2020

MEMORIA

COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE EUSKADI

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

Edición

1.ª noviembre 2021

©

Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco

Comisión Jurídica Asesora de Euskadi

Internet

https://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, 2021

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

ABREVIATURAS 8

PRIMERA PARTE: ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2020 12

Capítulo 1. Composición 13

Capítulo 2. Difusión de la doctrina de la Comisión 14

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva 14

I. Introducción 14

II. Datos sobre las consultas recibidas 15

III. Datos sobre los dictámenes emitidos 17

IV. Relación de dictámenes y acuerdos 22

SEGUNDA PARTE: EXTRACTO DE LA DOCTRINA 40

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA 41

I. Ámbito de actuación 41

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO 49

I. Cláusulas interpretativas del sistema de fuentes 49

II. Ley 49

A) Reserva de ley 49

III. Principio de jerarquía normativa 50

IV. Reglamentos 50

A) Ámbito 50

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA 53

I. Estructura 53

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL 54

I. Agricultura y ganadería (art. 10.9 EAPV) 54

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) 54

III. Patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico (Art. 10.19 EAPV) 60

Capítulo 5. ÁREAS 72

I. Administración Pública 72

A) Órganos colegiados 72

II. Archivos 74

III. Derecho civil foral 76

IV. Educación 82

V. Hacienda 83

VI. Personal de las administraciones públicas 87

A) Negociación colectiva 87

VII. Urbanismo 88

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO 91

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general 91

A) Informes 91

B) Memorias 92

Memoria explicativa 92

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos 93

A) Iniciación 93

Legitimación 93

Subsanación 95

B) Instrucción 96

Audiencia de los interesados 97

La prueba 98

Propuesta de resolución 101

III. Especialidades en el procedimiento administrativo 101
A) Procedimiento de contratación administrativa 101
B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial 104
Iniciación 104
Instrucción 110

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN . 114
I. Daño 114
II. Indemnización 114
A) Daños materiales 114
B) Lucro cesante 115
III. Relación de causalidad 117
A) Estándares de funcionamiento 117
B) Título de imputación 118
IV. Responsabilidad patrimonial por sectores 125
A) Control del ruido 125
B) Mantenimiento de vías públicas 135
Por defectos en calzadas y carreteras 135
Por defectos en las vías públicas 138
C) Protección de datos 139
D) Servicios sanitarios 141
Daño desproporcionado 141
Por la falta de consentimiento 142
Por la praxis 150
E) Servicios sociales 153
F) Servicio de recogida de basuras y residuos urbanos 158
G) Urbanismo 164
V. Régimen de la responsabilidad en los contratos y concesiones administrativas 171

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO 180

I. Ámbito de la potestad revisora 180

II. Análisis de las causas de nulidad 184

A) Nulidad de pleno de derecho de disposiciones administrativas 184

B) Nulidad de pleno derecho de los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional 217

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 222

D) Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición 225

E) Nulidad de pleno derecho de cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal 239

III. Instrumentos urbanísticos 250

IV. Límites a la revisión de oficio 255

Capítulo 9. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 258

I. Extinción del contrato 258

A) Causas de resolución 258

Demora en el cumplimiento de los plazos 261

Desistimiento por parte de la Administración 263

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales 268

II. Interpretación de contratos 271

III. Modificación de contratos 279

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 19 de mayo de 2021 ha aprobado la presente Memoria correspondiente al año 2020. 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 2020, 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: https://www.comisionjuridica.euskadi.eus

La presente edición de la memoria ha sido posible gracias a la dedicación puesta por las letradas de la Comisión, doña Deiane Agirrebaltzategi Sánchez y doña Yolanda Ganuza Arizmendi, 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

ACJA	Acuerdo de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AVPD	Agencia Vasca de Protección de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAE	Comunidad Autónoma de Euskadi
CAPV	Comunidad Autónoma del País Vasco
CC	Código Civil de 24 de julio de 1889
CE	Constitución Española
COTPV	Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco
DCJA	Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi
EAPV	Estatuto de Autonomía del País Vasco
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local
LCAP	Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público
LDCV	Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco
LEA	Ley estatal 21/2013, de 9 de diciembre de 2013, de evaluación ambiental
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil
LFPV	Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca
LGPMA	Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria
LICAE	Ley 8/2004, de 12 de noviembre, de industria de la Comunidad Autónoma de Euskadi

LILE	Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi
LITSS	Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial
LORPPN	Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de régimen de personal de la Policía Nacional
LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades
LPAA	Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de política agraria y alimentaria
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
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español
LPPV	Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco
LPRL	Ley 31/1995, de 10 de noviembre, de prevención de riesgos laborales
LRJAE	Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957
LRJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público
LRSC	Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados

LSACNP	Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la segunda actividad del Cuerpo Nacional de Policía
LSE	Ley 4/2019, de 21 de febrero, de sostenibilidad energética de la Comunidad Autónoma Vasca
LSU	Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo
LSUV	Ley 3/2004, de 25 de febrero, del sistema universitario vasco
LT	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LTH	Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos
LTICAJ	Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia
OARC	Órgano Administrativo de Recursos Contractuales
OMS	Organización Mundial de la Salud
párr.	Párrafo
PCAP	Pliego de cláusulas administrativas particulares
PGOU	Plan General de Ordenación Urbanística
PPTP	Pliego de prescripciones técnicas particulares
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
SAPU	Servicio de Atención a Pacientes y Usuarios/as
STC / SSTC	Sentencia / Sentencias del Tribunal Constitucional
STS / SSTS	Sentencia / Sentencias del Tribunal Supremo
STSJPV	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
TACRC	Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCAP / LCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

TRLEBEP	Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público
TRLPOHG	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
TRLRHL	Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, destinado a normar la elaboración, publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales
TRLSS	Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJPV	Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
UPV/EHU	Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

PRIMERA PARTE:
ACTIVIDAD DURANTE EL AÑO 2020

Capítulo 1. Composición

El Consejo de Gobierno nombró en el año 2020 para un nuevo mandato como vocales de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi a las personas siguientes:

- Dña. M.ª Teresa Astigarraga Goenaga, por Decreto 29/2020, de 3 de marzo.
- D. Iñaki Beitia Ruiz de Arbulo, por Decreto 30/2020, de 3 de marzo.
- D. Luis M.ª Eskubi Juaristi, por Decreto 31/2020, de 3 de marzo.
- Dña. Fátima Saiz Ruiz de Loizaga, por Decreto 32/2020, de 3 de marzo.
- D. Imanol Zubizarreta Arteche, por Decreto 33/2020, de 3 de marzo.

Los citados decretos se publicaron en el Boletín Oficial del País Vasco nº 46, de 6 de marzo de 2020, y la toma de posesión de los y las vocales se produjo el día 6 de marzo del mismo año.

El 5 de octubre de 2020 cesó como vocal de la Comisión don Ion Gurutz Echave Aranzabal por pérdida de la condición funcionarial al 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 214/2020, de 6 de octubre (BOPV nº 200 de 9 de octubre de 2020).

En consecuencia, la composición de la Comisión a 31 de diciembre de 2020 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. 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 2019.

Capítulo 3. Datos relativos a la función consultiva

I. Introducción

El 2020 ha sido un año especial por dos motivos: por la pandemia internacional del COVID-19, lo que motivó la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria, y por ser, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, un año de cambio de legislatura, con la celebración en julio de elecciones al Parlamento Vasco y la posterior designación en septiembre del Lehendakari y conformación del nuevo Gobierno.

Ambas circunstancias han tenido reflejo en la actividad de la Comisión como lo demuestra tanto el hecho de la considerable disminución del número de consultas durante los meses de abril y mayo, como el menor número de consultas sobre disposiciones normativas. La declaración del estado de alarma ha tenido también repercusión en la forma en que la Comisión ha desarrollado su actividad durante el periodo de su vigencia, utilizando medios electrónicos para la preparación y celebración de las reuniones del Pleno, logrando con ello garantizar la continuidad de su actividad.

No obstante lo anterior, durante el año 2020 el número de nuevas solicitudes de consultas, no solo se ha mantenido en unas cifras similares a las registradas el año anterior, sino que ha experimentado un ligero aumento.

La mayor diferencia se ha registrado en el número de dictámenes emitidos, ya que se observa en este ejercicio un leve descenso de alrededor del 7 % (de 212 a 199 dictámenes).

Por lo que a la tipología de asuntos se refiere, en este ejercicio aumenta el predominio de los dictámenes emitidos con relación a consultas sobre actos administrativos (un 85 % del total) frente a los relativos a consultas sobre disposiciones generales (un 15 % del conjunto). Así, se han dictaminado un número menor de normas (30), conservando la hegemonía los dictámenes sobre actos administrativos (169) y dentro de estos últimos los relacionados con reclamaciones de responsabilidad patrimonial, representando un 73 % del total de los emitidos. Dentro de ellas, continúan siendo mayoritarias las consultas sobre reclamaciones en el ámbito sanitario (alrededor del 53 %), aunque estas han caído 7 puntos porcentuales con respecto al año 2019.

Asimismo, con relación al origen de las consultas los porcentajes con respecto al año anterior han experimentado un ligero cambio con relación a distribución de las solicitudes de consultas, bajando a un 62 % las correspondientes a la Administración de la Comunidad Autónoma,

aumentando hasta el 37 % las de la Administración local y manteniéndose en el 1 % las de la Universidad del País Vasco.

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 2020 han tenido entrada en la Secretaría de este órgano consultivo 230 solicitudes de consulta.

De ellas, 6 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 224 solicitudes admitidas a trámite en el año 2020:

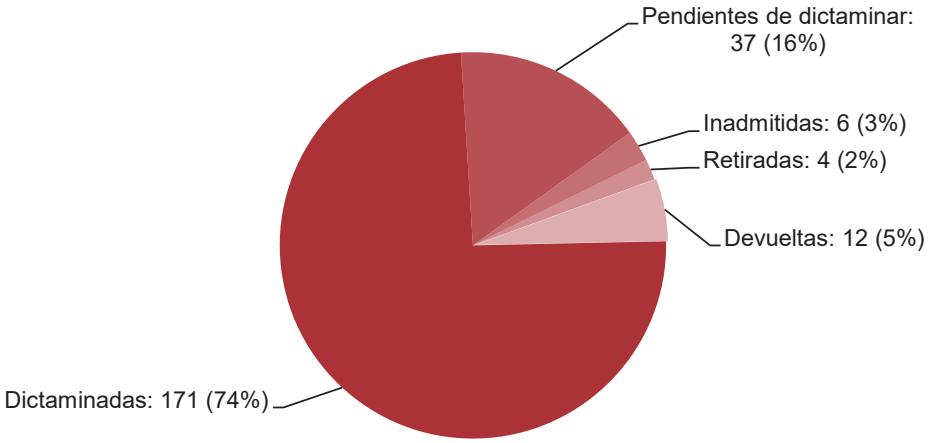
- 4 fueron retiradas por los propios órganos consultantes al detectar importantes carencias en la tramitación de los expedientes.

- 7 se devolvieron por la Comisión por defectos en la tramitación o por haber sido planteada la consulta por un particular.

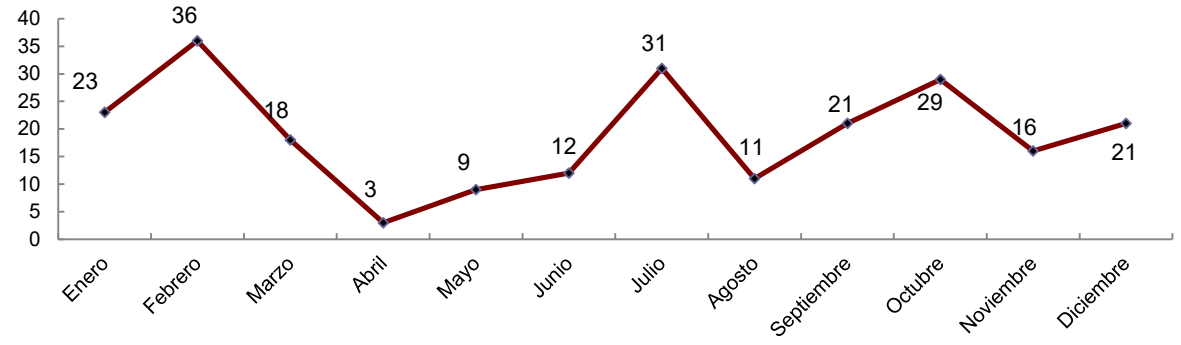
- 5 consultas se devolvieron por acuerdo del Pleno por inadmitir la consulta al advertir la falta de competencia de la Comisión o la errónea calificación del asunto por el órgano consultante.

- 171 consultas fueron dictaminadas.

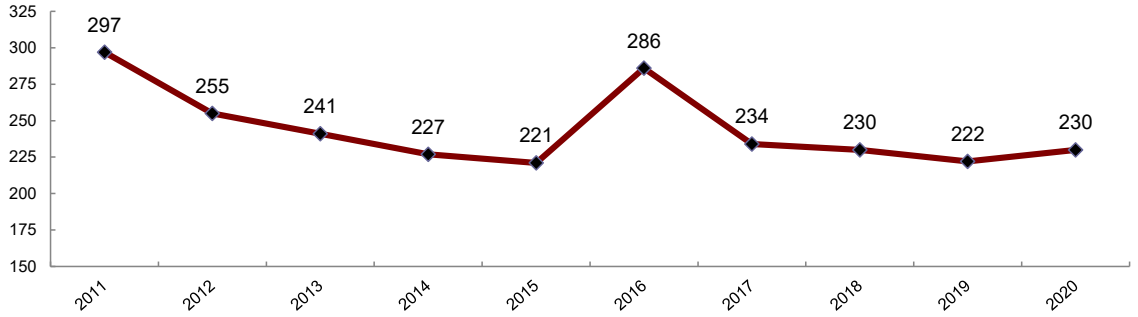
Por lo tanto, al terminar el año quedaban 37 consultas pendientes de resolver.



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 cuatro 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 de los expedientes, el Presidente, a petición fundada de los ponentes, ha solicitado en este ejercicio ampliación de información en nueve consultas.

Asimismo, la Comisión ha recibido:

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

- 11 escritos en respuesta a solicitudes de ampliación de información realizadas por la Comisión.

- 3 escritos solicitando la retirada de solicitudes de consultas.

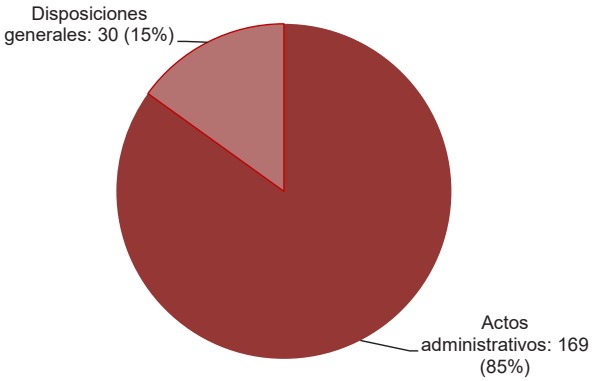
- 123 escritos de los órganos consultantes notificando la resolución o disposición finalmente adoptada en asuntos dictaminados por la Comisión.

- 1 solicitud de un interesado en un procedimiento de un expediente sometido a consulta.

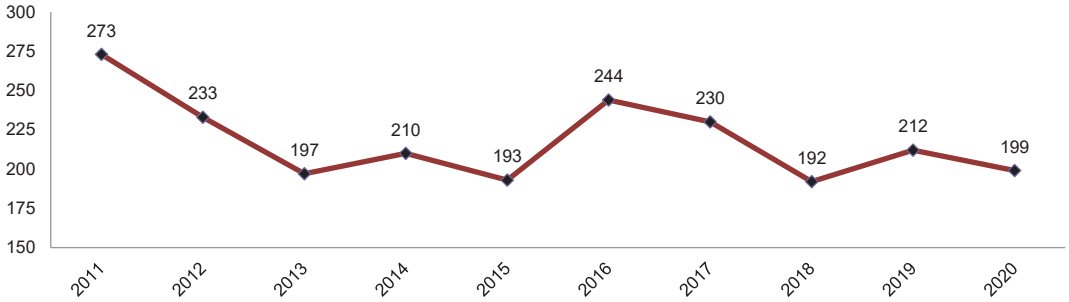
Finalmente, hay que señalar que el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora ha celebrado 40 sesiones ordinarias y no ha realizado ninguna comparecencia con autoridades o funcionarios de los órganos consultantes.

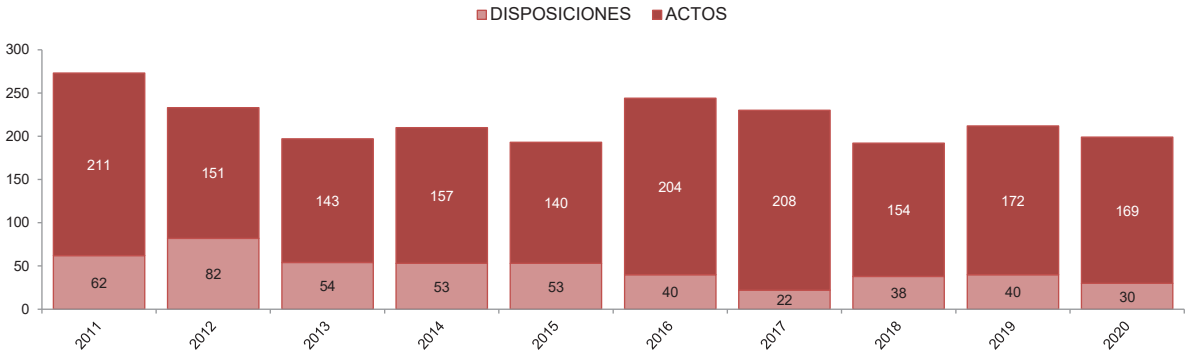
III. Datos sobre los dictámenes emitidos

Durante este periodo la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi ha aprobado un total de 199 dictámenes —téngase en cuenta que 28 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:

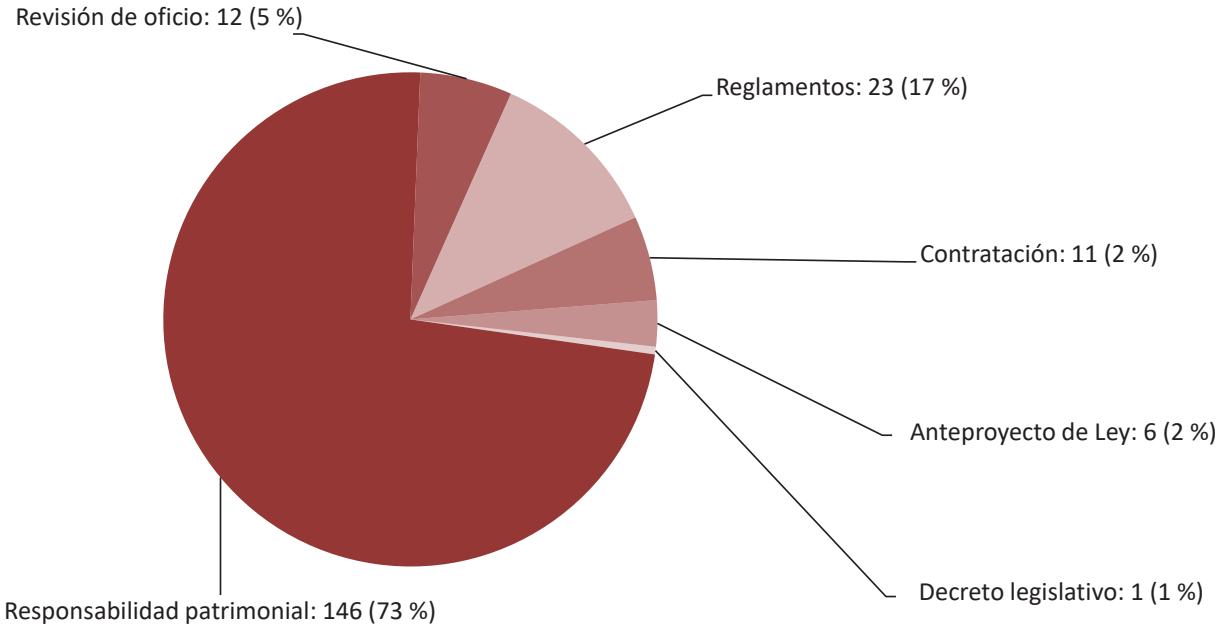




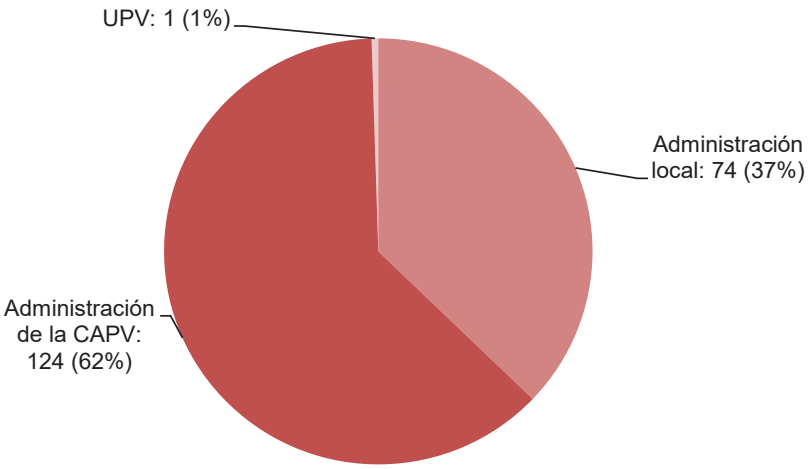
Desglosando cada uno de los dictámenes emitidos en función de la tipología establecida en el artículo 3 de la Ley 9/2004, obtenemos los datos siguientes:

TIPOLOGÍA	N.º
Anteproyectos de Ley	6
Decretos legislativos	1
Proyectos de disposiciones reglamentarias	23
Revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas	12
Nulidad, interpretación y resolución de los contratos y concesiones administrativas	11
Reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial	146
TOTAL	**199**

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**, 124 dictámenes, distribuidos de la forma siguiente:

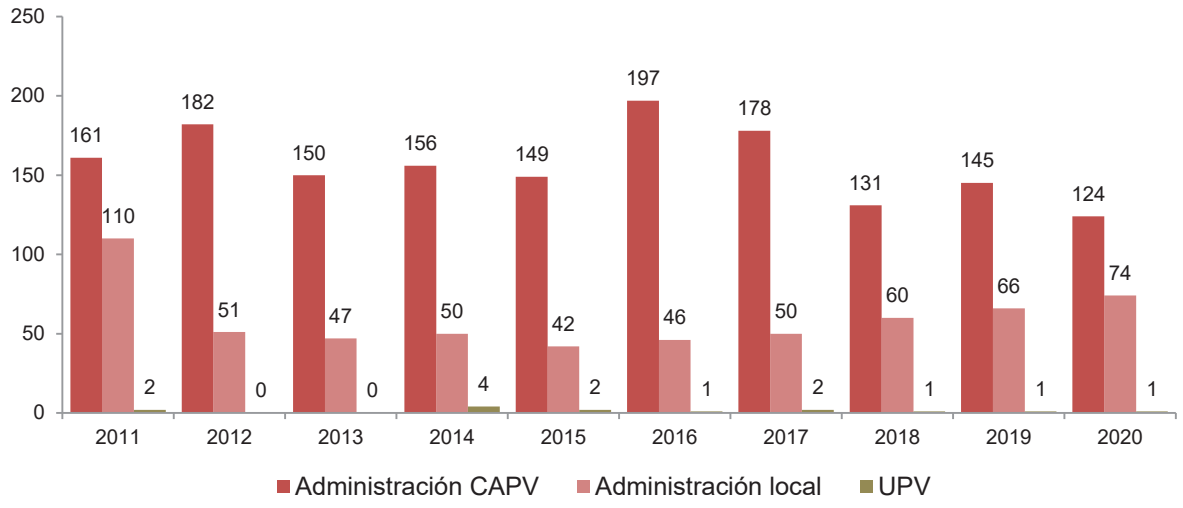
ORGANISMO	TOTAL
Lehendakaritza - Presidencia del Gobierno	2
Seguridad	8
Trabajo y Empleo	1
Gobernanza Pública y Autogobierno	3
Desarrollo Económico e Infraestructuras	11
Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente	1
Hacienda y Economía	2
Educación	8
Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda	4
Empleo y Políticas Sociales	1
Cultura y Política Lingüística	2
Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo	1
Lanbide	1
Osakidetza-Servicio Vasco de Salud	79
Total	**124**

b) **Administración local**, 74 dictámenes distribuidos de la forma siguiente:

ENTIDAD LOCAL	TOTAL
Ayuntamiento de Alonsotegi	1
Ayuntamiento de Andoain	1
Ayuntamiento de Arrasate	1
Ayuntamiento de Azkoitia	3
Ayuntamiento de Barakaldo	1
Ayuntamiento de Basauri	1
Ayuntamiento de Bilbao	20
Ayuntamiento de Busturia	1
Ayuntamiento de Durango	1
Ayuntamiento de Eibar	5
Ayuntamiento de Errenteria	1
Ayuntamiento de Galdakao	1
Ayuntamiento de Getxo	6
Ayuntamiento de Hernani	3

Ayuntamiento de Lasarte-Oria	1
Ayuntamiento de Llodio	1
Ayuntamiento de Mungia	1
Ayuntamiento de Muskiz	1
Ayuntamiento de Oiartzun	1
Ayuntamiento de Ordizia	1
Ayuntamiento de Pasaia	2
Ayuntamiento de San Sebastián	6
Ayuntamiento de Santurtzi	1
Ayuntamiento de Sondika	1
Ayuntamiento de Villabuena de Álava	1
Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz	8
Anoeta Kiroldegia-Ciudad Deportiva Anoeta S.A.	1
Mancomunidad de Servicio del Txorierri	1
Mancomunidad Debagoieneko mankomunitatea	1
Total	**74**

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



En relación con la aprobación de los dictámenes emitidos, 175 se aprobaron por unanimidad de los miembros del Pleno, 23 por mayoría y 1 por el voto dirimente del Presidente. Asimismo, se han formulado los siguientes votos particulares:

DICTAMEN	CONSULTA	VOTO PARTICULAR DE
13/2020	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CGC como consecuencia de una caída en la vía pública.	Luis M.ª Eskubi Juaristi
14/2020	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EHA y sus hijos, los menores C y AGH, como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad derivada de la Resolución de la Agencia Vasca de Protección de Datos, de 25 de enero de 2019, que declara una infracción grave del Ayuntamiento de Llodio en relación con la protección de datos de carácter personal.	Xabier Unanue Ortega
55/2020	Revisión de oficio del acto de adjudicación de los trabajos de acondicionamiento de terreno por deslizamiento de tierras a la empresa Construcciones La Rigada S. L	Iñaki Calonge Crespo
66/2020	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil Dendategi Hermanos SL como consecuencia del ruido producido por las obras realizadas en el Estadio Anoeta de San Sebastián.	Luis M.ª Eskubi Juaristi
77/2020	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LMMFL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.	Luis M.ª Eskubi Juaristi
87/2020	Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAIM y las hijas A y JCI tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JCCM, tras dispararse con su arma reglamentaria.	Fátima Saiz Ruiz de Loizaga
108/2020	Reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTCB como consecuencia de una caída en la vía pública.	Luis M.ª Eskubi Juaristi

IV. Relación de dictámenes y acuerdos

A) Anteproyectos de ley (6)

Dictamen 6/2020: Anteproyecto de Ley vasca de juventud.

