poderes adjudicadores facultades muy amplias para modificar el clausulado esencial de los contratos públicos una vez eran adjudicados, con lo que los principios de igualdad de trato entre los licitadores, no discriminación y transparencia, consagrados en el derecho comunitario, se veían violentados. La Comisión evacuó, incluso, un dictamen motivado contra el Reino de España (el 27 de noviembre de 2008) al entender que el régimen de los modificados no se ajustaba a las directivas sobre la contratación pública.

Para adecuarse a lo exigido por las directivas, se aprobó la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, en la cual se reformó también el régimen jurídico de los contratos públicos (introduciendo los artículos 92 bis a 95 quinquies de la Ley de contratos del sector público). En el marco que atañe a este contrato, ese nuevo régimen se reprodujo literalmente en los artículos 105 a 108 TRLCSP.

El TRLCSP —aplicable al contrato que nos ocupa— admite únicamente variaciones cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos legalmente, por lo que, en cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que el contrato se llevase a cabo en modo diferente al acordado, debe procederse a la resolución del mismo y a la celebración de otro bajo las condiciones legalmente pertinentes.

Lo que se pretende trasladar desde esta Comisión es que, en principio, el contrato debe ejecutarse en la forma inicialmente pactada, aspecto que el contratista debe tener claro en el momento de presentar su oferta y en el momento de realizar y formalizar la comprobación del replanteo. Igualmente, en caso de que, excepcionalmente, el proyecto deba ser modificado en los estrictos términos establecidos actualmente por la ley, habrá que estar a lo nuevamente pactado, sin mantener —práctica habitual en un tiempo que se pretende desterrar— expectativas sobre una posterior modificación.

Tampoco resulta conforme a la citada regulación aludir a la inviabilidad en origen del proyecto para reclamar su modificación, alterando más allá de lo permitido el objeto sometido a licitación, ni eludir por ese motivo el cumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas con claridad en el contrato o en sus modificados; en este caso concreto, como pretende el contratista, de los plazos parciales expresamente establecidos.

DCJA 21/2018 pár. 108 a 114