Dictamen 3/2020: Anteproyecto de Ley de segunda modificación de la Ley para la igualdad de mujeres y hombres.

Dictamen 22/2020: Anteproyecto de Ley de los cuerpos y de las escalas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 171/2020: Anteproyecto de Ley de reconocimiento de EUNEIZ como universidad privada de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 189/2020: Anteproyecto de Ley del recurso de casación civil vasco.

Dictamen 190/2020: Anteproyecto de Ley de gestión documental integral y patrimonio documental de Euskadi.

B) Decretos legislativos (1)

Dictamen 98/2020: Proyecto de Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de policía del País Vasco.

C) Proyectos de disposiciones reglamentarias (23)

Dictamen 1/2020: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de técnica superior o técnico superior en acondicionamiento físico

Dictamen 2/2020: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al título de Técnica Superior o Técnico Superior en Enseñanza y Animación Sociodeportiva.

Dictamen 23/2020: Proyecto de Decreto de desarrollo del procedimiento para el reconocimiento y reparación de las víctimas de vulneraciones de derechos humanos, producidas en un contexto de violencia de motivación política.

Dictamen 37/2020: Proyecto de Decreto sobre condiciones sanitarias de los movimientos de animales de las especies bovina, ovina y caprina de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 41/2020: Proyecto de Decreto de segunda modificación del Decreto de Administración Electrónica.

Dictamen 48/2020: Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos de autorización administrativa de las instalaciones de producción, transporte y distribución de energía eléctrica.

Dictamen 42/2020: Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos de aprobación, revisión y modificación de los planes de ordenación del territorio y los instrumentos de ordenación urbanística.

Dictamen 33/2020: Proyecto de Decreto por el que se determinan los modelos oficiales y las características técnicas del material y de la documentación electoral a emplear en las elecciones al Parlamento Vasco, así como el procedimiento de entrega de los mismos.

Dictamen 81/2020: Proyecto de Decreto de seguridad industrial.

Dictamen 53/2020: Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos de "Euskadiko Kirol Portuak" y se regula el inicio de su actividad.

Dictamen 72/2020: Proyecto de Decreto por el que se regulan los procedimientos de autorización administrativa y de puesta en servicio de las instalaciones de distribución y transporte de gases combustibles por canalización.

Dictamen 73/2020: Proyecto de Decreto de ordenación de la cartografía y de la información geográfica del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 94/2020: Proyecto de Decreto de pesca-turismo y demostraciones de pesca en aguas marítimas y continentales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Dictamen 96/2020: Proyecto de Orden por la que se declara la existencia de diferentes insectos vectores y virus, y se establecen medidas obligatorias de prevención y lucha contra las virosis que afectan a las plantas hortícolas y a sus insectos vectores.

Dictamen 99/2020: Proyecto de Decreto del Consejo Asesora del Euskera.

Dictamen 101/2020: Proyecto de Decreto de medidas urgentes en el sector del juego para hacer frente al impacto del Covid-19.

Dictamen 113/2020: Proyecto de Decreto por el que se desarrolla parcialmente la Ley 4/2019, de 21 de febrero, de Sostenibilidad Energética de la Comunidad Autónoma Vasca.

Dictamen 129/2020: Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de recaudación de la hacienda general del País Vasco.

Dictamen 106/2020: Proyecto de Decreto por el que se regula la obligatoriedad de la tramitación electrónica exclusiva en las solicitudes y demás trámites de becas para realizar estudios universitarios y otros estudios superiores no universitarios.

Dictamen 117/2020: Proyecto de Decreto por el que se establece la organización y régimen de funcionamiento del organismo pagador de los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 130/2020: Proyecto de Decreto por el que se regula el sistema de desarrollo profesional del personal de la Ertzaintza.

Dictamen 149/2020: Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de Educación Básica para las personas adultas y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Dictamen 176/2020: Modificaciones introducidas tras el Dictamen 117/2020 en el proyecto de Decreto por el que se establece la organización y régimen de funcionamiento del organismo pagador de los gastos financiados por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y por el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

D) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial (146)

Dictamen 4/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ABR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 7/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAIA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 8/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IBE y don AST y por su hijo, el menor ASB, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 9/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la compañía de seguros Allianz S. A. como consecuencia del abono de una indemnización a su asegurado debido a la inundación producida en su local de negocio.

Dictamen 10/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EEA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 11/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJBA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 12/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AMPR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 13/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CGC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 14/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EHA y sus hijos, los menores C y AGH, como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad derivada de la Resolución de la Agencia Vasca de Protección de Datos, de 25 de enero de 2019, que declara una infracción grave del Ayuntamiento de Llodio en relación con la protección de datos de carácter personal.

Dictamen 15/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGI como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 16/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RRG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 17/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil Cenafe Escuelas S. L. como consecuencia de la denegación de autorización de apertura y funcionamiento de centro docente privado de enseñanzas deportivas en cuatro expedientes de autorización por parte de la Administración General del País Vasco.

Dictamen 18/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JGR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 19/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JMGM como consecuencia de la realización de unas obras en la vía pública que impidieron el uso de la terraza de su local de negocio de hostelería.

Dictamen 20/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPZB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 24/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos don JAHG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 25/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPVA y don JMBV, tras el fallecimiento de su hija y hermana, doña ABV, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 26/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CAP, don DPC y su hijo, el menor MPA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 27/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña B y doña SOD tras el fallecimiento de su padre, don DOC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 28/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJMS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 29/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña METH como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 31/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AIEG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 32/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJAZ, y sus hijas, doña I, doña AI y doña EAB, tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña VBI, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 34/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 35/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña APD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 36/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AJR como consecuencia de la indebida ejecución de una sentencia en materia de listas de sustitución.

Dictamen 38/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña TBB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 39/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña SAS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 40/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ARG como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 43/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la UTE Gertek Sociedad de Gestión y Servicios SA-Eraman Grúas y Servicios SA "Bilboko OTA UTE" por los daños sufridos como consecuencia de la anulación judicial de la Resolución 99/2016, de 13 de septiembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales en relación con el contrato de servicio de control directo del cumplimiento de la Ordenanza OTA de la Villa de Bilbao, así como servicios vinculados para los usuarios del sistema OTA.

Dictamen 44/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JPM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 45/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JSM como consecuencia de la gestión de las bolsas de trabajo de la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo.

Dictamen 46/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTSJM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 47/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCL como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 49/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don BJL, tras el fallecimiento de su esposa, doña CLE, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 50/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AUM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 51/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil COBE 2000 SL como como consecuencia de la rotura de una tubería de la red municipal de abastecimiento de agua.

Dictamen 52/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLOC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 54/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don RVC como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 56/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NDS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 57/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña J y doña MGC, tras el fallecimiento de su padre, don CGA , como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 58/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJDO como consecuencia de una caída en la vía publica.

Dictamen 59/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don EEG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 60/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don NAS y doña A y don MAA tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña MCAM , como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 61/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MALM como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 62/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor XBA tras el fallecimiento de su padre, don JIBG, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 65/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por Generali Seguros, Electro Ahorro 2000 SL, Seguros Allianz, Al21 Audi2 SL y la Comunidad de Propietarios ... como consecuencia de la rotura de una tubería de la red municipal de abastecimiento de aguas.

Dictamen 66/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil Dendategi Hermanos S. L. como consecuencia del ruido producido por las obras realizadas en el Estadio Anoeta de San Sebastián.

Dictamen 67/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMAM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 68/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MDGS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 69/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña M, don A, doña C, doña MT y don JRFM, tras el fallecimiento de su padre, don AFO,

como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 70/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JFR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 74/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAFB tras el fallecimiento de su hijo, el menor EFT, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 75/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MAFB tras el fallecimiento de su hijo, el menor IFT, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 76/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ATU como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 77/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don LMMFL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 78/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BRS tras el fallecimiento de su madre, doña MDSA, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 79/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IMB como consecuencia de un accidente en un centro de salud de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 80/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MQD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 82/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MGA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 83/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJIT y don AAI tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JMAU, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 84/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MMDF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 86/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil HARRI IPARRA SAU como consecuencia de la imposibilidad de tramitar el Plan Parcial de desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana del Municipio de Getxo para el sector 3-Azkorri al haber denegado el Ayuntamiento su aprobación inicial.

Dictamen 87/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAIM y las hijas A y JCI tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JCCM, tras dispararse con su arma reglamentaria.

Dictamen 88/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBAC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 89/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 90/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AS y doña MESM tras el fallecimiento de su padre, don JRCST, como consecuencia de la asistencia prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 91/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por AMPU como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 92/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don DCM como consecuencia de la colocación de contenedores de basura cerca de su vivienda.

Dictamen 93/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MFRG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 97/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJGL como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 102/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RSG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 103/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBSE, don J, don M y don XAS tras el fallecimiento de su padre, don JFAL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 104/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña YMF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 108/2020: Reclamación por responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTCB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 110/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MDSA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 111/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ACV como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 112/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil San Telmo Museoa S. A. como consecuencia de la perforación de un lienzo durante una actuación policial.

Dictamen 114/2020: 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 115/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 116/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPFM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 118/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RSC como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 120/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ULP como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

Dictamen 121/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JJIA como consecuencia de una caída en un camino público.

Dictamen 122/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MJYE como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 123/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ICD y su hija, la menor KNZC, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 125/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don MLR como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 126/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JOH tras el fallecimiento de su esposa, doña MAML, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 128/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor ORM como consecuencia de una caída en un centro público de enseñanza.

Dictamen 131/2020: Reclamación de reclamación patrimonial por los daños sufridos por doña PMD como consecuencia de una caída desde la barandilla de la explanada del Ayuntamiento.

Dictamen 132/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña CBB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 133/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JSQ, y don JA, doña MP, doña MR y don SSG tras el fallecimiento de su esposa y madre respectivamente, doña MAGF, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 134/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña AVA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 135/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JSU y doña YJ y doña NMSG, tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña AMGR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 136/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Comunidad de Propietarios del CIMB como consecuencia de la inactividad del ayuntamiento relativa a la no asunción de la prestación de determinados servicios públicos municipales durante el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2018 y 14 de diciembre de 2019.

Dictamen 138/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña LGC como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 140/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña ACG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 141/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MTHH como consecuencia del funcionamiento de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de ...

Dictamen 142/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MISN como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 143/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la Unión Temporal de Empresas LANTANIA, SLU y GEOTUNEL, SL por los daños sufridos en la ejecución del contrato de obras de construcción de la plataforma de la nueva red ferroviaria del País Vasco, tramo Tolosa-Hernialde.

Dictamen 146/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don ADA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 147/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLSH y don I y doña MBRS tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JJRV, como consecuencia de la asistencia sanitaria por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 148/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MASJ tras el fallecimiento de su madre, doña MJF, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 150/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMSA tras el fallecimiento de su hermano, don JCSA, como consecuencia de la asistencia sanitaria por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 151/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JCBD como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 152/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MSMM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 153/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCIG como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 154/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don VTD como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 155/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MMSS y don JRS tras el fallecimiento de su madre y hermana, doña RRS, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 156/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MPPA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 157/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NMS como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 158/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil Ibaigane Clínica Veterinaria S. L. como consecuencia de las obras del centro municipal del distrito Abando.

Dictamen 160/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por la mercantil San Joseren S. A. como consecuencia de la denegación de la licencia de construcción de un edificio de viviendas en la avenida Zugazarte 52.

Dictamen 161/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAFP como consecuencia de un accidente de motocicleta en la vía pública.

Dictamen 162/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña NAGL como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 163/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por el menor ARP, y por sus padres, don ARG y doña APP, y su hermana, la menor AiRP, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada.

Dictamen 164/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña RSA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 165/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MAMR como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 166/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JRS como consecuencia de una caída en el Centro Cívico ....

Dictamen 167/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AHJ como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 168/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña VRA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 169/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don FJSRA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 170/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLLZ como consecuencia de la inactividad de la Administración municipal en relación con las actuaciones en la entrada y en la terraza de un hotel.

Dictamen 172/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLS como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 173/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AHQG tras el fallecimiento de su madre, doña PGL, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 174/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PMJM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 177/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JAV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 178/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MA y sus hijos, MJ, M y JISA, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JST, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 179/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MLPU como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 180/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBAA como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 181/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GGV y doña AHM tras el fallecimiento de su hija, la menor AGH, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 182/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MISR y sus hijos, los menores S y EPS, tras el fallecimiento de su esposo y padre, don JLPDI, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 183/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don USB como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 184/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PJF como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 185/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don JOGM como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 187/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña IGH y su hija, la menor MJG, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada durante el parto por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 188/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña YROP como consecuencia de la caída de la rama de un árbol.

Dictamen 191/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GCF como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 192/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña EGP como consecuencia de una caída en la vía pública.

Dictamen 193/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MBMB como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 194/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña BRV como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 195/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don GCA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 196/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por don AAD y por doña ME y doña EAG tras el fallecimiento de su esposa y madre, doña VGF, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 197/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña PRA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 198/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por el daño sufrido por doña ABG y familia, tras el fallecimiento de su padre, don AGR, como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

Dictamen 199/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MNTA como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por Osakidetza-Servicio vasco de salud.

E) Revisión de oficio (12)

Dictamen 5/2020: Revisión de oficio de la Resolución del Director de Planificación y Procesos Operativos de Vivienda, de 23 de abril de 2018, por la que se impone una multa a doña MDGN por una falta grave en relación con el régimen de las viviendas de protección oficial, y de las posteriores actuaciones de ejecución de dicha sanción.

Dictamen 30/2020: Revisión de oficio de la Resolución de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 3 de abril de 2019 por la que se dispone en ejecución de sentencia el abono de la cantidad de 144,312 euros reclamada por el ertzaina CDG en concepto de indemnizaciones por razón de servicio.

Dictamen 55/2020: Revisión de oficio del acto de adjudicación de los trabajos de acondicionamiento de terreno por deslizamiento de tierras a la empresa Construcciones La Rigada SL.

Dictamen 63/2020: Revisión de oficio de determinados preceptos del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Ayuntamiento de Basauri.

Dictamen 64/2020: Revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 30 de enero de 2019 de aprobación definitiva de la 4ª modificación de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del Ayuntamiento de Azkoitia en la parte de las Áreas 3 San Martin, 24 San Juan y 25 Basarte.

Dictamen 85/2020: Revisión de oficio de la Resolución de 13 de febrero de 2019 por la que se requiere a los herederos de OZO la regularización de la situación de la parcela nº ..., planta nº ... del aparcamiento municipal de residentes de Plaza … tras el fallecimiento del titular y de la Resolución de 6 de noviembre de 2019 que autoriza la transmisión de la titularidad concesional demanial de dicha parcela.

Dictamen 105/2020: Revisión de oficio de la Resolución de 26 de diciembre de 2019 del Director General de Lanbide por la que se adjudica a la empresa AREA 7, SL, el contrato de mantenimiento y suministro de sistemas de seguridad y alarma para oficinas y centros de Lanbide.

Dictamen 107/2020: Revisión de oficio de los Decretos de Alcaldía de 21 de julio de 2010 y de 10 de agosto de 2011 y de aquellos dictados en ejecución por los que se ordena a don JMIE retirar y demoler los obstáculos colocados en el camino público ... y los rellenos realizados en este entorno sin licencia, restituyéndolo a su estado original.

Dictamen 109/2020: Revisión de oficio del contrato de servicio de gestión integral del alumbrado público formalizado el 12 de marzo de 2013 con la empresa Tecuni, S. A.

Dictamen 159/2020: Revisión de oficio de determinados preceptos del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal del Ayuntamiento de Barakaldo.

Dictamen 175/2020: Revisión de oficio del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de marzo de 2020 por la que se reconoce a don IAM la declaración de la pérdida de la condición de funcionario de carrera y el otorgamiento de una indemnización por jubilación voluntaria anticipada.

Dictamen 186/2020: Revisión de oficio del Decreto de Alcaldía de 3 de febrero de 2016 por el que se aprueba definitivamente la modificación del Proyecto de Reparcelación de la Unidad de ejecución 2 del sector 14-Ugarte Igara del Texto refundido de las Normas Subsidiarias de Azkoitia.

F) Contratos administrativos (11)

Dictamen 21/2020: Resolución del contrato administrativo de obras que tiene por objeto la ejecución del dragado del puerto de Ondarroa.

Dictamen 71/2020: Interpretación del contrato menor de servicios de gimnasia de mantenimiento para la 3ª edad adjudicado por Decreto de Alcaldía de 3 de diciembre de 2018.

Dictamen 95/2020: Interpretación del contrato administrativo de vigilancia y seguridad en centros educativos y de internamiento de menores, Palacios de Justicia, centros dependientes del Departamento de Justicia y Administración Pública y sede del Departamento de Seguridad de Erandio.

Dictamen 100/2020: Resolución de contrato de puesta a punto y mantenimiento de las áreas de juegos infantiles y biosaludables de Lasarte-Oria.

Dictamen 119/2020: Expediente de desistimiento de las promociones concertadas de 138 viviendas de protección oficial de régimen general en la parcela RV 5.A y 147 viviendas de protección oficial de régimen general en la parcela RV 6.A, y sus anejos vinculados (además de locales comerciales en el caso de que existan) en la unidad de ejecución "San Miguel/Anaka".

Dictamen 124/2020: Resolución del contrato de asistencia técnica para la realización del Plan Integral de promoción y dinamización económica de Eibar.

Dictamen 127/2020: Resolución del contrato de explotación del bar del Hogar de jubilados de Trintxerpe.

Dictamen 137/2020: Quinta modificación del contrato administrativo para la prestación del servicio de recogida y transporte de residuos domésticos en los municipios de la Mancomunidad Debagoieneko mankomunitatea.

Dictamen 139/2020: Interpretación del contrato administrativo de gestión de servicio público de ayuda a domicilio en el municipio de Ordizia.

Dictamen 144/2020: Resolución del contrato administrativo de los servicios de limpieza viaria y jardinería en el municipio de Alonsotegi.

Dictamen 145/2020: Interpretación del contrato del servicio de limpieza de los edificios e instalaciones de la Universidad del País Vasco UPV/EHU (9/18 PA lotes 1, 2, 3 y 4).

G) Acuerdos de devolución (4)

Por no ser competencia de la Comisión:

Acuerdo 1/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por doña MCV, como consecuencia de la denegación por el Departamento de Educación de la realización de su jornada de trabajo en la Delegación Territorial de … en lugar de en el edificio de Lakua de Vitoria-Gasteiz.

Acuerdo 2/2020: Proyecto de Orden por la que se crea la sede judicial electrónica correspondiente al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Acuerdo 4/2020: Reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por TELESONIC, SAU como consecuencia del suministro e instalación de equipamiento de cine adicional en varias salas de Getxo Antzokia-Musikebarri.

Acuerdo 5/2020: Resolución del contrato administrativo especial de Servicios de café merendero en el Parque Ulia.

SEGUNDA PARTE:
EXTRACTO DE LA DOCTRINA

Capítulo 1. FUNCIÓN CONSULTIVA

I. Ámbito de actuación

Como quiera que el accidente del que trae causa la reclamación se produjo mientras la interesada trabajaba como … en el Departamento de Educación y que el daño sufrido se conecta causalmente con el incumplimiento por parte de la Administración de la normativa de prevención de riesgos laborales, habiéndose declarado que la incapacidad laboral deriva de un accidente laboral, debe acudirse al cauce especifico establecido por el artículo 42.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL), y el artículo 2.e) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

La reclamante interesada sostiene, concretamente, que **los daños derivan de la obligación impuesta a fin de que realizara su trabajo en la sede central del Departamento de Educación en Vitoria-Gasteiz. Esa decisión vulneró sus derechos al incumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, tal y como fue declarado por el orden jurisdiccional social competente**.

También esgrime que tales actuaciones han supuesto un atentado contra su derecho "a la dignidad, consagrado en el art. 10 de la Constitución Española (CE) y 4.2 e) ET, a la igualdad de trato y no discriminación, a la integridad física y moral, configurado por el artículo 15 CE y 4.2 d) ET entre otros".

Ahora bien, esta segunda afirmación se formula ayuna de una mínima argumentación que enlace de una forma directa y racional los hechos y su posible subsunción en tales infracciones, siendo notorio que, de un lado, el que se tuviera que trasladar a trabajar a Vitoria-Gasteiz en modo alguno implica que fuera lesionado su derecho a la dignidad y, de otro lado, que ello no ha supuesto una conducta contraria al principio de igualdad, ya que no se ofrece ningún término de comparación, al contrario, tal decisión estuvo fundamentada en el régimen estatutario aplicable de forma general a los funcionarios públicos, sin atender a sus necesidades específicas.

Por lo que se refiere a la garantía de su integridad física y moral, no puede verse de forma desconectada de la regulación establecida en materia de prevención de riesgos laborales, cuya finalidad, precisamente, es la de velar por la misma. Como dice la exposición de motivos de la LPRL: "a partir del reconocimiento del derecho de los trabajadores en el ámbito laboral a la protección de su salud e integridad, la Ley establece las diversas obligaciones que, en el ámbito indicado, garantizarán este derecho, así como las actuaciones de las Administraciones públicas que puedan incidir positivamente en la consecución de dicho objetivo".

En este caso, hay que hacer notar que **lo que se reprocha de la Administración no es una actuación como poder público en ejercicio de sus potestades públicas, sino como empleador de la persona accidentada, porque los poderes públicos, cuando actúan como empleadores, tienen que garantizar el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo**, como expresamente establece el artículo 14.1 de la LPRL, ya que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Aunque resulta posible que, existiendo una relación laboral, el daño no derive del incumplimiento de las obligaciones derivadas de dicha relación, no sucede así en este caso. La incapacidad temporal de la reclamante ha sido calificada como accidente de trabajo y en este sentido debemos remitirnos a la Sentencia n° 90/2019, de 8 de marzo de 2019, del Juzgado de lo Social n° 3 de Bilbao. Dicha sentencia entendió que era procedente dicha calificación al amparo del artículo 156 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

En concreto, dice lo siguiente el juzgado:

> En enero de 2018 se produce una modificación de las condiciones de trabajo que implican la obligatoriedad de la demandante de acudir a Vitoria nuevamente todos los días de la semana lo que genera un agravamiento de esa patología previa con ocasión de la prestación de servicios al existir una mayor carga lumbar derivada del traslado que se trataba de evitar con la adaptación del puesto de trabajo que se llevó a cabo en 2014, por lo que existe un evento traumático que en este caso lo constituye el propio desplazamiento que genera un agravamiento del accidente previo y por ello la agravación se produce con ocasión del trabajo y como consecuencia del mismo, lo que determina que la etiología ha de ser considerada como profesional.

A ello se añade, como ya ha sido puesto de manifiesto, que la jurisdicción social ha estimado que con esa decisión se ha incumplido la deuda de seguridad que tenía la Administración como empresario (Sentencia nº 42/2018, de 6 de julio, del Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao, confirmada por la Sentencia nº 2052/2018, de 23 de octubre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco); obligación preventiva que existe por imperio de la ley, pero que se actualiza a raíz de la relación funcionarial o laboral que une a un trabajador con su empleador.

Siendo así, **la interesada está reclamando por un incumplimiento "contractual" o "materialmente contractual" del empresario**, precisamente porque nos referimos a un conjunto de obligaciones que se activan con el contrato de trabajo o, como en este caso, con el nombramiento.

Por todo ello, **la Comisión considera que la reclamación cuenta con una vía específica de reparación porque el daño deriva de un accidente de trabajo, por supuesto incumplimiento de los deberes de prevención del empresario, cuestión que debe dilucidarse ante la jurisdicción social, por lo que no resulta procedente acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración**.

Aunque no vamos a reproducirlo, por ser un tanto extenso, en la medida en que ilustra claramente el estado de la cuestión, nos remitimos al fundamento jurídico (FJ) 3º de la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) nº 483/2019, de 24 de junio** (RJ 2019/2653).

De forma resumida, con la entrada en vigor de reforma de la LRJS producida en el año 2011 corresponde a la jurisdicción social el conocimiento de las cuestiones que se susciten en materia de prevención de riesgos laborales, tanto de tutela preventiva —como ha sucedido en este caso— como de reparación de los daños —sobre la que versa la reclamación—.

Ese conocimiento se extiende aun cuando afecten al personal funcionario o estatutario de las administraciones públicas empleadoras, pues hay un propósito unificador de la resolución de los conflictos que se sustancien en la materia por una jurisdicción especializada.

Por otra parte, la normativa de prevención de riesgos laborales, con sus derechos y obligaciones, forma parte del contrato de trabajo o de la relación funcionarial o estatutaria.

Por ello, en este caso, **no estamos ante daños susceptibles de reparación por la vía de la responsabilidad extracontractual**, no es de aplicación el artículo 32 y ss. de la LRJSP, **ni se enjuician**, en puridad, **actos administrativos**. No tienen ese carácter los que declaran el motivo de la incapacidad temporal (ATS Sala Especial, de 6 de mayo de 2019), ni el contenido material de la decisión tomada por la Administración, con incidencia en materia de prevención de riesgos laborales, que ha sido corregida por la jurisdicción social (sentencias del Juzgado de lo Social nº 11 de Bilbao y de la Sala de lo Social del TSJPV).

Es claro que el derecho a la indemnización no está vinculado a la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de un acto de tal carácter, ni obviamente debe ser enjuiciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, pues esta conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, sin que tampoco constituya la presente, como hemos tenido ocasión de argumentar, una pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración [*ex* arts. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, y, artículos 1.1 y 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa].

En definitiva, entiende la Comisión que **debe inadmitirse la consulta porque la interesada cuenta con otra vía de resarcimiento**, es más, tanto por el sentido de la reclamación como por el hecho de que ha acudido a la jurisdicción social, habiendo formulado demanda de reclamación de cantidad, que ha sido admitida por el Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao, es indudable que esa es la que ha seguido para la reparación de los daños y perjuicios que alega haber sufrido en tiempo y lugar de trabajo.

ACJA 1/2020 párrs. 41 a 58

Tal y como afirma el propio proyecto de orden, **la LTICAJ ha supuesto el reconocimiento definitivo de la utilización de las tecnologías de la información por parte de la ciudadanía y profesionales en sus relaciones con la Administración de Justicia y de esta con el resto de administraciones y organismos públicos**.

El título III de la mencionada ley, dedicado al régimen jurídico de la Administración judicial electrónica, **define a la sede judicial como aquella dirección electrónica disponible para la ciudadanía a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad, gestión y administración corresponde a cada una de las administraciones competentes en materia de justicia (artículo 9.1), y dispone que las sedes judiciales electrónicas se crearán**

mediante disposición publicada en el Boletín Oficial del Estado o el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y tendrán, al menos, los siguientes contenidos:

a) Identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede que incluya el nombre del dominio que le otorgue la Administración competente.

b) Identificación de su titular, así como del órgano u órganos administrativos encargados de la gestión y de los servicios puestos a disposición de los ciudadanos y profesionales en la misma.

c) Identificación de los canales de acceso a los servicios disponibles en la sede, con expresión, en su caso, de los teléfonos y oficinas a través de los cuales también puede accederse a los mismos.

d) Cauces disponibles para la formulación de sugerencias y quejas con respecto al servicio que presta la sede (artículo 9.2).

Tales son los contenidos que aborda el proyecto de orden: artículos 3 —dirección de la sede—, 4 —titularidad y gestión de la sede—, 6 —canales de acceso a los servicios disponibles de la sede— y 8 —medidas para la formulación de sugerencias y quejas—, respectivamente. Es cierto que se incluyen también los contenidos y servicios de la sede judicial electrónica (artículo 5), pero dicho precepto sigue lo establecido en el artículo 11 LTICAJ, con algún añadido puntual de importancia limitada en el entero contexto de la regulación —incluso obedecen los nuevos servicios de las letras g) y h) del artículo 5.2 del proyecto de orden a sugerencias formuladas por el Consejo General del Poder Judicial—, los principios por los que se rige, que son plasmación de los establecidos en el artículo 9.4 LTICAJ, y la posibilidad de sedes electrónicas derivadas, que responde al esquema organizativo dimanante del artículo 10 LTICAJ.

En definitiva, se limita a dar cumplimiento a lo dispuesto en la LTICAJ a fin de dar eficacia al modelo de sede judicial electrónica fijado por la ley estatal, con el que se pretende centralizar los procedimientos y servicios que presta cada una de las oficinas judiciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, facilitando el acceso a las mismas y creando un espacio en el que la Administración de Justicia en el País Vasco, ciudadanía y profesionales se relacionen en el marco de la actividad judicial con las garantías procesales necesarias.

Como se constata, **la regulación se refiere a cuestiones organizativas e instrumentales, en las que es incontrovertida la competencia de la Comunidad Autónoma, se circunscriben al ámbito territorial de esta y se instalan en el ámbito ejecutivo sin afectar a competencias legislativas del Estado**, pudiendo entrar por la observancia de estas limitaciones dentro del campo marcado por la doctrina constitucional, que hemos comentado, al juego de la "cláusula subrogatoria".

Así, es obvio que **la regulación contenida en el proyecto de orden no se incardina en la materia "Administración de Justicia" en sentido estricto, sino en la correspondiente a los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia** (administración de la Administración de Justicia) y, por tanto, se inscribe en la esfera de la Comunidad Autónoma.

En síntesis, el artículo 9.2 de la LTICAJ da perfecta cabida al juego de la cláusula subrogatoria, "al prever la participación de las Comunidades Autónomas en la dotación de los equipamientos informáticos" (STC 224/2012, de 29 de diciembre).

La Comisión considera que **en la materia opera también la propia potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma** —artículo 10.2 EAPV—, lo que podría considerarse un título competencial concurrente en este caso con el de la ya mencionada "administración de la Administración de Justicia". Así, es la que debe tomar las decisiones correspondientes para determinar el órgano encargado de la gestión de la sede judicial electrónica y, en su caso, de las sedes electrónicas derivadas o subsedes, y garantizar el correcto funcionamiento de la llamada "administración de la Administración de Justicia" en su territorio.

Respecto a la fuente normativa que lleva a cabo la implantación de la sede judicial electrónica, que toma la veste formal de orden de la Consejera de Trabajo y Justicia, puede recordarse que, en general, la Comisión ha señalado que la potestad reglamentaria corresponde de una manera originaria al Gobierno, en virtud del artículo 29 del EAPV y artículo 16 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, y que la competencia de los consejeros y consejeras está limitada y que lo es en virtud de un habilitación expresa en una ley o bien ejercicio de una potestad reglamentaria derivada que les permite completar o desarrollar los decretos dictados por el Gobierno.

Además, los consejeros y consejeras pueden dictar disposiciones administrativas generales en materias de su departamento —artículo 26.4 de la Ley de Gobierno—, lo cual se ha entendido que lo era en cuestiones puramente organizativas o domésticas.

Pues bien, entre tales cuestiones cabría subsumir las que ocupan al proyecto de orden, a la vista del artículo 16.1.f) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de los mismos, que confiere al Departamento de Trabajo y Justicia la "provisión de medios para el funcionamiento de la Administración de Justicia". Funciones que engloban las que se encuentran detalladas en el Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Justicia, cuyo artículo 13 atribuye a la Dirección de Modernización y Mejora de la Administración de Justicia, entre otras, las funciones consistentes en "elaborar el Plan Informático correspondiente a la Administración de Justicia, prestando los servicios informáticos derivados del referido Plan" (letra b) y la de "elaborar, proponer e implantar el Plan Organizativo de las Oficinas y Servicios Judiciales, Fiscalías e Instituto Vasco de Medicina Legal y coordinar sus actividades".

Esa catalogación como norma de carácter instrumental y organizativo explica, de otra parte, que hayan sido también normas dictadas por los consejeros respectivos las que han creado las sedes judiciales electrónicas: en Cataluña, Orden JUS 183/2018, de 31 de octubre, del Consejero de Justicia; en Galicia, Orden de 22 de septiembre de 2016 de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia; y en Andalucía, Orden de 16 de noviembre de 2016, de la Consejería de Justicia e Interior. También en el caso del ámbito

territorial del Ministerio de Justicia, ha sido la Orden JUS/1126/2015, de 10 de junio, la que ha creado la sede judicial electrónica correspondiente.

Como corolario, diremos que **no resulta exigible nuestro dictamen al constatar que se trata, pues, de una disposición reglamentaria, incardinada en la facultad de organización de la provisión de los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia, que no alcanza a realizar más que una aplicación ejecutiva, y no normativa, de la legislación del Estado**.

ACJA 2/2020 párrs. 40 a 52

Llegados a este punto, 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 ─retomada más recientemente en nuestro Acuerdo 5/2018─, 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 ésta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento ─por parte de las partes contratantes─ de un deber estipulado en el contrato" (Sentencia del Tribunal Supremo ─STS─ de 25 de julio de 2000).

Siguiendo dicho criterio, el mismo Tribunal, en Sentencia de 4 de marzo de 2009, clarifica que "la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción, por una a la otras, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo ─el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC─ y otro subjetivo ─la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe─ (STS de 31 de octubre de 2007). Es aplicable el régimen de responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado por 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".

En el presente caso, el origen de la reclamación no es ajeno al negocio pactado puesto que tiene que ver con el debido cumplimiento del objeto del contrato, y las posibles consecuencias de su modificación, aunque esta se haya pactado por la empresa con un órgano incompetente.

Desde la perspectiva del reclamante, **la reclamación constituye una incidencia surgida entre la Administración y el contratista durante la ejecución del contrato y ha de encauzarse, en su caso, a través del procedimiento específico previsto en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas**, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGC), y que resulta de aplicación al presente caso por la fecha en que se adjudicó el contrato del que trae causa la controversia.

En cuanto a la legislación aplicable en concreto al contrato, **ambos lotes fueron adjudicados el 14 de noviembre de 2017** y el contrato formalizado el 11 de diciembre del mismo año.

De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 de la disposición transitoria primera 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 (LCSP), los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se rigen en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior, esto es, por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP).

Por su parte, el artículo 191.3 de la LCSP ha añadido un nuevo apartado c) a lo que ya disponía el artículo 211.1 del TRLCSP —así como 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".

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

Se confirma, por tanto, **que un contrato adjudicado durante la vigencia del TRLCSP no se rige por lo dispuesto en el artículo 191 de la LCSP, sino por lo dispuesto en el artículo 211.1 del TRLCSP, por lo que la intervención de la Comisión en este contrato solo corresponde 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 esta misma línea, esta Comisión, en consonancia con el Consejo de Estado, ha mantenido en su Dictamen 127/2020 que **los contratos administrativos adjudicados con anteriori-**

dad al 9 marzo de 2018 se rigen, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, por la normativa anterior, según lo previsto en la disposición transitoria primera de la LCSP.

Debemos, por tanto, **rechazar la consulta al no encontrarse en el ámbito de actuación de esta Comisión las reclamaciones económicas dirigidas a la Administración con fundamento en contratos adjudicados antes de la entrada en vigor de la LCSP**.

ACJA 4/2020 párrs. 30 a 41

Capítulo 2. FUENTES DEL DERECHO

I. Cláusulas interpretativas del sistema de fuentes

En segundo lugar, **no puede ser el desarrollo reglamentario de la LICAE el instrumento para realizar una labor de depuración, para determinar, ante un complejo panorama normativo, cuáles son las reglas legales que resultan aplicables**, realizando el Gobierno una labor de selección entre las previsiones contenidas en la LICAE, Ley 2/1998 y normas estatales básicas promulgadas con posterioridad a aquellas.

En principio, **las leyes autonómicas no han sido derogadas y, si son contrarias o no respetan normas básicas estatales posteriores, deben ser objeto de la oportuna acomodación por parte del legislador vasco**.

A falta de esa acomodación, **la herramienta útil prevista en el ordenamiento no es la de que el reglamento, en contra de la regulación de la ley que desarrolla, opte por recoger como normativa aplicable la posterior legislación básica estatal**. En tales casos, **la Administración cuando ejerce su función ejecutiva en materia sancionadora ha de acudir inicialmente a la ley autonómica y, si considera que se ha producido un desplazamiento por considerarse prevalente la legislación estatal, debe limitarse a inaplicar la ley autonómica**, "único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento (art. 149.3 CE)" ─por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 102/2016, de 25 de mayo─.

DCJA 81/2020 párrs. 79 a 81

II. Ley

A) Reserva de ley

Con carácter previo, hemos de efectuar dos advertencias. En primer lugar, ha de recordarse que **la potestad sancionadora administrativa debe venir establecida en norma con rango de ley** ─que la configura y enmarca su ejercicio─, actuando el decreto de desarrollo como norma que la complementa en aquello que resulte necesario para su mejor ejercicio. **Ello conlleva, de entrada, que el texto reglamentario ha de limitarse a su contenido propio, huyendo de una reproducción ─sin añadido alguno─ o de una "integración" de los textos legales pues ello supone una inadmisible confusión en cuanto a cuál sea la fuente del derecho aplicable y, a veces, puede llevar a una reformulación en ciertos extremos de la norma legal**. En todo caso, ha de preservarse la primacía de la ley, especialmente si tenemos en cuenta que el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, establece, con particular rotundidad, que "Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa". Dicha regla trae causa del artículo 117.1 de la Constitución (CE), según el cual, están "sometidos únicamente al imperio de la ley".

DCJA 81/2020 párr. 70

III. Principio de jerarquía normativa

En primer lugar, **en atención a la concurrencia de normas en las que se establecen plazos para llevar a cabo determinadas actuaciones energéticas** en el mismo ámbito —como la LSE, el todavía en vigor Decreto 178/2015 o el Decreto 25/2019 (en cuanto a la certificación de la eficiencia energética de los edificios), ya citados, y ahora el proyecto de decreto—, **ha de advertirse que los plazos previstos en la LSE son prevalentes y, en virtud del principio de jerarquía normativa, no pueden ser modificados —sin habilitación específica para ello— por una disposición reglamentaria**.

DCJA 113/2020 párr. 86

IV. Reglamentos

A) Ámbito

Si bien el órgano promotor de la norma, en el apartado "Posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias" de la consulta pública previa, señala que "No se contemplan soluciones alternativas regulatorias ni no regulatorias", podemos adelantar que **esta Comisión difiere sobre la inexistencia de una solución alternativa regulatoria del proyecto de decreto, ya que se considera más adecuado mantener la categoría normativa de orden para regular esta materia**, por las razones que se exponen a continuación.

Recordaremos, en primer lugar, que:

a) **Los precedentes del proyecto de decreto son una orden** —la Orden de 31 de octubre de 2008— y una resolución —las Instrucciones de 15 de enero de 2018, del Director de Centros y Planificación—.

b) El proyecto de decreto se presenta en aplicación de la disposición adicional cuarta del Decreto 236/2015, mientras que, hasta el momento, es una orden —la Orden de 31 de octubre de 2008— la que desarrolla la disposición adicional cuarta del Decreto 175/2007.

c) La enseñanza de las personas adultas en el Bachillerato, incluido su currículo, se regula en la Orden de 26 de julio de 2010, en desarrollo de la disposición adicional cuarta del Decreto 23/2009, de 3 de febrero, por el que se establece el currículo de Bachillerato —está pendiente de ejecución la disposición adicional tercera relativa a la EPA [Educación de Personas Adultas] del Decreto 127/2016, de 6 de septiembre, por el que se establece el currículo del Bachillerato y se implanta en la CAE—.

d) A título de ejemplo, **en el ámbito ministerial es la Orden** ECD/651/2017, de 5 de julio, **la disposición general** que desarrolla la disposición adicional cuarta, relativa a la EPA, del Real Decreto 1105/2014.

e) **La CAE carece de una ley de educación para personas adultas** como ocurre, por ejemplo, en Cataluña, Navarra, Castilla-León, Castilla-La Mancha, Canarias, Illes Balears o la Comunidad Valenciana.

En segundo lugar, se desconocen los motivos que han llevado al departamento a optar ahora por **regular el currículo específico de la Educación Básica para personas adultas** a través de un decreto, en lugar de a través de una orden, como hasta el momento, lo que **supone, además, desequilibrar la relación con el rango normativo de la disposición general en vigor en el ámbito del Bachillerato de la EPA en la CAE** —orden—.

La motivación de la elevación de la norma al rango de decreto por parte del órgano promotor resulta necesaria para su justificación, máxime cuando en las Instrucciones de 15 de enero de 2018 del Director de Centros y Planificación se reconoce la vigencia de la Orden de 31 de octubre de 2008 al referir en la parte expositiva que "La Orden de 31 de octubre de 2008, del Consejero de Educación, Universidades e Investigación, por la que se establece el currículo específico de la Educación Básica para las personas adultas y se implanta en la Comunidad Autónoma del País Vasco, conserva su vigor en lo relativo a establecer un marco abierto y flexible para realizar otros aprendizajes y prever la posibilidad de validar las competencias adquiridas en los diferentes entornos profesionales en que desempeñan sus tareas las personas adultas en el marco del aprendizaje a lo largo de toda la vida".

Tal y como viene pronunciándose esta Comisión, el ordenamiento jurídico autonómico forma un sistema en el que las normas reglamentarias han de mantenerse en el ámbito de su grupo normativo y han de ajustarse a la jerarquía normativa establecida al efecto en el artículo 50 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno; **de ahí que no sea recomendable el dictado de un decreto del Gobierno que constituya complemento reglamentario de otro decreto del Gobierno, ya que cuando ambos tienen un mismo rango, abordan un mismo objeto y se integran en el mismo grupo normativo, parece establecerse una suerte de jerarquía entre ambos, cuando dicha jerarquía es inexistente,** pues se articulan con arreglo al principio de que la norma más reciente deroga a la anterior.

Por último, se advierte que, **al incluir en el proyecto normativo el contenido de las Instrucciones** de 15 de enero de 2018 del Director de Centros y Planificación, **se elevan a rango de decreto, por ejemplo, cuestiones operativas de naturaleza informática** que, si bien son contenidos propios de una norma con rango de orden o de una resolución administrativa, en su caso exceden, en todo caso, al ámbito material de regulación de un decreto.

Y ello porque **se trata de cuestiones de funcionamiento y organización que resultan consustanciales a la facultad de los consejeros y las consejeras de dictar disposiciones administrativas generales y resoluciones en materias propias de su departamento** (artículo 26.4 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno). Sin olvidar que la inclusión de cuestiones de operativa informática en un proyecto de decreto requeriría de la modificación del mismo para su adecuación a las modificaciones que puedan producirse a ese nivel logístico.

En definitiva, se debieran extraer de la propuesta normativa las previsiones que estén dirigidas exclusivamente a los servicios internos propios de la Administración educativa y que se

limiten a organizar el funcionamiento o la operatividad del servicio, sin generar afección alguna en las personas adultas usuarias.

Por todo lo anterior, y a falta de una motivación que justifique el cambio propuesto, la Comisión recomienda que el órgano promotor reflexione sobre la conservación del rango regulatorio empleado hasta la fecha para el currículo específico para la EPA, es decir, el rango de orden, así como sobre la adecuada distribución de contenidos, distinguiendo entre aquellos aspectos propios de las disposiciones de carácter general de los que se corresponden con las instrucciones internas.

DCJA 149/2020 párrs. 121 a 129

Capítulo 3. TÉCNICA NORMATIVA

I. Estructura

Respecto a la estructura de la norma también se puede constatar que **hay modificaciones de partes de algunos artículos del Decreto 21/2012 contenidas en apartados independientes del artículo único del proyecto**, como ocurre, por ejemplo, con los siguientes: el artículo 6 (afectado por los apartados cuarto a octavo del artículo único del proyecto); el artículo 7 (modificado en los apartados noveno a undécimo de dicho artículo único); el artículo 9.1 (en los apartados decimosegundo y decimotercero); el artículo 12 (el apartado decimocuarto da nueva redacción a su párrafo 2, y el decimoquinto suprime su párrafo 3); el artículo 53 (el apartado vigesimoquinto da nueva redacción a su párrafo 1, el vigesimosexto, al párrafo 2, y el vigesimoséptimo, al párrafo 3); o el artículo 55, cuyo párrafo 2 es modificado en el apartado vigesimoctavo, y el párrafo 4, en el vigesimonoveno.

Entendemos que, **en esos supuestos en que se efectúa una modificación que afecta sustancialmente a la totalidad del precepto o que altera la numeración de los párrafos o apartados de un artículo** como resultado de las modificaciones, **estaría justificado otorgar, en un solo apartado del artículo único del proyecto, una redacción nueva a la totalidad del artículo del Decreto 21/2012 de que se trate**.

DCJA 41/2020 párrs. 94 a 95

Capítulo 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

I. Agricultura y ganadería (art. 10.9 EAPV)

Este artículo establece el **carácter obligatorio del programa de erradicación de tuberculosis en la especie caprina** en aquellas explotaciones que: i) compartan explotación o pastos con ganado de la especie bovina o formen una unidad epidemiológica; ii) sean de producción láctea; y iii) estén incluidas en el programa por resolución de la Dirección de Agricultura de la diputación foral correspondiente.

Con la aplicación de este programa se pretende alcanzar la calificación de zona indemne a la enfermedad; objetivo loable desde cualquier punto de vista.

Sin embargo, tal y como se ha apuntado en el apartado dedicado al análisis competencial, **en el ámbito de la Comunidad Autónoma, el artículo 41.4 de la LPAA señala a las diputaciones forales como las entidades con competencia para establecer los programas sanitarios y de erradicación de enfermedades de obligado cumplimiento**, cuando así lo estimen necesario para mantener el adecuado estado sanitario de las instalaciones y de los animales.

Existe, así, una notoria diferencia entre la competencia que la LPAA prevé para los órganos forales, a los que atribuye la capacidad de establecer el carácter obligatorio de los programas de erradicación de enfermedades animales, y la meramente ejecutiva que prevé este artículo del proyecto en su apartado c), ya que se parte de establecer los supuestos en los que las explotaciones caprinas deben someterse con carácter obligatorio al programa de erradicación de tuberculosis.

Por tanto, **aun siendo razonables los objetivos perseguidos, estos no permiten alterar el reparto competencial resultante de la aplicación de la LTH y de la LPAA**. De los antecedentes que figuran en el expediente se desprende que la implementación del programa de erradicación de la tuberculosis caprina tiene por objeto lograr la calificación de zona indemne de esta enfermedad para toda la Comunidad Autónoma, del mismo modo que ya ocurre con el resto de enfermedades y especies contempladas en el proyecto. **Este planteamiento justificaría una actuación unitaria o coordinada en la materia desde las instituciones comunes, pero, en cualquier caso, la Comisión Jurídica considera que el proyecto, especialmente en lo concerniente a este artículo 11, debería tener en cuenta en su formulación el citado marco legal**.

DCJA 37/2020 párrs. 73 a 77

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)

Inembargabilidad de las ayudas económicas a mujeres víctimas de violencia de género, contemplada en el párrafo 2 del artículo 84

El párrafo 2 del artículo 84 declara la inembargabilidad de estas ayudas. En desarrollo de tal principio, las declara intransferibles, estableciendo asimismo la prohibición de: a) ofrecerse en garantía de obligaciones; b) ser objeto de cesión total o parcial; c) ser objeto de compensación o descuento, salvo para el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas; y d) ser objeto de retención o embargo, salvo en los supuestos y con los límites previstos en la legislación general del Estado que resulte de aplicación.

Pues bien, en relación con las normas limitativas de la embargabilidad, el Tribunal Constitucional ha fundamentado su juicio tanto en el principio de igualdad (SSTC 53/1983 y 151/1985) como en lo exigido por el art. 24.1 de la Constitución [SSTC 113, 138 y 140/1989 (RTC 1989\113, RTC 1989\138 y RTC 1989\40)]. Así lo hace también en su STC 158/1993, de 6 mayo. El examen del precepto legal a partir del principio de igualdad llevará a apreciar si el beneficio en él introducido entraña un trato diferenciado irrazonable y desproporcionado en favor del colectivo afectado por la inembargabilidad. Por su parte, el control de la norma a la luz del artículo 24.1 de la Constitución permite advertir si el límite legal a la ejecución forzosa depara o no una desproporcionada constricción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes que puedan ostentar los acreedores de, en este caso, las personas beneficiarias de estas ayudas.

Desde esta perspectiva, **lo propuesto en el proyecto desborda el título competencial y el rango que sustenta la norma**.

Hemos de partir de lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio, de medidas urgentes para reducir la carga tributaria soportada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras medidas de carácter económico; artículo que, conforme a la disposición adicional primera del propio real decreto-ley, se dicta por el Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, en materia de legislación procesal.

Los límites a la embargabilidad de "las ayudas concedidas a las víctimas de delitos violentos a que se refiere la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual y las ayudas previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y demás ayudas públicas satisfechas a víctimas de violencia de género por tal condición" se encuentran regulados en el artículo 4 del citado Real Decreto-ley 9/2015. El apartado 2 de su artículo 4 establece que "las prestaciones y ayudas a que se refiere este artículo serán consideradas como una percepción más a efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil", de manera que no se establece una inembargabilidad absoluta sino su integración en el concepto de "salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente", a los efectos de su inembargabilidad o de la aplicación de la escala prevista en el párrafo 2 del artículo 607 de la LEC.

El artículo 607 de la LEC, por su parte, establece con carácter general la inembargabilidad del salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (apartado 1), estableciendo asimismo la escala para efectuar el embargo de las cuantías que superen el citado límite. Para el supuesto en el cual la persona embargada es beneficiaria de más de una percepción, el apartado 3 de este mis-

mo artículo aclara que esas percepciones se acumularán para deducir una sola vez la parte inembargable.

El artículo 84.2 del proyecto sometido a dictamen, por su parte, **establece una inembargabilidad absoluta de las ayudas económicas a mujeres víctimas de violencia de género; regulación que difiere sustancialmente de lo establecido en la LEC, en cuanto que no tiene en cuenta lo dispuesto en el apartado 3 de su artículo 607**.

Aunque en muchos, o incluso en la mayoría de los casos, **esas ayudas resulten finalmente inembargables por aplicación de las reglas establecidas en la LEC y en el citado Real Decreto-ley 9/2015**, lo cierto es que **pretender acometer en el proyecto ese régimen supera**, como hemos avanzado, **el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma. A ello se añadiría que, afrontarlo en una norma de rango reglamentario constituye una regulación *ultra vires***.

DCJA 129/2020 párrs. 141 a 148

Antes de iniciar el examen competencial cabe señalar que la iniciativa guarda relación con el artículo 152 de la CE —"un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma"— y su correlato, el artículo 14 del Estatuto de Autonomía, que señala en su apartado 1.a) que la competencia de los órganos jurisdiccionales en el País Vasco se extiende en el orden civil "…a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias del Derecho Civil Foral propio del País Vasco".

El anteproyecto pretende poner en marcha un recurso de casación civil propio que permita dar uniformidad a la doctrina de los tribunales sobre dicho derecho y sirva al objetivo último propio de esta clase de recursos: permitir uniformar la jurisprudencia en la interpretación y aplicación del derecho objetivo para lograr la unidad del ordenamiento jurídico.

En cuanto al soporte competencial, **ninguna duda suscita la competencia de la CAPV para el dictado de una ley que regule el recurso de casación civil vasco, a tenor de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 10.6 de su Estatuto de Autonomía** en materia de "Normas procesales y de procedimientos administrativos y económico administrativo que se deriven de las especialidades de derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco".

Así lo corrobora la STC 47/2004, de 25 de marzo, que encuadró competencialmente la regulación autonómica del recurso de casación del derecho civil gallego "sin ninguna dificultad" en el ámbito competencial "legislación procesal", cuyas reglas de distribución traza el artículo 149.1.6 de la CE, que reserva dicha legislación procesal al Estado como competencia exclusiva, "… si bien dicha reserva no es plena ni absoluta, en tanto en cuanto el citado precepto constitucional permite un espacio de normación a las Comunidades Autónomas, al señalar 'sin perjuicio de las necesarias

especialidades que en este orden [el orden procesal] se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas'".

Es dicha STC 47/2004 de 25 de marzo (que cita a su vez las SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, 83/1986, de 26 de junio, 173/1998, de 23 de julio o 127/1999) la que perfila los límites de los respectivos ámbitos competenciales, precisamente en relación con el recurso de casación.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional examinó con detenimiento tanto el alcance de la competencia autonómica en el ámbito procesal como la metodología aplicable al enjuiciamiento de las controversias competenciales que se susciten en este ámbito.

Aunque lejano en el tiempo, dicho pronunciamiento sigue siendo una referencia en la doctrina del alto tribunal cuando enfrenta el examen de asuntos en los que está en juego la competencia para establecer normas procesales especiales (así, entre las más recientes SSTC 2/2018, de 11 de enero, 54/2018, de 24 de mayo, 13/2019, de 31 de enero, 44/2019, de 27 de marzo o 132/2019, de 13 de noviembre).

La doctrina que arranca en dicha STC 47/2004, de 25 de marzo, y permanece hasta la fecha en los pronunciamientos posteriores, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) **La atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal** "responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales".

b) **El mero hecho de contar con derecho sustantivo no permite, sin más, introducir en los ordenamientos autonómicos normas procesales**.

c) **Las singularidades procesales permitidas son las que, por su conexión directa con las particularidades del derecho sustantivo autonómico**, vengan requeridas por estas.

d) **El legislativo autonómico debe ofrecer suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables** por así requerirlo las particularidades del derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la ley se puedan desprender o inferir esas "necesidades especiales" (STC 127/1999, de 1 de julio).

e) En cuanto a la justificación, **no basta con que la norma procesal autonómica represente una innovación o una mejora de la legislación procesal para una Comunidad Autónoma**, si no está soportada en una especialidad del derecho sustantivo autonómico. El Tribunal Constitucional ha rechazado, así, justificaciones de innovaciones procesales por representar "una indudable ventaja, frente a otros criterios" o que respondían a un "puro y simple prurito de perfección técnico-jurídica" o que la especialidad procesal pueda "considerarse más o menos adecuada desde la perspectiva de la política legislativa en función de la realidad".

f) Al examinar un recurso de casación propio, **el derecho sustantivo que ha de tomarse en consideración, para analizar las "necesidades especiales" y la "conexión directa" entre estas y aquel, es el derecho civil foral, especial o propio**.

g) **La existencia de un recurso de casación propio no habilita "para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento del recurso extraordinario"**. No es posible una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado.

h) **La necesidad a que se refiere la cláusula competencial del artículo 149.1.6 de la CE no puede ser interpretada como absoluta** pues con ello quedaría vacía de contenido la competencia autonómica.

Por tanto, una regulación constitucionalmente adecuada del recurso de casación propio habrá de encontrar una conexión directa con el derecho civil propio del País Vasco, y las especialidades procesales que se establezcan responder a aspectos singulares de dicho derecho cuya protección reclama la regla procesal. Esta será entonces "necesaria" para preservar, con la intensidad y eficacia adecuadas, el derecho sustantivo y las particularidades que lo informan y, por tanto, resultará ejercicio legítimo de la competencia autonómica.

Por otra parte, la STC 47/2004, de 25 de marzo, de constante referencia —y los pronunciamientos posteriores del tribunal—, avanza unas pautas metodológicas para examinar si una norma procesal autonómica constituye o no "una necesaria especialidad procesal" amparada por el título competencial autonómico.

Esta metodología ha sido sistemáticamente utilizada por el Tribunal Constitucional cada vez que se ha enfrentado al análisis de una controversia competencial sobre el artículo 149.1.6 de la CE (entre las recientes, SSTC 2/2018, de 11 de enero, 54/2018, de 24 de marzo, 13/2019, de 31 de enero, 21/2019 o 44/2019, de 27 de marzo).

La STC 54/2018, de 24 de marzo, la expone en estos términos:

> Por otra parte, desde el punto de vista metodológico, la citada STC 47/2004 (FJ 5) señaló que deben completarse tres operaciones para aplicar la salvedad competencial contenida en el artículo 149.1.6 CE y dilucidar si una norma procesal autonómica constituye o no una "necesaria especialidad" procesal que encuentra legitimidad constitucional en el artículo 149.1.6 CE: primero, ha de determinarse cuál es el derecho sustantivo autonómico que presenta particularidades; segundo, hay que señalar respecto de qué legislación procesal estatal, y por tanto general o común, se predican las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico; y, finalmente, ha de indagarse si entre las peculiaridades del ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico en la norma impugnada existe una conexión directa tal que justifique las especialidades procesales.

Esa labor de contraste con la norma procesal común o general hace necesario para nuestro posterior análisis rescatar otro aspecto de la doctrina constitucional: dados los términos en los que el bloque de constitucionalidad consagra la distribución competencial en el ámbito procesal, **la interrelación entre cualquier regulación procesal autonómica y la norma procesal general o común es inevitable, por lo que es fácil concluir que la existencia de reproducciones normativas va a ser un fenómeno habitual**.

Como es sabido, **el empleo de la técnica de la *lex repetita* no siempre es factible en términos constitucionales**. Son muchas las sentencias del Tribunal Constitucional que han tratado esta cuestión, cuya exposición sintética abordó la STC 341/2005, de 21 de diciembre, en la que se hizo un esfuerzo por sistematizar los supuestos de reproducción.

Con cita de las SSTC 162/1996, de 17 de octubre (FJ 3), y 150/1998, de 2 de julio (FJ 4), el Tribunal Constitucional señaló que "…no es Juez de la calidad técnica de las Leyes (SSTC 341/1993 y 164/1995)", pero ello no le impide advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por su inadecuación al sistema de fuentes configurado en la Constitución o porque pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía.

Entre tales prácticas legislativas se encuentran: la reproducción por ley de preceptos constitucionales (STC 76/1983, FJ 23); **la reproducción de normas básicas por la ley autonómica** (SSTC 40/1981 y 26/1982, entre otras muchas); **o la reproducción por ley ordinaria de preceptos orgánicos**. Sin embargo, el supuesto que presenta interés para nuestro posterior análisis es el del **riesgo producido cuando en la reproducción concurre el vicio de incompetencia material**.

En este campo, el Tribunal Constitucional ha distinguido, a su vez, **dos supuestos: en el primero, la norma reproducida y la que reproduce pertenecen a una materia en la que ostentan competencias tanto el Estado como la Comunidad Autónoma. En el segundo supuesto se reproducen normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencias**. En este, **la falta de habilitación autonómica lleva a la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal. En el primero, en cambio, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que la reproducción pueda producir en el caso concreto**.

Si bien, y este es el aspecto de la doctrina más relevante para nuestro examen, el Tribunal Constitucional precisa que "esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas ... por el legislador autonómico (leges repetitae) no debemos extenderla a aquellos supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida ésta en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico" (STC 47/2004, de 29 de marzo, FJ 8) —la excepción se acotó en relación con la regulación del recurso de casación gallego—.

La doctrina más reciente (así, entre otras, las antes citadas SSTC 2/2018, 54/2018 o 44/2019) sobre la reproducción de normas procesales vuelve a insistir en la misma idea: "la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión" (SSTC 71/1982, FJ 20, y 173/1998, de 23 de julio, FJ 16); esta proscripción de la reiteración o reproducción de normas procesales por el legislador autonómico (*leges repetitae*)

no es absoluta; y ha admitido la reiteración cuando solo persigue dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico dentro de sus competencias.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina constitucional expuesta, **en el caso de la reproducción de normas procesales estatales en una norma autonómica no bastará con identificar la reproducción, sino que habrá de indagarse su finalidad y funcionalidad en la concreta norma en que se integre: cuando mejore el sentido e inteligibilidad de la norma aprobada por el legislativo autonómico en el ámbito de sus competencias, el uso de la reproducción deberá ser validado**.

La cuestión, con todo —como enseguida observaremos en el examen del articulado—, no siempre es sencilla de resolver, por cuanto hay un amplio terreno para que el legislativo autonómico escoja la opción normativa más adecuada sobre la incorporación de mensajes normativos de leyes procesales generales que contribuyan a la mejor comprensión de la norma autonómica y son varias, por ello, las soluciones normativas que pueden ser constitucionalmente válidas.

Como última consideración preliminar, cabe señalar que, dentro del bloque de constitucionalidad relacionado con el examen de la iniciativa, ha de citarse también el artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma de Euskadi competencia exclusiva en materia de "Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia".

Según lo señalado, el anclaje competencial de la iniciativa se encuentra en el artículo 10.6 del Estatuto de Autonomía, pero —también según lo ya expuesto— la constitucionalidad de las reglas procesales incorporadas a una ley autonómica reguladora del recurso de casación va a depender de su adecuado fundamento —"directa conexión"— con el derecho civil vasco, no con una norma o institución concreta de este, sino considerado en su conjunto.

DCJA 189/2020 párrs. 81 a 103

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

Debemos comenzar señalando que **la Comunidad Autónoma ya tiene una regulación en materia de archivos y patrimonio documental, recogida en la Ley 7/1990, de 3 de julio, de patrimonio cultural vasco** (en adelante, Ley 7/1990). Ley que constituye el antecedente inmediato de la norma proyectada, en su capítulo VI del título III ("Del Patrimonio Documental") y capítulo I del título IV ("De los Servicios de Archivos"), cuya derogación expresa está prevista en el anteproyecto.

Dicha regulación fue objeto de una posible reforma en dos anteproyectos, cuya tramitación no llegó a culminar, en los que la Comisión emitió los dictámenes 192/2008 y 1/2016.

Sin perjuicio de reiterar las consideraciones expuestas sobre el reparto competencial en la materia de patrimonio documental y archivos, entiende la Comisión que el nuevo anteproyecto, que pretende incidir en el régimen jurídico de las administraciones públicas, exige también otro acercamiento.

Desde la primera perspectiva, como dijimos en los dictámenes citados, la regulación se entronca en sendos principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección constituyen un referente básico informador de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos ─artículo 53.3 de la Constitución (CE)─.

De un lado, con el dispuesto por **el artículo 44.1 de la CE, en el que se establece que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura a la que todos tienen derecho y, de otro lado, como complemento a dicho principio, el que figura en el artículo 46 de la CE, según el cual, los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad**.

Desde la segunda perspectiva, **los artículos 103 y 105 de la CE guardan una especial relevancia para la regulación proyectada** pues, en lo que el anteproyecto tiene de norma para mejorar la actuación de las administraciones públicas y las entidades a ellas vinculadas ─en especial, con las prescripciones sobre la gestión documental integral─ puede leerse como una plasmación del principio de eficacia y también de eficiencia enunciado por el artículo 31.2 de la CE que debe presidir dicha actuación y, en cuanto a la regulación del derecho de acceso que contempla, el texto resulta desarrollo del apartado b) del artículo 105 de la CE, que establece una reserva legal para la regulación del "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

Estrictamente por lo que se refiere al reparto competencial, partiendo de esa doble perspectiva, tendremos que analizar la iniciativa, en relación al Estado y los territorios históricos, contrastando, en primer lugar, las previsiones y preceptos de aplicación contenidos en el título VIII de la CE y en el Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) y, posteriormente, los del propio EAPV y de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos (LTH). Dicho análisis será completado con el examen de las previsiones de la legislación de régimen local en relación con esta materia.

A) En relación con el Estado

En materia de patrimonio documental y archivos, sin perjuicio de remitirnos al examen realizado en los dictámenes 192/2008 y 1/2016, y para no incurrir en reiteraciones innecesarias, nos limitaremos a indicar los títulos competenciales en liza, y recoger la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el patrimonio documental, ya que ha dado lugar a una importante controversia competencial.

En primer lugar, debemos citar **el artículo 10.19 del EAPV, que atribuye a la CAPV competencia exclusiva sobre patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico y científico, asumiendo la Comunidad Autónoma del País Vasco** (CAPV) **el cumplimiento de las normas y obligaciones que establezca el Estado para la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación**.

También **el artículo 10.20 del EAPV, que, igualmente, señala la competencia exclusiva de la CAPV sobre archivos, bibliotecas y museos que no sean de titularidad estatal**.

Sobre ambas atribuciones se proyecta el artículo 149.1.28 de la CE, que reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia de "defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicios de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas".

Ahora bien, no solo debe ser objeto de atención esa previsión constitucional, porque **la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 17/1991, entendiendo que el patrimonio histórico se inserta en el concepto cultura** —"no hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de cultura"—, **encontró en el artículo 149.2 CE una competencia estatal más amplia que la derivada de ese título concreto**.

Esto es, también está presente la competencia genérica en materia de cultura, tanto la autonómica del artículo 10.17 del EAPV como la estatal del artículo 149.2 de la CE. El precepto constitucional señala que, sin perjuicio de las competencias que puedan asumir las comunidades autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre dichas comunidades de acuerdo con ellas.

Por lo que se refiere a la **materia patrimonio documental y archivos, la STC 136/2013, de 6 de junio, condensa la doctrina jurisprudencial de interés, que se puede resumir en las siguientes ideas**:

a) La categoría legal de los bienes de interés cultural dentro del Patrimonio Histórico Español está integrada por los más relevantes del mismo, normalmente situados en alguna de las comunidades autónomas. Y a ellas, en cuanto la tengan asumida estatutariamente, debe corresponder la competencia para emitir su declaración formal, sin perjuicio de la del Estado en los supuestos singulares en que a este le viene atribuida por la Constitución y se señalan en el apartado b) del artículo 6 de la Ley estatal 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE).

b) Esa calificación constituye un requisito para que puedan gozar de singular protección y tutela, y también, por tanto, para su defensa contra la exportación y la expoliación; pero lo es asimismo para la sumisión a un régimen singular derivado de su importancia cultural y que en su propia complejidad abarca medidas de estricta protección y defensa junto a otras que no lo son y tienen naturaleza jurídica variada, de suerte que, por su amplitud de consecuencias, esa declaración tiene un alcance general respecto a todo el régimen aplicable a los bienes de interés cultural.

c) Son dos intervenciones legislativas diferentes, la calificación de documentos y la ordenación de archivos, distinguiendo la competencia para definir e integrar los elementos que componen el patrimonio documental y la competencia sobre los archivos que contienen dichos documentos.

d) La concurrencia de dos significados en la noción constitucional de "archivo": de un lado, el referido a los fondos documentales, como conjuntos orgánicos de documentos; y, de otro, el que atañe a las entidades o instituciones responsables de la custodia, conservación y tratamiento de tales fondos, permite que las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias sobre patrimonio cultural, puedan otorgar una determinada calificación a fondos documentales de su interés integrados en archivos de titularidad estatal, a los efectos de su protección, pero sin que esa calificación confiera a la comunidad autónoma facultades de disposición u ordenación sobre los fondos documentales ni sobre los archivos en que se ubican.

e) No existe obstáculo para que los fondos ubicados en archivos de titularidad estatal se integren en sistemas archivísticos de las comunidades autónomas, en cuanto ello implique una calificación que solo añada una sobreprotección a dichos fondos, pero sin incidencia en la regulación, disposición o gestión de los fondos documentales ni de los archivos en que se ubican.

f) Ha sido decisivo en la jurisprudencia constitucional para declarar la constitucionalidad de las normas autonómicas que excluyan expresamente de su regulación los archivos de titularidad estatal; por un lado, en el caso examinado en la STC 14/2013, de 31 de enero, y, por otro, el analizado en la STC 38/2013, de 14 de febrero.

La LPHE contiene las disposiciones generales en materia de conservación del patrimonio histórico español, así como en materia de defensa contra la expoliación y exportación, e incluye en su título VII las medidas específicas sobre el patrimonio documental y los archivos de titularidad estatal.

El artículo 49 de la LPHE define el patrimonio documental de forma muy amplia y en su formación atiende a una doble categorización: ser el resultado de una actividad pública —los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios— y, en el caso de ser el resultado de una actividad privada, por la antigüedad de los documentos —distinguiendo aquellos generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical y religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas—, añadiendo la posibilidad de que se declaren documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada, merezcan dicha consideración.

Puesto que el artículo 60 de la LPHE somete al régimen de los bienes de interés cultural, esto es, los que gozan de singular protección y tutela, a los inmuebles destinados a las instalaciones de archivos de titularidad estatal, así como a los bienes muebles integrantes del

patrimonio histórico español en ellos custodiados, es obvio que en tales casos la declaración autonómica de patrimonio documental solo provocará una sobreprotección a dichos fondos.

En materia de régimen jurídico de las administraciones públicas, la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en materia de "organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno dentro de las normas del presente Estatuto". Tal competencia ha quedado **condicionada, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, por la que ostenta el Estado reconocida en su artículo 149.1.18 de la CE en materia de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas**.

Esta competencia ha sido analizada de forma reiterada por el Tribunal Constitucional. Basta ahora con referirnos a lo señalado por la STC 132/2018, de 13 de diciembre, dictada en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante LRJSP):

> El título relativo a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE) permite «establecer los elementos esenciales que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones públicas» (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3); esto es, los principios y reglas básicos sobre los aspectos organizativos y de funcionamiento de todas las Administraciones públicas, garantizando un régimen jurídico unitario para todas ellas (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 5, y 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 24). Incluye normas sobre la «composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas» (SSTC 32/1981, FJ 6; 50/1999, FJ 3; 143/2013, de 11 de julio, FJ 5), «las potestades administrativas que se confieren a dichas entidades para el cumplimiento de sus fines» (STC 227/1988, FJ 24) o las «relaciones interadministrativas» (STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 18). La densidad de las bases «podrá ser tanto mayor cuanto más directa sea la finalidad de garantizar un trato común a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración» [SSTC 93/2017, de 6 de julio, FJ 7, y 55/2018, FJ 4 a), citando la STC 50/1999, FJ 3]. No cabe «atribuir a las bases estatales la misma extensión e intensidad cuando se refieren a aspectos meramente organizativos internos que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a la esfera de derechos e intereses de los administrados, que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación» [SSTC 93/2017, FJ 7, y 55/2018, FJ 4 a), citando la STC 50/1999, FJ 3].
>
> La garantía de un tratamiento común ante las Administraciones es «el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia»; su «establecimiento cabe, por tanto, que responda 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, FJ 6). En este sentido, la STC 93/2017, FJ 7, ha considerado bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas determinadas previsiones de la —ahora derogada— Ley 30/1992 sobre los consorcios (en particular, la obligación de adscripción y la serie cerrada y jerarquizada de criterios para cumplirla), que responden a los «principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), en conexión con los principios de legalidad (arts. 103.1 y 133.4 CE) y control del gasto público (art. 136 CE)».

> En cualquier caso, las bases, tanto si «responden a la necesidad de garantizar un tratamiento común a los administrados como a la consecución de otros intereses generales», no pueden alcanzar «un grado tal de detalle y de forma tan acabada o completa que prácticamente impida la adopción por parte de las Comunidades Autónomas de políticas propias en la materia mediante el ejercicio de sus competencias de desarrollo legislativo» (STC 130/2013, FJ 6). La competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica (art. 150 EAC), que invoca la Abogada de la Generalitat de Cataluña, «ha sido reconocida por este Tribunal en diversas ocasiones como algo inherente a la autonomía» (STC 227/1988, FJ 24); y «tiene como contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas» [STC 93/2017, FJ 7 a), citando la STC 50/1999, FJ 3].

Partiendo de esa competencia estatal, **varias normas estatales tienen incidencia en el anteproyecto por incorporar normativa básica en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas, muy destacadamente, la mencionada LRJSP**, en particular el capítulo V del título preliminar —funcionamiento electrónico del sector público— y su artículo 46, relativo al archivo electrónico de documentos. También cabe citar el artículo 156, **donde se alude al Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI) y al Esquema Nacional de Seguridad (ENS)**.

El ENI y el ENS fueron establecidos anteriormente por el artículo 42 de la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (derogada por la Ley 39/2015), habiéndose dictado el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica, y el Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad, en el ámbito de la Administración Electrónica, ambos aplicables a todas las administraciones públicas, al dictarse al amparo de la competencia del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas (artículo 149.1.18 CE).

Es importante asimismo citar la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común (en adelante, LPAC), en particular el capítulo I —Normas generales de actuación— del título II —De la actividad de las Administraciones Públicas—, y sus artículos 13.d) —derechos de las personas en sus relaciones con las administraciones públicas—, 17 —archivos de documentos—, 26 —sobre la validez de los documentos públicos administrativos—, 27 —validez y eficacia de las copias— y 28 —documentos aportados por los interesados—.

De forma indirecta, en el contexto del procedimiento administrativo común (título VI), artículos 53 —derechos del interesado—, 70 —expediente administrativo—, 75.2 —aplicaciones y sistemas de información utilizados— y disposición transitoria 1ª —archivos de documentos pertenecientes a procedimientos administrativos—. En el contexto del procedimiento de elaboración de disposiciones generales (título VI), el artículo 129.5 (acceso a los documentos).

Igualmente la disposición adicional 2ª —para cumplir con lo previsto en materia de registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, archivo electrónico único, plataforma de intermediación de datos y punto de acceso general electrónico de la Administración, las comunidades autónomas y las entidades locales podrán adherirse voluntariamente y a través de

medios electrónicos a las plataformas y registros establecidos al efecto por la Administración General del Estado—, cuya constitucionalidad ha declarado la STC 55/2018, de 24 de mayo, siempre que se interprete en los términos del FJ 11.f).

Del análisis del Tribunal Constitucional destacamos el siguiente razonamiento:

> La disposición impugnada promueve en primer término la adhesión de las Comunidades Autónomas y los entes locales a las plataformas y registros electrónicos centrales. No por ello vulnera la autonomía organizativa de unas y otros. Establece, literalmente, que «podrán adherirse voluntariamente» (párrafo primero) u optar «por mantener su propio registro o plataforma» (párrafo segundo). La adhesión es, pues, voluntaria. Resulta evidente que el precepto favorece la utilización voluntaria de las plataformas centrales sin excluir cualquier otra solución organizativa. Al admitir que, en cuanto instancias políticas competentes para autoorganizarse, las Comunidades Autónomas y los entes locales pueden optar «por mantener su propio registro o plataforma», la previsión consiente, por ejemplo, fórmulas tales como la configuración consorciada o mancomunada de sistemas electrónicos o la adhesión voluntaria a los recursos de una administración diferente de la general del Estado (p. ej., la adscripción de un municipio a los recursos electrónicos de su Comunidad Autónoma.

En cuanto al acceso a los documentos, tiene una importancia capital la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LT), que en su artículo 13 define la información pública como "los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o su soporte, que obren en poder de algunos de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones".

También es preciso mencionar, como normas generales, la Ley estatal 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que, como dice su exposición de motivos, "aporta un valor añadido al derecho de acceso, contemplando el marco de regulación básico para la explotación de la información que obra en poder del sector público".

En principio, con los límites enunciados, se puede afirmar que la CAPV ostenta competencia suficiente para abordar la regulación proyectada.

B) En relación con los territorios históricos

También debemos partir de ese doble encuadre competencial para examinar el reparto instituciones comunes-territorios históricos.

En cuanto a patrimonio documental y archivos, en los dictámenes 192/2008 y 1/2016 señalamos que la competencia estatutaria es objeto de distribución interna entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los territorios históricos a través de la **LTH**, cuyos **artículos 7.a).12) y 7.b).5 contienen las reglas básicas de distribución de funciones en esta materia**.

El primero de los preceptos indicados atribuye a **los órganos forales de los territorios históricos la competencia exclusiva sobre "Archivos, Bibliotecas, museos e Instituciones relacionadas con las Bellas Artes y Artesanía, de titularidad del Territorio Histórico".** Con arreglo al segundo de los indicados artículos, se atribuye a los territorios históricos **"el desarrollo y la ejecución de las normas emanadas de las Instituciones comunes en materia de conservación, mejora, restauración o, en su caso, excavación del Patrimonio Histórico, Artístico, Monumental y Arqueológico"**.

Entiende la Comisión que, en relación a la iniciativa, existe, en suma, un doble reparto competencial. El primero atiende a la materia archivo, quedando excluidos del ámbito del anteproyecto aquellos archivos de titularidad de los entes forales, mientras que el segundo atiende a la materia patrimonio documental, donde se plasma una distribución que responde al esquema normas básicas/normas de desarrollo y ejecución. Conforme al artículo 8.2 de la LTH, en las materias en las que corresponde a los territorios históricos el desarrollo normativo y la ejecución, tienen las siguientes potestades: a) de desarrollo normativo de las normas emanadas de las instituciones comunes; b) reglamentaria; c) administrativa, incluida la inspección; d) revisora en vía administrativa.

Si partimos de la materia archivo, el anteproyecto ha de excluir los archivos forales, pero también ha de ordenarse desde la competencia completa de las instituciones comunes sobre sus archivos, sin que tenga que reconocer atribución alguna a las diputaciones forales en la materia. **Al ser la titularidad del archivo lo decisivo, hay una exclusión competencial recíproca**. Sin embargo, **si atendemos a la materia patrimonio documental, la regulación puede abarcar a los fondos de archivo y documentos de las instituciones forales, en tanto que integrantes también de citado patrimonio, pero a la vez no cabe ignorar que estas ostentan una competencia de desarrollo legislativo y ejecución.**

En suma, **las competencias de las instituciones comunes sobre patrimonio cultural permiten aprobar el régimen básico de los bienes muebles calificados como patrimonio documental vasco que, en su caso, podrá incluir la de otorgar una determinada calificación a fondos documentales integrados en archivos forales, a los efectos de su protección, pero sin que puedan ejercitar facultades de disposición u ordenación sobre los fondos documentales ni de organización y funcionamiento sobre los archivos en que se ubican**. Los territorios históricos deben disponer de una margen normativo y potestades de ejecución en materia de patrimonio documental.

Todo ello, siempre y cuando no se quiera alterar el régimen dispuesto por la LTH, al no formar parte de las materias que conforman el núcleo constitucional y estatutario de la foralidad, pero para ello deberá procederse siguiendo los requisitos fijados por la doctrina de la Comisión Arbitral (Decisiones 5/2003, de 3 de noviembre, y 1/2005, de 8 de febrero):

> La alteración del esquema de distribución competencial de la LTH, de su contenido material, requiere desde un punto de vista formal una norma con rango de ley dictada por el Parlamento Vasco, que articule de forma directa, expresa y fundada dicha modificación, ya que de lo contrario, la propia LTH se vería desprovista de su propia función de encaje competencial básico en la Comunidad Autónoma del País Vasco. La técnica legislativa para hacerlo factible

puede ser variable, desde una disposición general de reforma global de la LTH, título habilitante de una posterior regulación concreta diversa de la hasta entonces existente o una ley singular o sectorial que expresamente delimite la nueva distribución competencial que se propone realizar junto con la modificación del esquema de reparto competencial de la LTH. Solo así se podrán conjugar la seguridad jurídica y el respeto del actual reparto competencial, contenido fundamental de la LTH, con las exigencias de su cambio y adaptación a lo largo del tiempo y la no existencia de mecanismos especiales, desde un punto de vista formal y de jerarquía normativa, para su modificación.

Por lo que se refiere al segundo ─**régimen jurídico de la administraciones públicas**─ resulta oportuno citar la **Decisión de la Comisión Arbitral 1/2019, de 20 de junio de 2019**, relativa a las cuestiones de competencia 1/2019, 2/2019, 3/2019, planteadas, respectivamente, por la Diputación Foral de Álava, Diputación Foral de Bizkaia y Diputación Foral de Gipuzkoa, en relación con la "Proposición de Ley para la creación de la oficina de buenas prácticas y anticorrupción" formulada por el grupo parlamentario EH Bildu.

La Comisión Arbitral parte para su enjuiciamiento de diversos preceptos:

a) Por un lado, el artículo 37.3.a) del EAPV, que reconoce a los órganos forales la competencia exclusiva dentro de sus respectivos territorios en lo que hace referencia a la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones. Lo que ha quedado recogido en el artículo 7.a).1 de la LTH, y en el artículo 8.1.a) de la LTH, según el cual, en las materias de competencia exclusiva de los territorios históricos, tienen estos la potestad normativa, aplicándose las normas emanadas de sus órganos forales con preferencia a cualesquiera otras. De esta forma, a las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma se les reserva la legislación y la ejecución de todas aquellas materias que, correspondiendo a la Comunidad Autónoma según el Estatuto, no se reconozcan o atribuyan a los órganos forales de los territorios históricos (art. 6.1 LTH).

b) De otro lado, el artículo 10 del EAPV, del que se concluye, a partir de sus apartados 2, 6 y 24 y de la doctrina constitucional elaborada en relación con los mismos, que el EAPV no configura la autonomía organizativa de los órganos forales como un compartimento estanco, del todo resistente a la labor del legislador autonómico, que tiene competencia exclusiva en la organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno.

De esa forma, **"el Parlamento puede incidir dentro de la autonomía organizativa de los órganos forales, en la búsqueda de un estándar común, homogéneo, para el conjunto de las administraciones públicas con presencia en la CAPV, siempre que no afecte el núcleo intangible de la foralidad que resulta ser el mínimo sin el que desaparecería la imagen misma de la foralidad, imagen que debe preservar como se indicaba líneas arriba, sus rasgos organizativos como su propio ámbito de poder"**.

La Comisión Arbitral también se ha hecho eco de la doctrina de esta Comisión (dictámenes 105/2012, 120/2014, 138/2015, 127/2016), que, de manera reiterada, ha señalado que la autonomía organizativa de los órganos forales no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente del legislador autonómico, en cuanto institución que forma parte de los poderes del País Vasco y sujeta su

intervención a los siguientes límites: I) que no cuestione sus rasgos organizativos; II) que no desdibuje la imagen identificable de su régimen foral tradicional; III) que encuentre adecuado soporte en preceptos constitucionales; y IV) que tenga carácter principial.

En concreto, tras aludir al primero de los dictámenes citados, a su apartado 148 —"En tanto Administración pública, sin embargo, es posible una intervención del legislador autonómico, al servicio de una idea común de la que han de participar todas las administraciones públicas autonómicas, y que se traduce en principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento aplicables a todas ellas"—, concluye que:

> la conciliación de ambos preceptos debe buscar el debido equilibrio entre el respeto a la autonomía y capacidad autoorganizativa de, en nuestro caso, las administraciones forales, estatutaria y legislativamente reconocida, sin que ello sea óbice para que el legislador autonómico pueda fijar un mínimo común denominador a todas ellas, lo que debe acentuarse, añadimos, en los supuestos en los que la regulación está dirigida a preservar que las relaciones de las administraciones vascas con los ciudadanos estén presididas por unos principios comunes.

Ese doble entronque competencial tendrá consecuencias sobre la regulación y obligará a revisar determinadas prescripciones del anteproyecto.

C) En relación con las entidades locales

Es innegable **la competencia del legislador autonómico para ordenar el régimen jurídico de las administraciones locales al amparo del artículo 10.4 del EAPV, que incluye el "Régimen Local"** como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, preservando lo dispuesto en la normativa básica estatal y el núcleo inherente a la autonomía local constitucionalmente garantizada.

Baste ahora con recordar que, como tempranamente dijo el Tribunal Constitucional, "...la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto las atañe, los órganos representativos de la Comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible" (STC 32/81, 4).

En lo referente a las entidades locales, seguiremos nuevamente los dictámenes 192/2008 y 1/2016, con las actualizaciones derivadas de la aprobación de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi (LILE).

La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), dispone en su artículo 25.2 que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en materia de (a) "protección y gestión del Patrimonio histórico" y (m) "promoción de la cultura y equipamientos culturales".

Dentro de tales equipamientos se incluyen con naturalidad los archivos municipales en los que se han de conservar los documentos generados por los ayuntamientos.

Otras previsiones de la LBRL permiten inferir, asimismo, que deben contar con un archivo; así, lo dispuesto en su artículo 70.3 ─"Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada"─.

Por otra parte, la LILE, que pretende fijar un marco jurídico estable, una norma integral que garantice unos elevados niveles de autonomía municipal efectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma, incluye en el **artículo 17.1** entre las materias que constituyen competencias propias de los municipios la "ordenación y gestión del uso de servicios, equipamientos, infraestructuras e instalaciones de titularidad pública" (3), la "ordenación y promoción de la cultura y de actividades culturales y gestión de equipamientos culturales de uso público" (20) y la "protección, gestión y conservación del patrimonio histórico municipal y elaboración y aprobación de planes especiales de protección y catálogos" (21).

En el **artículo 43 de la LILE** se reconoce a los vecinos de un municipio el derecho a la "cultura y a acceder a los bienes de patrimonio cultural".

En materia de autoorganización, el **artículo 10 de la LILE** enuncia que los municipios, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Europea de Autonomía Local, establecerán por sí mismos la organización y las estructuras administrativas e instrumentales necesarias para el ejercicio de sus competencias, con la finalidad de hacer efectivo el principio de buen gobierno y de buena administración, así como una gestión eficaz y eficiente de los recursos públicos en clave de sostenibilidad financiera.

Por su parte, hay un reconocimiento expreso, *ex* artículo 17.1.30) de la LILE, de la competencia propia en materia de "ordenación y gestión de estructuras de participación ciudadana, transparencia, buen gobierno y acceso a las nuevas tecnologías. Administración electrónica, racionalización y simplificación de procedimientos. En particular, la promoción en el término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones".

En esa materia los municipios han de ajustar sus decisiones a la legislación básica estatal ─LRJSP, LPAC y LT─, así como a las reglas recogidas en el título VI de la LILE, "Gobierno abierto, trasparencia, datos abiertos y participación ciudadana". El acceso a información pública queda regulado por la legislación básica en materia de transparencia y la LILE (artículo 47.2.b LILE).

Una última consideración se hace precisa por lo que se refiere a la Administración electrónica, en tanto que el artículo 36.1.g) de la LBRL prevé como competencias propias de las diputaciones de régimen común ─condición que parcialmente también reúnen las diputaciones fora-

les (disposición adicional segunda.2 LTH) ─, la prestación de los servicios de Administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes.

Al ser enjuiciada en la STC 111/2016, de 9 de junio, el alto tribunal dijo lo siguiente:

> La previsión impugnada en modo alguno transfiere en bloque a la diputación provincial toda la prestación de servicios de administración electrónica y de la contratación de municipios de menos de 20.000 habitantes; una traslación semejante, general e indiscriminada, ni la pretende el legislador ni resultaría compatible con la potestad de autoorganización inherente a la autonomía constitucionalmente garantizada a todos los municipios (art. 137 CE), también a los de menores dimensiones. En realidad, el art. 36.1, letra g), LBRL, se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión», que estaba ─y sigue─ estando prevista como base del régimen local [art. 36.1, letra b), LBRL]. Hay que tener en cuenta, además, que el art. 31.2 a) LBRL dispone como fines propios y específicos de las diputaciones provinciales los de «garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales» y, de modo particular, el de «asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal». Por ello, lo que pretende el precepto es dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20.000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir. En definitiva, se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada administración electrónica. Solo en este sentido, que se desprende naturalmente de interpretación conjunta de los citados artículos de la Ley reguladora de las bases del régimen local, puede entenderse el precepto impugnado.
>
> Hay que tener en cuenta, que el art. 149.1.18 CE autoriza una legislación básica estatal que desarrolle «el apoyo a los Municipios» como «núcleo» de la actividad de la provincia, «en cuanto entidad local determinada por la agrupación de Municipios (art. 141.1 CE)» con autonomía constitucionalmente garantizada (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2). A su vez, las tareas provinciales de cooperación con (o asistencia al) municipio, lejos de vulnerar la autonomía municipal, contribuyen a facilitar su desarrollo efectivo, por lo que no pueden entenderse infringidos los arts. 137 y 140 CE.

DCJA 190/2020 párrs. 45 a 98

Capítulo 5. ÁREAS

I. Administración Pública

A) Órganos colegiados

Además de la Dirección y Servicio de Gestión, se crean dos órganos colegiados multidisciplinares: el Consejo de Archivos y Patrimonio Documental de Euskadi y la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi.

El primero responde a un órgano colegiado compuesto por representantes de distintas administraciones públicas, en cuyo caso podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento, y quedará integrado en la Administración Pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura jerárquica de esta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

Dicho consejo **pretende ser un punto de encuentro entre todos los sistemas archivísticos —el autonómico, el local y el universitario y, en su caso, el foral si se incorpora voluntariamente— para la cooperación y coordinación archivística**.

Sorprende que sea ese su sentido y, sin embargo, se configure "para el asesoramiento a la Dirección del Sistema de Archivos de Euskadi en las materias de su competencia".

En cuanto a sus funciones, llama la atención el desdoblamiento del anteproyecto en una cuestión sensible para la protección del patrimonio documental, puesto que **al Consejo le corresponde, artículo 25.2.b), la de "informar en los procedimientos de declaración y de exclusión relativos al Patrimonio Documental de Euskadi correspondientes a documentos de titularidad de entidades del sector público no integradas en el Sistema de Archivos de Euskadi, tal y como se recoge en los artículos 17.6, 18.3 y 19.4 de la presente Ley**". En tanto que **a la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi le corresponde informar en tales procedimientos, cuando sean documentos de titularidad privada y documentos de titularidad pública de entidades del sector público integradas en el Sistema de Archivos de Euskadi**.

Ese desdoblamiento, como el propio artículo lo enuncia, ya se dibuja en preceptos anteriores (17.6, 18.3 y 19.4) y se complementa, con lo dispuesto sobre la comisión en el artículo 28.2.e) del anteproyecto.

No existe ninguna explicación de por qué deben informar dos órganos distintos, lo que conduce a que puedan seguir criterios dispares. Esa fragmentación no resulta recomendable pues es la decisión más importante que debe adoptarse, ya que implica un pronunciamiento expreso sobre su valor cualificado e imperecedero, lo que condiciona la efectiva protección y defensa de los documentos del patrimonio documental —también es trascendental la del expurgo, pero esta debe tomarse en el curso del ciclo de vida normal de los documentos de titularidad pública—.

Tiene además otras consecuencias no menos relevantes ya que en el Consejo se encuentran representantes de las distintas administraciones —lo que no sucede en la comisión— y en particular de las tres diputaciones forales, lo que permite que, si bien tal declaración y extinción quede en manos de las instituciones comunes, por lo menos los territorios históricos participen informando el expediente integradas en el consejo.

De igual forma, **disponiéndose la integración en el Sistema de Archivos de Euskadi de los sistemas de archivo locales y universitario, no se comprende que ningún papel tengan en el procedimiento de declaración o extinción de los documentos de su titularidad. Excluir a los municipios y a la Universidad del País Vasco de tal tarea en un ámbito de interés local o universitario no se compadece con la autonomía que tienen constitucionalmente reconocida**.

Respecto a la **Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi**, se define en el artículo 28.1 como "el órgano colegiado multidisciplinar encargado de valorar todas las tipologías y series documentales generadas por las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley adheridas al Sistema de Archivos de Euskadi que no cuenten con comisión propia".

Es preciso recordar que, previamente, el artículo 11 del anteproyecto contiene la disciplina aplicable a la valoración y selección de los documentos de titularidad pública, en lo que ahora importa:

a) Todos los documentos de titularidad pública serán valorados, de modo que se determinen sus plazos de conservación o eliminación y sus condiciones de acceso. Estas decisiones serán recogidas en los calendarios de conservación y acceso de cada entidad.

b) La valoración será efectuada por comisiones interdisciplinares específicas encargadas de dictaminar en la materia. Estas comisiones de valoración, selección y acceso a los documentos de las entidades públicas estarán reguladas normativamente por sus propias instituciones. En caso de no contar con comisión propia, las entidades públicas integrantes del Sistema de Archivos de Euskadi someterán sus propuestas a la Comisión de Valoración, Selección y Acceso de los Documentos del Sistema de Archivos de Euskadi.

c) El procedimiento de valoración deberá incluir un estudio de identificación de la documentación que se somete a valoración. En dicho estudio se incorporarán, al menos, información descriptiva de la documentación, la normativa que la regula, el tipo o tipos de documentos de que se compone, si contiene o no datos especialmente protegidos y, en su caso, a qué procedimiento o actuación administrativa corresponde. Asimismo, se indicarán sus posibles valores, entendiéndose como tales el valor administrativo original y su potencial valor legal, jurídico, fiscal, histórico, científico, cultural, testimonial o informativo, en función de la información que contengan los documentos. A cada estudio se deberá acompañar copia de uno o varios ejemplos de la documentación a valorar, para facilitar el trabajo de la comisión, así como una propuesta de calendario de conservación y acceso.

d) Los calendarios de conservación y acceso aprobados por las respectivas comisiones deberán ser publicados en el boletín oficial correspondiente a cada Administración.

e) La documentación de titularidad pública no podrá ser expurgada sin la aprobación previa de la comisión de valoración, selección y acceso competente sobre ella.

De forma sintética, **tales comisiones han de ser creadas por las correspondientes administraciones y se han de ocupar, primero, de aprobar los calendarios de conservación y acceso y, después, con arreglo a tales calendarios, han de valorar los documentos y decidir si se conservan o se eliminan**.

Con el matiz de que el artículo 30.b) del anteproyecto, aparentemente de forma discordante, establece que los acuerdos sobre calendarios de conservación y acceso serán adoptados por la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi por mayoría de las personas asistentes, pero "sometidos a la aprobación por el titular del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de archivos y patrimonio documental".

Erigida la obligación de creación de un determinado tipo de órgano, que podría estar justificada por la exigencia de la evaluación e, incluso, que la efectúe una comisión calificadora, hay una consecuencia añadida porque, **si la entidad afectada no la crea, la intervención de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi se impone de forma subsidiaria**. En tal caso, no podemos dejar de advertir que dicha intervención se proyecta sobre toda la actividad de los municipios y la universidad, y que podría llegar a condicionar, seriamente, su funcionamiento y actividad, al decidir los plazos y valorar sus documentos.

Una opción más respetuosa con su autonomía podría ser que la ley recogiera la posibilidad de que tales entidades puedan encomendar a la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi la valoración de todas las tipologías y series documentales generadas por las mismas, manteniendo su responsabilidad respecto a la fijación del calendario de conservación y acceso y la decisión sobre el expurgo, que tendrían que tomar los órganos que designen atendiendo las propuestas que la comisión les formule.

Tal alternativa encaja en la encomienda de gestión regulada en el artículo 11 de la LRJSP, que debe formalizarse conforme a lo dispuesto en su párrafo 3.

DCJA 190/2020 párrs. 252 a 267

II. Archivos

En tercer lugar, la ley quiere "crear un Sistema de Archivos de Euskadi, bajo criterios de transversalidad, cooperación y eficiencia. Los dos Departamentos promotores son corresponsables del ciclo de vida completo de la documentación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi y han creado estructuras de gestión que el Anteproyecto quiere integrar

en un único sistema, proporcionándoles los medios humanos y tecnológicos precisos para hacerlo viable. Además, el sistema posibilita y fomenta la integración de los archivos privados y de los de las Administraciones Forales".

Tampoco cabe poner en duda el acierto de la iniciativa en este aspecto, pero no podemos olvidar que la Ley 7/1990 plasma una regulación más concisa, completada por el Decreto 232/2000, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Archivo y las normas reguladoras del Patrimonio Documental del País Vasco. Asimismo, se eleva a la ley el diseño del Sistema de Archivo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, reconvertido en Sistema de Archivo del Sector Público de la Comunidad Autónoma, contenido en el Decreto 174/2003, de 22 de julio, de organización y funcionamiento del Sistema de Archivo de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

Se trata de opciones normativas que no cabe objetar, como dijimos en el Dictamen 192/2008, ya que en nuestro ordenamiento la ley puede entrar a regular cualquier aspecto de la materia, si bien no debemos olvidar que la mayor rigidez formal de la ley puede dificultar en el futuro la reforma de sus previsiones, sin que el reglamento pueda desplegarse contradiciéndolas, por imperativo del principio de jerarquía.

Al ser incluida en la ley, eso sí, quedará congelada una determinada estructura interna, en la que se desciende, además, en el ámbito de la Administración General de la Comunidad Autónoma al menor escalón administrativo, visto el rango y naturaleza de los órganos gestores de los dos sistemas —sendas direcciones departamentales y unidades administrativas—.

En cualquier caso, se hace preciso, advertir que **esa visión del ciclo de vida completo de los documentos no implica la disolución de la doble competencia que se ejercita a nivel interno, la correspondiente a cultura —gestión y protección del patrimonio histórico, museos, bibliotecas y archivos— y gobernanza pública —organización administrativa, organización y procedimiento de las administraciones públicas, administración digital, gobierno electrónico y política de transparencia—, y suscita la duda sobre la idoneidad de la solución organizativa para garantizar la correcta viabilidad técnica y jurídica del sistema, pues desde el campo de la cultura**, atendido el liderazgo que se le atribuye al citado departamento, **se han de elaborar las normas técnicas de gestión documental del Sistema de Archivos de Euskadi y se ha de coordinar su aplicación**.

DCJA 190/2020 párrs. 157 a 161

Existe una distinción entre los municipios y demás entidades locales según si son de más o de menos de diez mil habitantes. Los primeros han de disponer de los medios necesarios para prestar "autónomamente" los servicios de archivo en los términos expresados en esta ley (artículo 37.4), **mientras que los segundos** han de disponer de tales medios a secas (artículo 38.1).

Ese “a secas”, supone, en puridad, que “dichas entidades” “**podrán mancomunar con otras entidades municipales o supramunicipales los medios necesarios para el cumplimiento de los preceptos de la presente Ley, siempre bajo la condición de que sus fondos documentales queden correctamente diferenciados**” (artículo 38.2).

Se establece una diferencia de trato, pero no respecto al propio servicio, sino sobre la forma en que pueden ejercer su competencia.

Todos los ayuntamientos deben tener tales sistemas de archivo porque no pueden desarrollar sus actividades ni prestar servicios sin documentos y sin organizar su gestión, y el artículo 16 del anteproyecto dispone, sin excepción, que no podrán contratar “la gestión integral de los documentos, la dirección del sistema de archivo y el servicio de consulta de documentación”. Cabe pensar que tal restricción obedece a que tales funciones han de ser atribuidas a funcionarios públicos porque implican una participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales atribuidos a las administraciones públicas (artículo 9.2 del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

En la lógica que sigue el anteproyecto **lo que se quiere es impedir a los de más de diez mil habitantes que acudan a fórmulas mancomunadas, lo que, a juicio de la Comisión, ha de ser reconsiderado. La potestad de autoorganización de los municipios, se proyecta, como así lo enuncia el artículo 10.3 de la LILE, “asimismo, en el derecho a acordar fórmulas asociativas para la realización de obras o prestación de los servicios públicos locales**. En especial, la prestación de servicios por mancomunidades y consorcios salvaguarda expresamente, de acuerdo con lo previsto en la Carta Europea de Autonomía Local, el principio de subsidiariedad y el de proximidad, así como el de autonomía local”. Y recalca el artículo 102.1 de la LILE, “Las mancomunidades de municipios y otras fórmulas asociativas de entidades locales podrán constituirse como fórmula adecuada para la gestión compartida de realización de obras y prestación de los servicios públicos derivados de los ámbitos materiales previstos en el artículo 17 de la presente ley, y de los servicios que en todo caso deban prestar los municipios, así como cuando respecto de estos últimos sea necesario ofrecer por parte del municipio afectado una solución institucional que represente una mejora en los costes efectivos o en los estándares de calidad del servicio, de acuerdo con lo establecido en la presente ley y en lo que se determine en la normativa foral correspondiente”.

Las mancomunidades encarnan los intereses de los municipios que las constituyen y el derecho a promover la gestión mancomunada de los servicios públicos (STC 44/2017) “es, simplemente, una expresión o desarrollo de la autonomía que tienen constitucionalmente reconocida los municipios (arts. 137 y 140 CE)”.

DCJA 190/2020 párrs. 282 a 287

III. Derecho civil foral

En cuanto a la justificación de incluir a los autos en el objeto del recurso de casación, la memoria final advierte, en primer término, que **hay autos definitivos dictados en apelación por las Audiencias que aplican o interpretan normas sustanciales** —no exclusivamente procesales— **del derecho civil vasco y que, por ello, son susceptibles de aplicar o avan-**

zar interpretaciones más o menos acertadas de normas sustanciales del derecho civil vasco o relativas a las peculiaridades procesales que respondan a las mismas.

Se avanzan ejemplos de dichos autos de las Audiencias Provinciales referidos en el artículo 245.b de la LOPJ y artículo 206.1.2º de la LEC, que responden a un contenido sustantivo potencialmente vinculado a normas de derecho civil vasco.

Así: (i) **aquellos sobre presupuestos procesales** del artículo 245.b de la LOPJ y 206.1.2º de la LEC **referidos a normas de derecho sustantivo —legitimación u otras cuestiones de fondo**... —; (ii) **autos sobre anotaciones e inscripciones registrales** del artículo 206.1.2º de la LEC —se alude a la polémica sobre si las adquisiciones de bienes inmuebles hechas por parejas de hecho de derecho civil vasco al amparo de un régimen económico-matrimonial determinado, pueden o no tener acceso al Registro de la Propiedad—; (iii) **autos sobre acuerdos de mediación y convenios** del artículo 206.1.2º de la LEC —particularmente en el ámbito del derecho de familia, en relación con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar, y tanto respecto a convenios reguladores como respecto a los peculiares "Convenios en previsión de ruptura" a los que se refiere la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores—; (iv) **autos sobre cuestiones transaccionables o no transaccionables** del artículo 206.1.2° de la LEC —nuevamente en relación con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, **de mediación familiar**, y con una importante incidencia en el ámbito del derecho de familia, donde existen multitud de normas imperativas e intereses indisponibles por afectar al interés superior del menor, a la igualdad entre las partes o a razones vinculadas a la protección frente a abusos de poder por cualquiera de los cónyuges—.

A ello se añade, por último, "el hecho de que los métodos autocompositivos (como son en este caso la mediación, el arbitraje u otros como la abogacía colaborativa que pueden derivar en acuerdos transaccionales), a los que se pueden referir esas resoluciones judiciales (mediaciones, transacciones...), tienen un fundamento contractual o consensual y, por tanto, con base en el Derecho privado. Lo cual, más allá de la específica conceptuación y regulación actual de estas figuras (mediadores, árbitros, abogados colaborativos...) o las concretas exigencias de su capacitación profesional, permite vincularlas con otras figuras propias del Derecho foral tradicional que bajo diferentes denominaciones (escrivanos, árbitros, componedores, homes llanos, homes buenos, ...), ejercían la labor de ayudar a las partes a alcanzar acuerdos o compromisos que dieran salida a sus conflictos sin llegar a los tribunales, o de certificar y avalar los acuerdos de las partes. Y, que en tal medida, tenían funciones idénticas o, cuando menos, homologables con las de las figuras actualmente reguladas (o que, en esa medida, pueden ser objeto de regulación) por normas de Derecho civil vasco, en conexión con la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar".

Esta justificación resultaría adecuada para poder abordar en el derecho sustantivo una regulación actualizada de tales figuras por formar parte del acervo del derecho civil y, por tanto, contar con la conexión exigida con instituciones del derecho civil vigentes a la fecha de la promulgación de la Constitución. Pero su utilidad como soporte de una especialidad procesal como la que examinamos se advierte más remota.

La memoria concluye que "…la separación respecto de lo estrictamente previsto en el artículo 477.2 LEC se justifica en gran medida en los contenidos propios del Derecho civil vasco y las peculiaridades que el mismo presenta".

A continuación, **se justifica la decisión normativa en la imposibilidad de que dichos autos puedan ser objeto del recurso de casación por infracción procesal**, contemplado en el artículo 468 y ss. de la LEC.

Y, por todo ello, se concluye que "**resulta plenamente coherente que se habilite su acceso a la unificación de doctrina por medio del recurso de casación**. No sólo porque tratan o pueden tratar cuestiones sustantivas que repercuten en la interpretación de las normas de ese carácter del Derecho civil vasco, sino porque de no serlo por dicho cauce casacional, no podrán ser objeto de unificación de doctrina tampoco por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, al que tampoco tienen acceso".

La justificación se completa con un extenso examen de la posibilidad, abierta por la jurisprudencia, del acceso a la casación de los autos que resuelvan recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, respectivamente, de los Reglamentos UE 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (que sustituye al Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000) y Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes [que deroga CE 1347/2000, de 29 de mayo de 2000].

Se considera que no puede descartarse la posibilidad de "que una resolución extranjera pueda tener que aplicar (y, llegado el caso, infringir) normas del Derecho civil, foral o especial propio del País Vasco…. Porque, si esa infracción del Derecho vasco se diese, tampoco vemos por qué, a pesar de que el Derecho a recurrir pueda derivar de dichas normas internacionales o fundarse en la infracción de las mismas, habría de descartarse la posibilidad de que la resolución concreta pueda ser impugnada en casación, si el recurso además de a la infracción de la normativa internacional que se cita, se refiere a la infracción de normas de Derecho civil vasco 'exclusivamente o junto a otros motivos' (artículo 3.2 del anteproyecto, en relación con el artículo 478 LEC y con la disposición final decimosexta, apartado 1.1 ª in fine de la LEC). Y ello, por las mismas razones por las que jurisprudencialmente se ha admitido en el caso del Tribunal Supremo".

La Comisión comparte que la posibilidad descrita no es descartable, pero, a los efectos que guían nuestro examen, **el acceso de tales autos a la casación vasca vendría determinada por la aplicación de la doctrina común —en definitiva, por la equiparación de dichos autos a las sentencias—, no por la existencia de una singularidad del derecho civil vasco.**

En conclusión, **el juicio de constitucionalidad para ampliar el objeto del recurso de casación a los autos** —opción que no figura en la LEC ni en ninguna de las leyes autonómicas aprobadas hasta la fecha—, **de acuerdo con la actual doctrina constitucional, resultará muy exigente, por lo que sería muy positivo que se afianzara cuanto fuera posible la**

justificación sobre la singularidad del derecho sustantivo que respalda esa ampliación. No puede perderse de vista que, en clave constitucional, la capacidad autonómica para fijar una norma procesal especial no depende de si existe una determinada institución jurídica en el derecho civil propio, sino de si la regla procesal especial que se pretende implementar conecta con una singularidad sustantiva propia que requiere esa protección procesal *ad hoc*.

DCJA 189/2020 párrs. 161 a 172

Los apartados 1 y 3 recogen los supuestos clásicos de la casación: la resolución recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (el primero) **y la resolución recurrida versa sobre una cuestión respecto de la que no hay doctrina jurisprudencial de dicho tribunal** (el segundo).

El **apartado 2** tiene el siguiente tenor literal:

> Cuando la resolución recurrida se oponga, en tanto en cuanto pudiera resultar aún vigente a aquella **doctrina histórica** que, de forma reiterada, hubieran establecido las resoluciones firmes de todos aquellos tribunales a los que, con anterioridad a la creación y puesta en funcionamiento de Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como órgano encargado de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, correspondiera jurisdicción para resolver los recursos presentados contra las sentencias de jueces y tribunales radicados en el País Vasco y unificar la doctrina que de estas emanase en materia de Derecho civil foral propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco.

La memoria contiene una exhaustiva explicación de la importancia que en el caso del derecho civil vasco tiene la jurisprudencia histórica que conformaría una peculiaridad de dicho derecho —compartida con otros derechos civiles forales o especiales—, pero que lo distingue del derecho civil común para el que están pensadas las normas procesales generales.

En cualquier caso, en el contexto de la norma examinada, el apartado no deja de ser una precisión del supuesto contemplado en el apartado 3 del mismo artículo. **No comporta un *novum* respecto del régimen general, sino la descripción de uno de los supuestos de ausencia de doctrina del Tribunal Superior de Justicia que, por las características del derecho civil vasco, se considera que debe ser destacado**.

En efecto, **si la sentencia que se pretende recurrir versa sobre una cuestión respecto de la que el Tribunal Superior de Justicia ya se ha pronunciado, la utilidad de la doctrina histórica habrá decaído. Esta solo servirá en el caso de que dicho tribunal aun no haya tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión suscitada, siendo indiferente que antes lo hayan hecho otros tribunales** —en especial, el Tribunal Supremo— **porque de lo que se trata es de conseguir que se pronuncie y fije su doctrina el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**.

Por tanto, en la perspectiva de nuestro examen, el apartado 2 resulta inocuo ya que no implementa una divergencia de la norma procesal general sino una mera precisión de la regla general que cobra sentido a la luz de la evolución histórica de la doctrina jurisprudencial sobre el derecho civil foral vasco.

El **apartado 4** del artículo ha suscitado, asimismo, alegaciones sobre su constitucionalidad. Básicamente, el informe del Consejo General del Poder Judicial considera que el precepto, al permitir la **admisión de recursos con tesis contrarias a las sustentadas por la doctrina jurisprudencial vigente y pacífica establecida por el propio Tribunal Superior de Justicia** en la interpretación y aplicación del derecho civil vasco, configura el recurso de casación "…mediante un sistema de avocación o certiorari y, en fin, como un suerte de tercera instancia, desconociendo la función exclusivamente nomofiláctica que es propia del recurso de casación". Se estaría introduciendo —en esta tesis— una especialidad procesal no justificada en las particularidades que caracterizan el derecho sustantivo.

Por su parte, el órgano promotor **justifica** la previsión en las razones que a continuación trasladamos de forma resumida.

Primero, se niega que el artículo 4.4 del anteproyecto "desconozca la función nomofiláctica o de defensa de la norma, propia del recurso de casación. La función nomofiláctica atiende a la defensa de la norma en sí misma, no a la defensa de la doctrina del tribunal casacional sobre la norma. La defensa de la norma, y la generación de doctrina que la interprete, por lo demás, debe incluir en su seno los preceptos que ordenan los criterios hermenéuticos e interpretativos que debe emplear el órgano judicial (art. 3 CC), y que lo vinculan por encima de la vinculación a su propia doctrina".

Segundo, en orden a la comparación del supuesto de interés casacional se destaca que es un criterio que "…no supone en sí mismo una innovación, ya que es un criterio jurisprudencial que ha sido empleado ya por el propio TSJPV. A lo sumo, lo que puede entenderse que es innovador es el recogerlo expresamente en la Ley y darle carta de naturaleza como criterio normal y claramente admisible en Derecho".

La función del TSJPV de unificar la doctrina que emane de las resoluciones de los jueces y tribunales del País Vasco en su tarea de depurar la interpretación e integrar los preceptos del derecho civil vasco (artículo 2 de la Ley 5/2015, de derecho civil vasco) **no debe lastrar la posible evolución de dicha interpretación mediante el anclaje a la doctrina que él mismo hubiera previamente dictaminado**.

Esta consideración general se hace más evidente "…con respecto a aquellas normas consuetudinarias o no escritas que, al carecer de los mecanismos de adaptación propios del derecho codificado, a través de su modificación por medio de los órganos legislativos correspondientes, dependen mucho más estrechamente de la labor de integración, interpretación y adaptación que realicen los tribunales". Suprimir el artículo 4.4 "dificultaría la función de unificación de doctrina en relación, precisamente, a esta labor de acomodación y adaptación a los tiempos del derecho, tanto escrito como, especialmente, del derecho no escrito".

Y —se añade— que tampoco es cierto que esa afirmación, por sí misma, ponga en tela de juicio la naturaleza o función del recurso de casación o que lo convierta en una tercera instancia. **La esencia de su función es la unificación de la jurisprudencia en la interpretación del derecho privado. La posibilidad de revisar la interpretación de la ley mantenida hasta un momento, vinculada a los criterios hermenéuticos o interpretativos legalmente previstos, no abre la casación a la revisión del caso concreto, de los hechos o de la valoración de la prueba. Es decir, no configura una tercera instancia desconectada de la interpretación de la norma sustantiva.**

A modo de conclusión se indica que: "…la exigencia de que el recurso se vincule necesariamente a una doctrina preestablecida por el TSJPV cuando la misma exista, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil vasco en relación con dichos criterios interpretativos (singularmente, la adaptación a la realidad social del tiempo de aplicación de la norma), con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales en torno a una misma institución jurídico-privada y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de del País Vasco".

Se aduce además que el artículo 4.4 del anteproyecto traslada al mismo un contenido que figura en los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 27 de enero de 2017 y el anterior de 30 de diciembre de 2011. Acuerdos estos aplicables al régimen ordinario de casación seguido ante el Tribunal Supremo, de cuya literalidad se ha extraído la redacción del artículo 4.4 del anteproyecto.

Concretamente, se trata de uno de los requisitos referidos al interés casacional por oposición a la jurisprudencia que se expresa en el Acuerdo de 27 de enero de 2017 en los siguientes términos:

> No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.

Al recoger este criterio en el anteproyecto lo dota de "mayor publicidad y seguridad jurídica, en beneficio de los eventuales recurrentes", lo que va en línea con la doctrina del Tribunal Supremo: "El acceso a los recursos es cuestión sustraída del poder de disposición de las partes y aun del propio Tribunal, por lo que compete a esta Sala la comprobación de la concurrencia de los requisitos y presupuestos de recurribilidad legalmente establecidos, en base a [sic] los criterios que sean efectivamente correctos y procedentes según la norma legal.... En definitiva..., si la sentencia es recurrible al amparo de uno de ellos y se cumplen en relación al mismo los presupuestos exigibles para superar la fase de admisión".

Respecto del apartado examinado, **las justificaciones ofrecidas apuntalan sin duda la corrección de la solución incorporada en la perspectiva de la técnica jurídica, pero no es fácil concluir que encuentre el exigido respaldo en una singularidad propia del derecho sustantivo** (STC 47/2004, de 25 de marzo).

Es necesario tener presente que, como ya hemos señalado al inicio, **para el Tribunal Constitucional no basta con que la norma procesal autonómica represente una innovación o una mejora de la legislación procesal, si no viene justificada por una especialidad del derecho sustantivo autonómico** (entre otras, SSTC 123/1988, de 23 de junio, FJ 2; 47/2004 , FJ 15; 243/2004 , de 16 de diciembre, FJ 6; 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 e); 31/2010, de 28 de enero, FJ 27, 21/2012, de 16 de febrero, FFJJ 7 y 9 o 2/2018, de 11 de enero).

DCJA 189/2020 párrs. 173 a 191

Según se explica en la última memoria, la disposición [transitoria] se ha incluido como consecuencia de la redacción última del artículo 3.2, que aclara "…**que los autos recurribles serán solo aquellos de contenido sustantivo, excluyendo los que por su naturaleza exclusivamente procesal deban encauzarse por la vía del recurso extraordinario sobre infracción procesal"**. Y la finalidad de la disposición analizada es "evitar los equívocos a los que pueda llevar esta nueva redacción [del artículo 3.2] con respecto a la previsión de la disposición decimosexta de la LEC".

Las cuestiones jurídicas, en modo alguno sencillas de resolver, que plantea la inclusión de los autos como objeto posible del recurso de casación se vuelven a evidenciar en la previsión que ahora analizamos.

La disposición final decimosexta de la LEC es aplicable a todos los Tribunales Superiores de Justicia que tengan su sede en alguna comunidad autónoma que cuente con competencias en materia de derecho civil propio, hayan o no aprobado una ley autonómica que regule el recurso de casación.

En la medida en que el anteproyecto se adentra, aunque sea de forma indirecta, en la delimitación del ámbito de aplicación del recurso extraordinario por infracción procesal, su ubicación en el ámbito del artículo 10.6 del EAPV se revela más complicada.

Si lo que se persigue es una previsión de carácter aclaratorio o informativo, **sería más prudente el traslado de la explicación a la parte expositiva.**

DCJA 189/2020 párrs. 202 a 206

IV. Educación

En el **artículo 3** se regula la autorización para la puesta en funcionamiento de la Universidad, que, según el párrafo 1, se otorgará por el Gobierno Vasco mediante decreto, a solicitud de la universidad, y a propuesta del departamento del Gobierno Vasco competente en materia de

universidades, previa comprobación del cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad titular y los requisitos mínimos legalmente establecidos (párrafo 2).

Respecto al órgano competente para otorgar esa autorización, el artículo 4 de la LOU, en su párrafo 4 solo dispone que el comienzo de las actividades de las universidades será autorizado "por el órgano competente de la Comunidad Autónoma", una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos señalados en el párrafo 3 y de lo previsto en la ley de creación —en semejantes términos se postula el artículo 12 del Real Decreto 420/2015—.

En el caso de la CAPV, ese órgano competente se encuentra determinado en el artículo 109.3 de la LSUV, que no exige la aprobación por decreto del Gobierno Vasco. Con arreglo a ese precepto, el inicio de actividades se acordará por orden del consejero o consejera titular del departamento competente en materia de universidades en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley de reconocimiento, "siempre que dentro de dicho plazo se hubiera obtenido la homologación de sus títulos oficiales y se hubiera acreditado el cumplimiento de los demás requisitos legales".

En coherencia con lo anterior, el artículo 62.2.b) de la LSUV incluye, entre las atribuciones del departamento competente en materia de universidades, "Autorizar el comienzo de las actividades de las universidades una vez comprobado que cumplen los requisitos previstos en la legislación vigente y en la ley de creación".

Se aprecia, por tanto, **una discrepancia entre dos normas del mismo rango —la ahora proyectada y la LSUV— en cuanto a la determinación del órgano competente para autorizar la puesta en funcionamiento de la universidad, sin que en el expediente se haya ofrecido ninguna explicación o se haya justificado la opción elegida** en este caso; y sin derogación expresa del apartado b) del artículo 62.2 de la LSUV.

En consideración a que existe una norma de carácter general que regula el SUV, como es la LSUV, que se ajusta al marco normativo básico y que identifica el órgano al que encomienda la autorización de la puesta en funcionamiento de las universidades privadas, **a falta de cualquier explicación, convendría, en principio, que se respetara y prevaleciera para no provocar la disfunción con que nos encontramos** —que tal vez sea indeseada y pueda evitarse— **y garantizar la coherencia del sistema también para el futuro.**

DCJA 171/2020 párrs. 109 a 114

V. Hacienda

El párrafo 2 del artículo 8 se refiere a **la propuesta que efectuará anualmente la Comisión para la Sostenibilidad Energética del Sector Público de la CAE al departamento del Gobierno Vasco con competencia en materia de hacienda, relativa al porcentaje del presupuesto que cada uno de los departamentos prevé destinar en materia de sostenibilidad energética** para cumplir los objetivos de la LSE.

Y en su inciso final —ausente en la versión del proyecto aprobada inicialmente por la titular del departamento autor de la iniciativa— se deja constancia de que **tal propuesta se realiza para que el departamento competente en materia de hacienda "proceda a su inclusión en las directrices económicas sobre la elaboración de los presupuestos".**

La Comisión aprecia que lo dispuesto en ese inciso final no se ajusta al régimen diseñado en el artículo 58.1 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen presupuestario de Euskadi y se regula el régimen presupuestario aplicable a las fundaciones y consorcios del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 24 de mayo.

En virtud de ese precepto, **corresponde al Gobierno aprobar** en el momento que prevé —primera semana de junio— **las directrices económicas sobre la elaboración de los presupuestos para el próximo ejercicio, y ello, "a propuesta del Departamento competente en materia de presupuestos"**.

En cambio, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 8 del **proyecto se altera ese régimen y se concentran facultades en la citada Comisión de Sostenibilidad Energética, que**, en la práctica, **se sustraen al departamento competente en materia de hacienda**, al dirigirle un mandato imperativo para que, sin respetar el margen de actuación y decisión de dicho departamento, "proceda a su inclusión" en las directrices económicas indicadas.

Se debe, por tanto, aquilatar la redacción de ese párrafo a lo dispuesto en el citado Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen presupuestario de Euskadi. Y, en cualquier caso, **debe prescindirse del mensaje** del último inciso del párrafo 2 del artículo 8.

DCJA 113/2020 párrs. 135 a 140

La regulación de la impugnación de la vía de apremio en el artículo 75 del proyecto plantea también una importante cuestión de fondo.

El párrafo 1 de este artículo recoge los motivos de oposición pertinentes contra la procedencia de la vía de apremio; motivos que reproducen los previstos en el artículo 167 de la LGT. Este apartado no plantea problema alguno.

Sin embargo, **el párrafo 2 establece un procedimiento específico para cuando la impugnación se refiera a la existencia de causa de nulidad de la liquidación**. Para este supuesto, **el proyecto establece que**, verificada la causa de nulidad, **se instará el correspondiente acuerdo administrativo de anulación de la liquidación y se estimará el recurso contra la providencia de apremio**.

Nos encontramos así, aparentemente, ante una posibilidad de impugnación que va más allá de los motivos que permiten evitar la vía de apremio propiamente dicha y permite revisar nuevamente la validez de la liquidación, lo que plantea algunas dudas que el proyecto no despeja.

Este régimen parte de la existencia de un acto liquidatario firme que el interesado ha podido impugnar y que, bien por haberlo consentido, bien por haber sido rechazada su impugnación, debe ser ejecutado. A su vez, **el inicio de la vía de apremio presupone el agotamiento del periodo voluntario de pago, de manera que la providencia de apremio se convierte por la fuerza de la ley** —en este caso la regulación se encuentra en la LGT— **en un título ejecutivo y, por ello, la propia LGT** —al igual que las normas tributarias de los territorios históricos— **limita los motivos de oposición a esa ejecución**.

Cuestión distinta es que cualquier acto administrativo —incluidos los correspondientes a liquidaciones tributarias o procedentes de cualquier otro derecho económico de la hacienda pública— esté sujeto al régimen de invalidez de actos previsto en la LPAC, así como a la posibilidad de su revisión de oficio contemplado en esta misma Ley.

El párrafo 2 de este artículo 75, por su parte, introduce, al menos aparentemente, la posibilidad de que la impugnación de la vía de apremio pueda fundarse nuevamente en razones de fondo que afectan a la liquidación, siempre y cuando el vicio del acto se encuentre entre los supuestos de nulidad. En este caso, la solución del proyecto parece ser la de instar la revisión de la liquidación por parte del órgano competente —entendemos, dado que se trata de actos de gravamen, que a través de su revocación— y, posteriormente, proceder en consecuencia con la resolución de la impugnación de la vía de apremio.

La Comisión entiende que este esquema altera el orden legal de cuestión en dos aspectos esenciales: por un lado, porque se admite, como decimos, **la impugnación de la vía de apremio por motivos que afectan al fondo de la liquidación, lo que pone en cuestión su propia naturaleza ejecutiva. Por otro lado, abre una nueva forma de instar la revisión de las liquidaciones que se consideren nulas, sin garantizar su debida inserción en el régimen de revisión de los actos administrativos previsto en la LPAC y en la LGT**.

Como decimos, la figura de la revocación permite a la Administración eliminar los actos de gravamen o que resulten desfavorables para los particulares, pero **lo que no puede hacer el Reglamento es instrumentar una nueva forma de impugnación de actos firmes o consentidos que ya se encuentran en vía ejecutiva entremezclando dos actuaciones diferentes**: la impugnación de la vía de apremio y la revisión de oficio de los actos de gravamen o desfavorables.

En apoyo de nuestra interpretación el propio proyecto contempla en el aparado d) del párrafo 1 de este artículo 75 la "anulación de la liquidación o de la resolución que declara la deuda no tributaria" como uno de los motivos de oposición a la providencia de apremio. Con ello, se protege al interesado frente a una liquidación anulada a través de los cauces correspondientes, sin mezclar ambos procedimientos.

DCJA 129/2020 párrs. 129 a 138

Los párrafos 3 y 4 del artículo 100 establecen respectivamente **los supuestos de responsabilidad subsidiaria solidaria para el pago de deudas de naturaleza no tributaria**. Nuevamente, estos dos párrafos **tratan de establecer un régimen común para todas las deudas no tributarias** que, sin entrar en la selección de contenidos, presenta el mismo problema ya anticipado en el párrafo anterior.

Por poner un ejemplo ilustrativo, la posibilidad de una responsabilidad solidaria de las infracciones en caso de coautoría no fue recogida por la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al entender el legislador vasco que la responsabilidad subsidiaria y la solidaria son ajenas al derecho punitivo, aunque también es cierto que esa posibilidad ya venía regulada por el artículo 130.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y que en la actualidad figura en el artículo 28.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Sin embargo, también existen sanciones, como las reguladas por la normativa estatal, pero sobre las que la Comunidad Autónoma ostenta competencias ejecutivas ─p. ej.: en el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial─ , en las que se contemplan supuestos de responsabilidad subsidiaria y solidaria [artículos 111 y 82.b) del señalado real decreto legislativo].

En el caso de las subvenciones, habrá que acudir a lo dispuesto en el TRLPOHG y, en su caso, por su carácter básico, a lo dispuesto en la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, y, con respecto a otros pagos indebidos, también el TRLPOHG establece en su artículo 59.5 los casos en los que los responsables responden de forma solidaria o mancomunada.

Los citados párrafos 3 y 4 parecen tratar de establecer un marco común mínimo, partiendo fundamentalmente **de lo establecido para el reintegro de las subvenciones, pero incluyendo reglas que provienen del ámbito tributario** (LGT), cuya aplicación al resto de supuestos dependerá de la naturaleza de la deuda, pero no de su reflejo en la norma reglamentaria reguladora del régimen recaudatorio.

Para concluir, **la Comisión estima que un intento de establecer vía reglamentaria un régimen común de responsabilidades subsidiarias o solidarias frente a la hacienda de la Comunidad Autónoma constituye un exceso *ultra vires* en el potencial alcance del proyecto, que debe ser eliminado. Para ello se recomienda** atender a la fórmula establecida en el párrafo 1 para las deudas de naturaleza tributaria, es decir, mediante **remisión a las leyes que establecen en cada caso el régimen de responsabilidades solidarias y subsidiarias**.

DCJA 129/2020 párrs. 166 a 170

VI. Personal de las administraciones públicas

A) Negociación colectiva

La prima de jubilación voluntaria anticipada fue establecida por los artículos 95 y 96 del **Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de las instituciones locales vascas**, de fecha 22 de septiembre de 2008, suscrito por EUDEL, Asociación de Municipios vascos, y la representación de las centrales sindicales ELA-STV, CCOO y UGT, para los años 2008-2010.

En principio, no cabe negar ni su aplicabilidad en el ámbito del Ayuntamiento de Eibar, al acordarlo así el Pleno municipal, ni su vigencia, al encontrarse prorrogado, a falta de un nuevo acuerdo que lo derogue y sustituya.

Como es sabido, el artículo 34.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP), reconocía legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como la de las entidades locales de ámbito supramunicipal. Y establecía que "los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente" y, asimismo, "una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal" (en idéntico sentido, el artículo 34.2 TRLEBEP).

En cuanto a su naturaleza, en los dictámenes 63/2020 y 159/2020 hemos dicho que **un acuerdo de tales características tiene una indudable naturaleza normativa**, pues se inserta con vocación de generalidad y permanencia en el estatuto que rige el régimen jurídico de los funcionarios locales al servicio del Ayuntamiento de Eibar. **Se integra en el ordenamiento jurídico y es susceptible de una pluralidad de actos administrativos aplicativos. Una vez aprobado por el Pleno, constituye una manifestación singular de la potestad reglamentaria enunciada por el artículo 4.1 de la LBRL, caracterizada por su peculiar origen negocial.**

Y hemos reproducido el siguiente pasaje, para ilustrar sobre la distinción entre acto y disposición general a los efectos del presente expediente de revisión, de la STS de 15 de septiembre de 1995 (RJA 6701/1995):

> El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de «generalidad» y «carácter abstracto» que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido

ellas mismas en forma general («Tu, legem patere quem ipse fecisti»), como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE), a cuyo tenor, «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas».

También hemos señalado en el Dictamen 159/2020 que **no pone en duda dicha naturaleza que pueda tener fijado un plazo de duración**, porque, como se prevé en el TRLEBEP, salvo acuerdo en contrario, se prorrogará de año en año si no mediara denuncia expresa de una de las partes (artículo 38.11), la vigencia de su contenido, una vez concluida su duración, "se producirá en los términos que los mismos hubiesen establecido" (artículo 38.12), y "los que sucedan a otros anteriores los derogan en su integridad, salvo los aspectos que expresamente se acuerde mantener" (artículo 38.13).

Ni la cuestiona que el acuerdo constituya un instrumento de origen negocial, en el que sus destinatarios participan en su elaboración de un modo singular, porque se trata de buscar —al menos teóricamente— un cierto equilibrio y una mutua satisfacción de los intereses de las partes que los conciertan y con el que se pretende también —en la medida de lo posible— la paz social.

Una vez producida la aprobación expresa y formal por el Pleno, forma parte de las normas locales, pero no es un clásico reglamento de organización y funcionamiento de la entidad local o de prestación de servicios públicos, ni tampoco una ordenanza, con la que se interviene la actividad de los ciudadanos [artículo 84.1.a) LBRL] con fines de ordenación social o las que incluyen normas de carácter urbanístico y de ordenación tributaria (disposición adicional primera de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi).

DCJA 175/2020 párrs. 48 a 55

VII. Urbanismo

En segundo lugar, en cuanto al párrafo tercero del artículo 28 se refiere, se aprecia que este plantea una novedad respecto a la LSU.

Así, el **párrafo 3** establece que, en el supuesto de los **municipios de población igual o inferior a 7.000 habitantes**, cuyos **PGOU** son aprobados definitivamente por las diputaciones forales (artículo 91.1 LSU), **una vez que la COTPV informe el documento del plan general aprobado provisionalmente, esta remitirá el expediente en cuestión a la diputación foral correspondiente para que lo apruebe definitivamente**, salvo en el caso de que el propio ayuntamiento solicite que sea a él a quien se envíe el expediente. En todo caso, se prevé que la COTPV remitirá su informe al ayuntamiento promotor y titular del plan.

Sin embargo, se aprecia que **el modo de proceder previsto para este caso no se ajusta a lo dispuesto en la LSU**.

Si bien es cierto que **la LSU atribuye a las diputaciones forales la aprobación definitiva de los planes generales de ordenación urbana de los municipios de población igual o inferior a 7.000 habitantes**, no es menos cierto que **la propia ley explicita la competencia de los ayuntamientos, indistintamente de su población, para formular e instruir el procedimiento para la aprobación de estos planes, desde su inicio, con su formulación, pasando por la elaboración del avance, la aprobación inicial y la aprobación provisional del plan general** (artículo 90). Igualmente, es el ayuntamiento quien remite a la COTPV la aprobación provisional del plan para que lo informe (artículo 91.1 LSU).

Es en el trámite de la aprobación definitiva del PGOU donde el artículo 91.4 de la LSU establece:

> 4. Realizadas las modificaciones oportunas, el ayuntamiento aprobará definitivamente el plan general o, en su caso, remitirá el expediente al órgano foral para su aprobación definitiva en el plazo de tres meses.

Es decir, que, **en el caso de que no le corresponda al ayuntamiento la aprobación definitiva de su plan general, será el propio ayuntamiento quien remita el expediente a la diputación foral correspondiente para su aprobación**.

De lo que se concluye que, de acuerdo con la LSU, **la COTPV debe devolver el expediente a quien se lo presentó, es decir, al ayuntamiento promotor**.

En consecuencia, el párrafo 3 del artículo 28 del proyecto debe ajustase a lo dispuesto en la LSU, y se sugiere que, si se estima oportuno, sea a la diputación foral correspondiente a la que se notifique, en todo caso, el informe de la COTPV.

DCJA 42/2020 párrs. 238 a 245

El **artículo 37,** sobre el **silencio administrativo en la aprobación del planeamiento urbanístico**, dispone en su párrafo 1 que, cuando la aprobación definitiva del plan general corresponda a las diputaciones forales, transcurridos tres meses desde la remisión del expediente por parte de la COTPV al órgano foral, si este no hubiera comunicado resolución alguna al ayuntamiento que otorgó la aprobación provisional, el plan se entenderá aprobado por silencio administrativo positivo.

Sin embargo, **no se reconoce el mismo silencio positivo en el supuesto recogido en el párrafo 3 del mismo artículo para el caso de municipios con población igual o inferior a tres mil habitantes**, cuando la aprobación definitiva del plan parcial o especial corresponda a las diputaciones forales. En ese caso, el plazo para resolver es de dos meses desde la entrada del expediente en el registro del órgano foral correspondiente y, transcurrido el plazo, el ayuntamiento o la persona promotora podrán entenderla desestimada por silencio administrativo.

En el supuesto del párrafo 1 se aplica el **artículo 25.6 del Texto Refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana**, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre:

> 6. Los instrumentos de ordenación urbanística cuyo procedimiento de aprobación se inicie de oficio por la Administración competente para su instrucción, pero cuya aprobación definitiva competa a un órgano de otra Administración, se entenderán definitivamente aprobados en el plazo que señale la legislación urbanística.

No obstante, el departamento promotor ha optado por conservar el silencio negativo previsto en el artículo 96.4 de la LSU para el supuesto de la aprobación definitiva, por parte de la diputación foral correspondiente, del plan parcial o especial de los municipios con una población igual o inferior a tres mil habitantes.

A este respecto, **se ha de recordar que el artículo 25 de la Ley de suelo y rehabilitación urbana resulta de obligado cumplimiento en tanto que ha sido dictado en el ejercicio de la competencia exclusiva atribuida al Estado** (artículo 149.1.18ª) **en materia de bases de régimen común, procedimiento administrativo común y de sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas** (disposición final segunda, segundo párrafo).

Con relación a esta misma cuestión tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre, dictada con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad frente al actualmente derogado texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio:

> El art. 11.6 establece la regla de la aprobación por silencio positivo para aquellos instrumentos de ordenación urbanística que, iniciados de oficio por la Administración competente para su instrucción, son objeto de aprobación definitiva por otra Administración; es decir, en los que el procedimiento tiene un carácter bifásico puesto que intervienen y ejercen sus competencias urbanísticas dos Administraciones distintas. Es cierto que nos encontramos aquí ante un procedimiento sectorial conexo a la materia urbanística de competencia autonómica, pero ello no es obstáculo (SSTC 61/1997, FJ 11 y 164/2001, FJ 11) para que el Estado, ex art. 149.1.18 CE, establezca un régimen común en todo el territorio nacional sobre el silencio en estos procedimientos bifásicos, puesto que, con la regla del silencio positivo, el Estado lo que persigue es garantizar y salvaguardar la autonomía municipal en un sector concreto de actividad de especial relevancia para los intereses locales, como efectivamente lo es el urbanismo.

En consecuencia, **en el párrafo 3 del artículo 37 del proyecto de decreto, al igual que ocurre en el párrafo 1, procede otorgar el carácter de positivo al silencio de la diputación foral** una vez transcurrido el plazo de dos meses desde que se registra la entrada del plan parcial o especial en cuestión en el registro foral correspondiente.

DCJA 42/2020 párrs. 269 a 275

Capítulo 6. PROCEDIMIENTO

I. Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

A) Informes

Sin embargo, nada dice la memoria de tramitación sobre la remisión del proyecto de decreto a la Comisión Ambiental del País Vasco o a la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco (en adelante, COTPV).

Así, no existe constancia en el expediente de la consulta a la Comisión Ambiental, si bien la orden de inicio dispone que el proyecto de decreto "será trasladado a la Comisión Ambiental del País Vasco, a los solos efectos de su conocimiento", de conformidad con el artículo 10.g) de la Ley 3/1998, por el que la Comisión Ambiental conocerá aquellos anteproyectos normativos, planes y programas que tuvieran significativas repercusiones sobre el medio ambiente.

Tampoco se hace mención a la consulta a la COTPV, habida cuenta que, en virtud del artículo 3.2.c) del Decreto 157/2008, de 9 de septiembre, de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco, corresponde a dicha comisión en materia de coordinación de la actividad de ordenación del territorio y ordenación urbana: "c) Promover la elaboración de disposiciones y medidas generales sobre la ordenación del territorio e informar las que se promueven por los diferentes Departamentos del Gobierno".

Atendiendo al carácter procedimental del proyecto y al hecho de que las administraciones que componen las dos comisiones en cuestión han sido consultadas de manera individualizada, se estima que **procede continuar con la instrucción del expediente, si bien en la memoria sucinta final de la tramitación se debería incluir una referencia justificativa al respecto**.

DCJA 42/2020 párrs. 83 a 85

Por lo dicho, puede concluirse que la tramitación se ha ajustado en general a los hitos fundamentales de la LPEDG, a salvo de lo especificado en el informe de la Dirección de Normalización Lingüística de las Administraciones Públicas; y sin perjuicio de **señalar la ausencia de intervención de la Dirección de Atención a la Ciudadanía e Innovación y Mejora de la Administración, a la que se le atribuyen funciones** destacadas en proyectos de disposiciones de carácter general **en materia de procedimientos, como constituye el presente, y cuya opinión hubiese podido aportar criterios de interés en relación, por ejemplo, con la simplificación administrativa que persigue el proyecto.**

DCJA 48/2020 párr. 67

Advertimos que **no consta que el órgano promotor de la propuesta haya solicitado informe a la Comisión de Gobiernos Locales de Euskadi, ni que haya justificado la omisión de ese trámite**. La preceptividad de ese informe viene condicionada por la requerida participación de esa comisión en la elaboración de disposiciones de carácter general cuando estas afecten a competencias propias de los municipios, según el artículo 91 de la LILE.

Se hace, por tanto, **necesario que el órgano promotor efectúe un análisis sobre la incidencia del proyecto en las competencias propias de los municipios** —con el alcance que le atribuye el párrafo 3 del artículo 15 de la LILE en relación con su párrafo 2—, **con el fin de determinar si es preceptivo o no ese informe**, y, en el primer caso, recabarlo antes de elevar el proyecto para su aprobación por el Consejo de Gobierno.

DCJA 113/2020 párrs. 69 a 70

En esta intervención de determinados órganos específicos, que son llamados por la cualificación que les atribuyen las normas que los regulan, hemos de formular una reserva a la tramitación seguida, pues **no obra en el expediente ni la solicitud de informe a la Agencia Vasca de Protección de Datos** (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) **ni el informe de esta,** caso de haberse recibido. En el Dictamen 1/2016 ya señalamos que **la intervención de la agencia resulta aconsejable, siendo la protección de datos personales uno de los aspectos que deben ser especialmente considerados en la regulación del derecho de acceso a los documentos.** Su especial conexión con la materia queda reflejada, asimismo, cuando el artículo 29.1.c).vi del anteproyecto prevé que una persona, de nivel técnico superior, ha de ser designada por la Agencia Vasca de Protección de Datos en calidad de vocal de la Comisión de Valoración, Selección y Acceso a los Documentos de Euskadi.

DCJA 190/2020 párr. 121

B) Memorias

Memoria explicativa

La Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial ha elaborado **una memoria con la que pretende justificar la factibilidad y fundamentación de la norma y de su tramitación**, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6 y 10.2 de la LPEDG. En ella se incluyen apartados relativos a los objetivos y fundamento de la norma propuesta, y de su necesidad, junto con el análisis del marco normativo y competencial, la estructura del decreto y el resultado de la tramitación llevada a cabo hasta ese momento.

En cambio, dicha memoria **se centra más en el reflejo de la política energética en la CAPV, pero no facilita** —ni tampoco se hace en otro documento del expediente— **datos relativos a la situación actual de las actuaciones ya realizadas en materia de sostenibilidad energética**, en cumplimiento de las obligaciones impuestas en otras normas que han precedido al

proyecto, como la propia LSE o el Decreto 178/2015, de 22 de septiembre, sobre la sostenibilidad energética del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi ─que la norma propuesta deroga─, o el Decreto 25/2019, de 26 de febrero, de certificación de la eficiencia energética de los edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco, su procedimiento de control y registro ─así como el previo Decreto 226/2014, de 9 de diciembre, de certificación de la eficiencia energética de los edificios, que fue derogado por el Decreto 25/2019─.

Disponer de tales datos es de interés a los efectos de constatar con fundamento válido la realidad sobre la que la norma se proyecta y su factibilidad; y facilita el análisis del cumplimiento de las exigencias y principios de buena regulación del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC).

Asimismo, es relevante dejar constancia de que el expediente, más allá de expresar su finalidad, **no facilita información sustancial alguna relativa a la justificación de la norma y la especificación de los concretos aspectos abordados en ella en desarrollo de la LSE, lo que dificulta también, sin duda, su análisis.**

DCJA 113/2020 párrs. 55 a 58

II. Procedimiento administrativo común de los actos administrativos

A) Iniciación

Legitimación

En cuanto a la legitimación, la reclamación presenta una particularidad que no podemos pasar por alto.

Durante el procedimiento **se ha suscitado la falta de identidad material entre la UTE que formula la reclamación y la UTE que hipotéticamente pudo ser perjudicada por la anulación de la Resolución del OARC y se ha sostenido la falta de legitimación por ese motivo**. Asimismo, esa carencia se ha extendido a las empresas integrantes de la UTE por no haber presentado ellas, de forma individual, la reclamación.

Efectivamente, los hechos consignados permiten afirmar que la UTE que presenta la reclamación no está conformada por las mismas empresas que la UTE que resultó adjudicataria, que recurrió la Resolución del OARC, que obtuvo a su favor la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV) 109/2018, de 27 de marzo y que suscribió el contrato administrativo con el Ayuntamiento de Bilbao y el acta de inicio del contrato.

En sus alegaciones, **la UTE reclamante apela a la existencia del acuerdo de cesión de derechos** ─recogido en los hechos─ **que habría supuesto la modificación de la composición de la unión temporal** y no observa ningún problema de legitimación pues considera que, en virtud de dicho acuerdo, la nueva empresa se subroga en todas las obligaciones y los derechos de la anterior.

En relación a las circunstancias del caso, de la escritura de 30 de septiembre de 2019 se deduce que el acuerdo de cesión de derechos suscrito el 1 de agosto de 2018 (del que no obra copia en el expediente) se ciñó al ámbito privado de la relación de las empresas (Gertek y Acciona) que conformaron la UTE y se vinculó al ejercicio de los derechos y obligaciones derivadas del contrato para cuya ejecución se había constituido. No constan los términos de la inicial cesión de la participación de Acciona a Gertek, ni los términos en que se formalizó la UTE "Gertek-Eraman Grúas" (pues no figura la correspondiente escritura).

Como es sabido, **las UTE carecen de personalidad jurídica y, siendo cierto que se admite su actuación como entidad en el tráfico jurídico, lo es solo a determinados efectos**. Así, se señala que "...una unión temporal de empresarios es un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación para empresarios que manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas disponen durante su vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada. Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión y no a la misma..." (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 2/2012, de 1 de febrero).

Por ello, al margen de los efectos que el acuerdo de cesión tuviera en relación al contrato, cabe cuestionar que el mismo pueda convertir a la empresa "Eraman Grúas y Servicios SA" en perjudicada en sede de responsabilidad patrimonial con capacidad para reclamar una indemnización.

En este ámbito, **siguiendo las pautas establecidas en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 22 de enero de 2020**, con la actual configuración legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, **no sería posible que, en virtud de un acuerdo de cesión de derechos como el realizado en este caso, se entienda cedido el derecho a reclamar dicha responsabilidad a un tercero que no ha sufrido el daño**. **El propio precio de la cesión** —1 euro— **vendría a evidenciar dicha imposibilidad, pues si hubiera de darse al acuerdo el alcance pretendido, ese precio sería en hipótesis el daño efectivamente padecido por "Eraman Grúas y Servicios S.A".**

En suma, **la empresa "Eraman Grúas y Servicios S.A." no ha padecido ningún perjuicio derivado de la anulación de la Resolución del OARC y, por tanto, no estaría legitimada para reclamar**.

Por otro lado, según lo expuesto, **la reclamación no ha sido presentada por cada una de las empresas de la UTE "Gertek-Eraman" sino por el representante de dicha unión temporal, lo que llevaría a negar la legitimación también a la empresa Gertek** (solución que acoge el informe del OARC que obra en el expediente).

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia dictada en materia de legitimación de las UTE y las empresas que las integran (que no puede ser calificada de unívoca —por todas STS de 18 de febrero de 2015—), **en este supuesto se estima que el principio *pro actione* fundamenta que la reclamación de responsabilidad presentada por la UTE permitiría considerar legitimada a la empresa Gertek, si bien en el porcentaje (51 %) que tenía en la UTE "Gertek-Acciona"**.

DCJA 43/2020 párrs. 31 a 41

En cuanto a **la falta de legitimación de la Comunidad de Propietarios CIMB para representar a las personas copropietarias de la urbanización, que alega el ayuntamiento porque afirma que la citada comunidad no comprende a la totalidad de la EUC, reiteramos nuevamente que tal interpretación no es compartida por esta Comisión**.

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

Y, efectivamente, **la Comunidad de Propietarios CIMB ha venido ejerciendo el cometido para el que fue constituida y ha hecho frente a los gastos producidos por la gestión de los servicios esenciales no asumidos por el ayuntamiento y**, por tal razón, **porque es la que ha sufrido el daño económico que conlleva la falta de asunción de la prestación de tales servicios por el ayuntamiento, es por lo que está legitimada para promover la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa**.

Resulta pues de aplicación la doctrina judicial del interés legítimo para la legitimación activa en el orden contencioso-administrativo, anteriormente mencionado.

DCJA 136/2020 párrs. 74 a 77

Subsanación

Respecto del plazo para resolver, el artículo 106.5 LPAC establece un plazo de seis meses desde su inicio, tanto de oficio como a solicitud de la persona interesada. En el presente caso, **la fecha de inicio del expediente presenta cierta confusión pues dependerá de la interpretación para este caso de lo dispuesto en el artículo 68.4 de la LPAC. Decimos esto porque se da la contradicción de que, aunque la Administración ha requerido al representante que presente su solicitud a través de medios electrónicos** en atención a lo dispuesto en los artículos 14.2 y 68.4 de la LPAC, en ese mismo acto —de 24 de mayo de 2019— **ha dado formalmente inicio al procedimiento de revisión.**

El citado artículo 68.4, sin embargo, establece lo siguiente:

> Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

En el expediente remitido electrónicamente a esta Comisión, **la solicitud de revisión consta presentada electrónicamente el 17 de junio de 2019, frente a la presentada de modo presencial con fecha 12 de marzo de 2019. La primera de estas dos fechas permite considerar que, cuando se solicita el dictamen de esta Comisión, no ha transcurrido aún el plazo de seis meses pero, en cualquier caso, ha de entenderse, insistimos, en que el expediente se ha iniciado a solicitud de persona interesada, por lo que el transcurso, en su caso, del plazo de seis meses previsto en el artículo 106.5 LPAC únicamente provocaría poder entender desestimada la solicitud de revisión**, en cuyo caso, como también señala esta Comisión en sus dictámenes, **procedería continuar con el procedimiento**, ya que tal circunstancia no exime a la Administración del deber de dictar una resolución expresa (artículo 21.1 LPAC) y, tratándose de un silencio desestimatorio (artículo 91.3 LPAC), no existe vinculación alguna al sentido del mismo (artículo 24.3.b LPAC).

DCJA 5/2020 párrs. 11 a 13

B) Instrucción

Dicha suspensión, de otro lado, no puede considerarse producida por la mera solicitud de informe, como anteriormente ha defendido esta Comisión. Así lo ha entendido **la STS de 19 de febrero de 2016 (RJ 2016/4123), que ha rechazado tal automaticidad, pues debe considerarse excepcional la facultad de la Administración de diferir el plazo máximo legalmente previsto para resolver un procedimiento**, según una interpretación sistemática del artículo 42 de la LRJPAC.

Tanto el artículo 42.5 como el artículo 83.3 de la LRJPAC habilitan para tomar la decisión, pero no la imponen, se "podrá suspender" dice la ley, no "se suspenderá" —esa distinción luce con mayor nitidez en el actual artículo 22.1 y 2 LPAC—.

Desde la perspectiva del interesado, como recoge dicha sentencia de la sentencia de instancia:

> el principio de seguridad jurídica impone una decisión específica sobre la suspensión del plazo y las circunstancias de la misma, así como la comunicación de esta situación al afectado a efectos de mantenerlo informado en lo que le afecta. Dicho en otras palabras, si la Administración está formalmente obligada a comunicar inicialmente al afectado el plazo máximo de duración del procedimiento —artículo 42.4 de la Ley 30/1992—, también lo está cuando modifique tal plazo.

> En definitiva, la incorporación de informes preceptivos y determinantes al procedimiento permite la suspensión del plazo, aunque esa suspensión no es imprescindible o consustancial a la citada eventualidad procedimental, de forma que la suspensión no puede considerarse producida eo ipso por la mera solicitud del informe. En el caso que nos ocupa la Administración podía haber suspendido el plazo hasta un máximo de tres meses a la espera del informe de …, pero no lo hizo.

Se hace eco de una doctrina jurisprudencial plenamente asentada en ese sentido la STS de 11 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5547), que señala que "resulta indudable la exigencia legalmente dispuesta por la Ley 30/1992 de proceder a acordar expresamente la suspensión de un procedimiento y su notificación a los interesados, para que pueda considerarse suspendido un procedimiento", con el matiz de que "no cabe considerar suspendido el procedimiento durante el tiempo en que se recaba la emisión de un informe preceptivo si no se acuerda expresamente la suspensión y se notifica a sus interesados, si bien la regla resulta de aplicación solo desde el momento en que tales interesados se conocen".

En ese contexto, **si bien el Decreto de 6 de julio de 2020 de la Alcaldesa** de Pasaia, por el que se remite el expediente para informe de esta Comisión Jurídica Asesora de Euskadi, **no dispone ni una ampliación ni la paralización del procedimiento, ello no implica que pueda existir un acto que así lo acuerde**.

Ahora bien, **si tal acto no se hubiera dictado, sería preciso apreciar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato** de explotación del bar del Hogar de Jubilados de Trintxerpe, porque el dictamen preceptivo de esta Comisión va a ser posterior al 6 de agosto de 2020, fecha en la que, como explicábamos anteriormente, habría concluido el plazo para la tramitación del procedimiento.

En definitiva, **tal omisión obligaría a declarar la caducidad y el archivo del expediente, aunque ello no constituye obstáculo para la incoación de un nuevo procedimiento de resolución contractual porque la declaración de caducidad no produce por sí sola la prescripción de las acciones de la Administración**, *ex* artículo 92.3 de la LRJPAC (actual artículo 95.3 de la LPAC), es decir, la caducidad no conlleva el desapoderamiento de la Administración contratante para ejercer las potestades que la ley le confiere en defensa del interés público, a cuya satisfacción se dirige el contrato. En virtud del artículo 95.3 LPAC, además, podrían incorporarse al nuevo procedimiento los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, si bien, en todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de informe jurídico, audiencia al interesado y nuestro dictamen —si existe oposición por parte del contratista—.

DCJA 127/2020 párrs. 25 a 31

Audiencia de los interesados

Se ha abierto el trámite de audiencia, con traslado del referido informe a **la entidad reclamante, que ha formulado sus alegaciones en las que**, además de reiterar que en su opi-

nión ha de reconocerse la responsabilidad patrimonial, **solicita que (i) se le remitan copias completas de todos los documentos que componen los tres expedientes referidos** a la autorización del centro en Getxo; y (ii) se amplíe la reclamación contra el Ayuntamiento de Getxo y el organismo autónomo Getxo Kirolak.

Conforme al artículo 82 LPAC, **el trámite de audiencia** de un procedimiento de responsabilidad patrimonial **no es la fase procedimental adecuada para pedir copia de expedientes** (en los que, por otro lado, Cenafe Escuelas S. L. como interesada directa, ha tenido acceso a su contenido íntegro —como prueba su reclamación—). Respecto de la segunda petición, la ampliación instada es improcedente pues, al contrario de lo que se señala, ni el ayuntamiento ni el organismo autónomo municipal son dependientes del Departamento de Educación.

DCJA 17/2020 párrs. 46 a 47

En relación con la audiencia, se aprecia únicamente que, **tras las alegaciones presentadas por la reclamante y a instancia del instructor, se ha incorporado un escrito de los agentes de movilidad** en el que se detallan minuciosamente los hechos y el contexto en el que se produjo la caída.

Aunque este escrito no ha sido trasladado a la reclamante, **la Comisión estima que únicamente tratan de aclarar ciertas cuestiones ya establecidas, aunque con menor detalle, en informes anteriores. No consideramos, por tanto, que su falta de conocimiento por parte de la reclamante pueda haber provocado una situación de indefensión**.

DCJA 31/2020 párrs. 20 a 21

La prueba

La reclamante, en el trámite conferido para proponer la prueba, **solicita**, entre otras, **la testifical del empleado de la OTA** y proporciona para ello su teléfono móvil, pidiendo que se le cite a través de su empresa.

La prueba **no se practica**, según indica la propuesta de resolución, porque: (i) de las testificales de la hija y el marido se deduce que no hubo ningún testigo presencial; y (ii) no se ha identificado correctamente al testigo, de quien no se señala el domicilio completo.

De lo instruido cabe inferir que **el empleado de la OTA fue quien primero acudió en auxilio de la reclamante, por lo que su testimonio sí es relevante para clarificar las circunstancias de la caída** —sí pudo conocer el lugar exacto y la primera versión de la reclamante—. Por otro lado, su identificación era factible con los datos proporcionados, con solo reparar en que la OTA es un servicio municipal.

Como el motivo de la desestimación —tal y como luego razonamos— **no es la falta de prueba, el hecho de no haber practicado la testifical pedida no tiene en este caso trascendencia a efectos de considerar su omisión un defecto formal causante de indefensión material. Pero debe insistirse en la atención que ha de ponerse al denegar las pruebas instadas por quien reclama ya que, si no se deja probar, no cabe después alegar un incumplimiento del deber de probar para desestimar la reclamación**.

DCJA 164/2020 párrs. 16 a 19

En cuanto a la prueba, la reclamante solicita también que se libre oficio al servicio de emergencias del 112 para que proporcione la información sobre la ambulancia que trasladó a doña RSA. Sobre este extremo, **de acuerdo con las reglas que rigen la carga de la prueba, es a quien quiere probar este hecho a quien corresponde desarrollar la actividad a tal fin, sin que pueda trasladarse al instructor esa responsabilidad.**

DCJA 164/2020 párr. 20

De los medios de prueba propuestos por la parte reclamante, no consta que se haya practicado la testifical de los agentes de la Policía local que acudieron al lugar del suceso, ni la documental consistente en un informe sobre la existencia de otros siniestros similares.

De acuerdo con el artículo 77.3 de la LPAC, el instructor debería haber motivado por qué no se ha practicado la prueba propuesta.

Respecto a la toma de **declaración de los agentes de la Policía local su innecesariedad resulta clara pues obra en el expediente constancia documental detallada de la intervención policial el día de la caída**.

Sin embargo, **la información sobre la existencia de sucesos similares sí resulta una prueba pertinente al permitir saber si el ayuntamiento pudo conocer con antelación el estado de la acera y, en caso afirmativo, si adoptó de forma diligente las medidas para evitar accidentes**.

Sobre este aspecto ha de tenerse en cuenta también, por un lado, que la parte reclamante argumenta: "La inexistencia de 2 baldosas y la existencia de 2 baldosas levantadas en la acera no se produce de modo instantáneo e inmediato, sino que es consecuencia de una continuada falta de vigilancia por parte de los servicios de mantenimiento dependientes contractualmente del Ayuntamiento de Bilbao".

Y, por otro, que **la información pedida solo puede ser aportada al procedimiento por el ayuntamiento pues quien reclama no tiene forma de conocer si existieron avisos previos**.

En otras circunstancias, habríamos solicitado la ampliación de información para que la Administración municipal practicase una prueba de fácil realización dentro de su ámbito de actuación.

Sin embargo, como la Comisión considera que cuenta con los datos necesarios para poder analizar la consulta, estima que dicha ampliación prolongaría la demora que sufre el procedimiento en contra del interés de la reclamante.

DCJA 184/2020 párrs. 14 a 21

Por su parte, **la propuesta de resolución estima que no han quedado acreditadas la causa de la caída ni las circunstancias en que se produjo. No otorga valor a la declaración del testigo, ni al informe de los agentes de la Policía local por cuanto —se afirma— ninguno presenció el accidente**.

Sobre esa falta de prueba, **la Comisión no comparte la valoración del ayuntamiento y entiende que el informe de los agentes de la Policía local —por las características de imparcialidad y objetividad que reúnen sus informes— es suficiente para otorgar plena verosimilitud a la versión de la reclamante** y, en consecuencia, tener por cierta la realidad del hecho lesivo —torsión del tobillo al pisar en una zona de la acera en la que faltaban baldosas y había otras descolocadas— causante del daño —esguince leve del tobillo— y, derivado de ello, la producción de un perjuicio evaluable económicamente e individualizado.

DCJA 184/2020 párrs. 37 a 38

La propuesta de resolución, por su parte, **no considera que la reclamante haya acreditado de manera adecuada y suficiente la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y sus lesiones**. Estima que **la prueba testifical no constituye prueba suficiente por tratarse de una amiga y que los agentes de la Policía local que acudieron a la llamada no fueron testigos del accidente**, por lo que no pudieron corroborarlo. Considera, en definitiva, que la sola versión de la reclamante es insuficiente para acreditar su versión.

La Comisión, sin embargo, **no considera acertada la argumentación del ayuntamiento** en cuanto a desarrollo de los hechos por cuanto los elementos de prueba no se limitan a la versión de la reclamante.

Hay, en efecto, una única declaración testifical realizada por una persona que reconoce su relación de amistad con la interesada, pero cuya versión, unida a la de la reclamante y al resto de elementos indiciarios, permiten dar por probada la caída de la rama en el modo y circunstancias planteadas en la reclamación.

Así, por un lado, consta en el **informe de la Policía local** que, tras ser requeridos, los agentes acudieron al lugar y que en el mismo se encontró a la reclamante siendo atendida por los sanitarios de una ambulancia. Consta, asimismo, que fueron los propios agentes quienes retiraron la rama a la zona ajardinada y confirman que no fue necesario su traslado.

Posteriormente, **la versión de la reclamante se mantiene coherente cuando acude ese mismo día al Servicio de urgencias del Hospital** …, de manera que el informe médico refleja también como causa de la lesión la "caída de un tronco sobre el brazo hace varias horas", consecuencia de lo cual presentaba dolor e impotencia funcional del mismo codo, negando cualquier otra sintomatología.

Se dan, por tanto, **elementos ciertos e indiciarios suficientes para dar por probada la caída de la rama e, incluso, su impacto en el brazo de la reclamante**.

DCJA 188/2020 párrs. 25 a 30

Propuesta de resolución

No cabe, en cambio, una valoración positiva de la propuesta de resolución emitida en el procedimiento, que resulta incompleta y con apariencia de un borrador. Por ello**, para su validez, la propuesta de resolución debe ajustarse al contenido que prevé el artículo 88, con las peculiaridades que le son aplicables conforme al artículo 91 de la LPAC**.

DCJA 121/2020 párr. 15

III. Especialidades en el procedimiento administrativo

A) Procedimiento de contratación administrativa

El procedimiento para el ejercicio de la prerrogativa de interpretación se rige, al igual que el resto de prerrogativas, por la LCSP, más concretamente por lo dispuesto en su artículo 191, conforme al cual, cuando consta la oposición del contratista, requiere el presente dictamen. Debe igualmente tenerse en cuenta lo contemplado en el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante, el Reglamento).

En el contraste del procedimiento seguido con dicho régimen, en el caso sometido a dictamen la Comisión constata el cumplimiento de los trámites exigidos; se ha cumplido con el obligado

trámite de audiencia al contratista y constan igualmente en el expediente los informes emitidos por el interventor y el secretario municipales.

En orden al plazo para dictar la resolución municipal de interpretación, se ha de tener en cuenta que, en el campo de la contratación administrativa, **los procedimientos a los que la jurisprudencia** ─Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de febrero, RJ 2007\4846, y de 2 de octubre de 2007, RJ 7035\2007─ **ha reconocido entidad propia son únicamente los tramitados en relación con las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato y peticiones de atribución de subcontratación. En el caso de la resolución contractual**, la vigente LCSP contempla una disposición específica en su artículo 212.8, según la cual **los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses**.

En el caso de la interpretación contractual la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre si tiene o no entidad propia, lo que podría ser interpretado como una postura negativa, pero, incluso en caso de entender que sí ostenta esa consideración diferenciada con respecto al procedimiento de contratación, resulta complicado establecer con rotundidad una regla de caducidad. Decimos esto porque la LCSP no se pronuncia al respecto, mientras que, con carácter general, en los supuestos iniciados de oficio ─como es el caso─ la norma general de procedimiento ─esto es, la LPAC─ parte para establecer la caducidad de si se ejercitan potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen.

Con carácter general, resulta evidente que en la interpretación de un contrato no nos encontramos ante el ejercicio de una potestad sancionadora. Más complicado resulta establecer si se trata de una potestad de intervención, si bien, en la medida en la que nos encontramos ante una prerrogativa que no existe con carácter general en todos los contratos, sino que la ley solo la reconoce en el caso de que una de las partes de ese contrato sea la Administración, podría darse a esta cuestión una respuesta afirmativa.

A partir de ahí, **la interpretación de la Administración puede producir efectos desfavorables para el contratista, en la medida en la que imponga un criterio que este no comparta**.

Ahora bien, la Comisión estima que es preciso tener en cuenta que **la prerrogativa de interpretación de un contrato que ostenta la Administración se ha venido reconociendo históricamente para resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento; situación en la que la caducidad del procedimiento tiene un más que complicado encaje**.

La facultad de interpretación permite a la Administración imponer provisionalmente su criterio para continuar con la ejecución de un contrato bajo el cual subyace un interés público, pero **se parte en todo caso de una situación de discrepancia que debe ser resuelta en beneficio de la ejecución del contrato y no de una de las partes**. Esa interpretación unilateral se impone, además, sin perjuicio, en su caso, de su posterior revisión vía jurisdiccional.

En este contexto, **la aplicación de la institución de la caducidad puede resultar contraria a la propia finalidad de la prerrogativa, por cuanto la declaración de caducidad y el inicio de un nuevo procedimiento únicamente prolongaría la situación de incertidumbre sin que se aprecie beneficio alguno para las partes del contrato**.

DCJA 71/2020 párrs. 18 a 26

En primer lugar, **el procedimiento de interpretación debe formalizarse expresamente con un acuerdo de inicio**; en este caso, al ser de oficio, resultaría aplicable el artículo 58 de la LPAC. **En el mismo ha de especificarse cuál es la propuesta interpretativa que sostiene el órgano contractual**.

A continuación, en el curso del procedimiento **debe darse de forma expresa audiencia a la contratista**, tal y como lo dispone el artículo 191.1 de la LCSP.

Aunque el artículo 191.2 de la LCSP se refiere únicamente al **informe del servicio jurídico** cuando se trate del sector público estatal, una recta inteligencia del artículo 97.3 del Reglamento lleva a sostener que, tratándose del informe de la asesoría jurídica, el "en su caso" del Reglamento debe quedar relativizado, por lo que, salvo supuestos muy específicos, también ha de recabarse obligatoriamente.

Por el contrario, el **informe de la Intervención**, sobre el que nada dice la LCSP, no resultaría obligatorio, pero podría solicitarse potestativamente si así lo considerase oportuno el órgano de contratación.

A resultas de la audiencia de la contratista, si formulara oposición a la interpretación propuesta, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, *ex* artículo 191.3 de la LCSP.

Como última consideración, es oportuno recordar que los acuerdos que adopte el órgano de contratación, en virtud del artículo 191.4 de la LPAC, "pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos".

Partiendo de tal *iter* procedimental, no podemos decir que el procedimiento tramitado se haya acomodado en lo sustancial al que debe seguirse en estos casos.

El órgano competente para ejercer la prerrogativa es, conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, el órgano de contratación, en este caso, el Alcalde de Ordizia.

DCJA 139/2020 párrs. 9 a 16

B) Reclamaciones de responsabilidad patrimonial

Iniciación

Plazo para reclamar

Dicho lo anterior, considera la Comisión que **la reclamación de don AJR se ha formulado fuera del plazo establecido para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial**.

No existe duda de que, a la vista de las razones señaladas por el reclamante, junto con la circunstancia de haber presentado la reclamación con una escasa antelación al día en el que consideraba que se cumplía el plazo de un año desde que la Sentencia fue declarada firme, estamos ante un supuesto de los recogidos en el artículo 67.1 párrafo segundo de la LPAC.

En fundamento de su pretensión, tras recordar el fallo de la Sentencia nº 77/2007 de 20 de marzo, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, así como el de la Sentencia nº 216/2014 de 11 de abril, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, refiere que:

> Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de noviembre de 2017, declarada firme el 13 de febrero de 2018, se declara que la ejecución de la sentencia no se efectuó correctamente y que el compareciente debe figurar en el puesto nº 2 de la lista de candidatos a sustituciones.

A continuación, señala que por este retraso "no se le han adjudicado durante los cursos 2016/2017 y 2017/2018 sustitución, cuando de haber sido ejecutada correctamente hubiera tenido nombramiento durante esos dos cursos".

Pero posteriormente amplia los periodos en los que ha dejado de trabajar por no haberse ejecutado bien la sentencia (de 8/9/2006 a 6/9/2007, de 9/9/2008 a 26/1/2009, 28 y 29/3/2009, de 16/5/2009 a 17/10/2010, de 22/2/2011 a 31/8/2011, y finalmente, de 1/9/2016 a 31/8/2018).

Antes que nada, conviene advertir que el reclamante **podía haber acudido a otra vía para la reparación de los daños**, como así lo argumenta la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de mayo de 2007 (RJ 2007/55847), de una consideración conjunta de los artículos 103 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA):

> La primera idea es que el cumplimiento de toda sentencia Contencioso-Administrativa es, por imperativo constitucional y legal (artículos 118 CE y 103.1 LJCA), un deber inexcusable, que recae principal y directamente sobre la Administración pública destinataria de la condena impuesta en su fallo.
>
> La segunda idea es que ese deber pesa sobre dicha destinataria sin necesidad de la intervención judicial a través de la fase procesal ejecutiva, por lo que es de diferenciar entre un cumplimiento espontáneo y un cumplimiento forzoso de todo fallo judicial.
>
> La tercera idea es que, de no producirse el cumplimiento espontáneo, podrá instarse procesalmente la ejecución para lograr el cumplimiento forzoso, y este cumplimiento deberá comprender tanto la realización de lo directamente

ordenado en el fallo (artículo 108.1 LJCA), como también la reparación de todas las consecuencias lesivas que se hayan derivado de la falta del cumplimiento espontáneo de ese fallo por parte de la Administración condenada (artículo 108.2 LJCA).

La cuarta idea es que deberán considerarse daños indemnizables, derivados del incumplimiento, todos aquéllos que tengan su causa en una actuación administrativa contraria al fallo judicial o en la pasividad manifestada por la Administración condenada en cuanto al cumplimiento espontáneo de dicho fallo al que ya viene obligada, y sólo serán excluibles aquéllos que tengan su origen en una indebida actuación del beneficiario de ese fallo judicial (actuación que deberá valorarse casuísticamente con atención de las particulares circunstancias del concreto litigio).

La quinta idea es que la satisfacción debida por ese incumplimiento deberá estar regida por el principio de completa indemnidad y reparación integral, de manera tal que la indemnización comprenda ciertamente todos los daños y perjuicios sufridos, pero pondere también aquéllas otras circunstancias que fundadamente demuestren que la entidad o extensión del daño ha sido inferior a la que es reclamada.

Ahora bien, **eso no impide que pueda optar por la vía autónoma de la reclamación de responsabilidad patrimonial ante la propia Administración, pero para ello deberá sujetarse a los plazos establecidos en la LPAC**.

En este caso, **lo relevante es determinar cómo debe interpretarse el *dies a quo* específico establecido por el artículo 67.1, párrafo segundo, de la LPAC**: "En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, el derecho a reclamar prescribirá al año de haberse notificado la resolución administrativa o la sentencia definitiva".

Debemos tomar como referencia inexcusable para determinar si se ha producido o no la prescripción del derecho a la Sentencia nº 536/2017, de 16 de noviembre, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Es dicha sentencia la que anula las Resoluciones de 20 de septiembre de 2007 y 31 de octubre de 2007 de la Directora de Gestión de Personal, por ser contrarias al fallo de la sentencia, estando la indemnización ligada a su anulación, pues fueron las que impidieron **que don AJR fuera llamado a la cobertura de las plazas de la especialidad, al colocar a otros aspirantes en un lugar preferente pese a que habían sido excluidos de la lista**.

Esta Comisión desconoce cuándo fue declarada formalmente la firmeza de la sentencia (no consta en el expediente tramitado), a la que el reclamante anuda el comienzo del plazo, **pero tal dato es irrelevante a tenor de la doctrina del Tribunal Supremo** en relación al artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJPAC), que, al igual que el párrafo segundo del artículo 67.1 de la LPAC, alude también a la sentencia definitiva.

Luego indagaremos sobre el sentido de la supresión en el párrafo segundo del artículo 67.1 de la LPAC de la acotación final del artículo 142.4 LRJPAC "no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5".

Es obvio que **cuando la ley menciona a la sentencia definitiva quiere identificar a la sentencia definitiva y firme, siendo importante dilucidar cuándo se produce dicha firmeza**.

A tenor de la doctrina de la STS de 25 de febrero de 2013 (RJ 2013/2517):

> La firmeza de las sentencias se produce por disposición de la ley, en los términos del artículo 207 LEC, bien porque contra las mismas no quepa recurso alguno, bien porque estando previsto el recurso, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado, sin que, como indica la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2009 (RJ 2010, 1122) (recurso 679/2008), pueda quedar al albur de los responsables de la gestión procesal la determinación de la firmeza de una sentencia cuando tal situación deriva de la propia naturaleza de la misma.
>
> Por tanto, debemos rechazar como dies a quo del plazo de prescripción la fecha de la resolución de 7 de marzo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que declaró firme y ejecutoria la sentencia del mismo Tribunal que había sido objeto del recurso de casación.

Existen dos supuestos que hay que distinguir: (i) si la sentencia no puede ser recurrida, el plazo comienza el día siguiente al de su notificación; (ii) si la sentencia es susceptible de recurso, y este no se interpone, el plazo de prescripción se inicia al día siguiente a la expiración del plazo para interponer el recurso.

En nuestro caso, la sentencia era susceptible de recurso de casación, por lo que el plazo comenzó el día siguiente al de expiración del plazo para interponerlo. Para establecer la fecha de expiración de dicho plazo, resulta útil reflejar el razonamiento seguido por el Auto del Tribunal Supremo (ATS) de 13 de mayo de 2019 (JUR 2009/155092):

> El artículo 89.1 LJCA establece que el recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre.
>
> A su vez, el artículo 151.2 LEC establece que los actos de comunicación "[...] que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el apartado 1 del artículo 162 de esta Ley".
>
> [...]
>
> En el presente caso, según consta en la documentación aportada por el recurrente en queja, la notificación de la sentencia a la representación procesal de la parte recurrente se efectuó a través de la aplicación lexnet, figurando

> que el órgano judicial remitió la notificación el día 29 de noviembre de 2018, misma fecha de recepción en destino.
>
> Por tanto, de acuerdo con el citado artículo 151.2 LEC, la notificación en cuestión se debe tener por realizada el día siguiente, 30 de noviembre, viernes; comenzando el cómputo de los treinta días establecidos en el artículo 89.1 LJCA para preparar el recurso de casación el siguiente día hábil, que en este caso fue el día 3 de diciembre, lunes.
>
> Pues bien, a efectos del cómputo de ese plazo de treinta días hay que descontar los sábados y domingos, así como los días 24 y 31 de diciembre, conforme a lo dispuesto en el artículo 182.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, deben descontarse los días 6 de diciembre (fiesta de la Constitución española de 1978) y 25 de diciembre (Natividad del Señor), ambos de 2018, y 1 de enero (Año Nuevo) y 7 de enero de 2019 (lunes siguiente a Epifanía del 6 de enero, domingo), por tratarse de días inhábiles.
>
> Así pues, teniendo en cuenta estos datos, el plazo de treinta días establecido para la presentación del escrito de preparación vencía el día 21 de enero de 2019…

La Diligencia del letrado de la Administración de Justicia de 21 de noviembre de 2017 dispone la notificación a las partes de la Sentencia nº 536/2017, de 16 de noviembre, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, pero no nos consta cuándo fue recepcionada por la representación procesal del reclamante.

Sin embargo, el sello que figura en la copia de la sentencia que obra en el expediente indica que fue recepcionada por el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco el 23 de noviembre de 2017, produciéndose su notificación el 24 de noviembre de 2017, venciendo el plazo para la interposición del recurso de casación el 11 de enero de 2018 (esto es treinta días sin contar los días inhábiles señalados por el ATS de 13 de mayo de 2019).

Según el artículo 151.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), "Todas las resoluciones dictadas por los Tribunales o Letrados de la Administración de Justicia se notificarán en el plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación". Por su parte, el artículo 151.2 de la LEC señala que los actos de comunicación que se practiquen a través de los servicios organizados por los Colegios de Procuradores se tendrán por realizados el día siguiente hábil a la fecha de recepción que conste en la diligencia o en el resguardo acreditativo de su recepción cuando el acto de comunicación se haya efectuado por los medios y con los requisitos que establece el artículo 162 de la misma ley. Además, el artículo 154.2 de la LEC establece que la remisión y recepción de los actos de comunicación con los procuradores en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores lo será por los medios telemáticos o electrónicos y con el resguardo acreditativo de su recepción a que se refiere el artículo 162 de la LEC.

No es inoportuno tampoco advertir que **no es preciso para que la comunicación despliegue plenamente sus efectos que conste la recepción personal por el procurador al que va dirigida la notificación, pues es suficiente la recepción de la misma por el servicio común de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores** (por todas, STS de 9 de junio de 2014-RJ 2014/3920).

En el caso examinado, **estando implantado el sistema JustiziaSip, mediante el que se notificaría la sentencia**, realizándose el acto de comunicación por medios telemáticos y electrónicos, **debiéndose cursar la notificación en el plazo de tres días, esto es, con la fecha a término del 24 de noviembre de 2017, puede razonablemente deducirse que la remisión y recepción en el tiempo de la misma resultarían prácticamente coincidentes tanto al Servicio Jurídico de la Administración Vasca como al servicio común de recepción del Colegio de Procuradores**.

En cualquier caso, no tenemos motivos para suponer que existiera una demora en el acto de comunicación a una de las partes y, aun en el supuesto hipotético de que se practicara más tardíamente, debemos descartar que la sentencia se notificara al representante del reclamante con posterioridad al 27 de diciembre de 2017, más de un mes después de la notificación al Gobierno Vasco, pues solo en ese caso de retraso o dilación indebida no habría vencido el plazo de treinta días para interponer el recurso de casación el 8 de febrero de 2018.

Partiendo del hecho indubitado de que la sentencia adquirió firmeza para la Administración de la Comunidad Autónoma el 11 de enero de 2018, a la vista del régimen legal de notificación de las resoluciones judiciales y de las circunstancias concurrentes **cabe inferir que para el reclamante adquirió firmeza asimismo en esa fecha o, en la hipótesis más favorable para su solicitud, en algún día posterior, pero en todo caso, muy próximo a esa fecha** (uno o dos días después).

Por tal motivo, **la reclamación de responsabilidad patrimonial por la anulación de los actos en vía contencioso-administrativa formulada el 8 de febrero de 2019 resulta extemporánea, al haber trascurrido el año desde la firmeza de la sentencia definitiva que así lo declara**.

En cuanto a la supresión en el párrafo segundo del artículo 67.1 de la LPAC de la acotación final del artículo 142.4 de la LRJPAC "no siendo de aplicación lo dispuesto en el punto 5", se ha entendido que la misma obedece a la posibilidad de tomar como *dies a quo*, incluso en los casos de anulación de un acto o disposición de carácter general, no tanto la fecha del hecho o el acto que motive la reclamación (que normalmente será anterior a la fecha de la sentencia, por lo que no añade ninguna posibilidad nueva) sino la fecha en que se manifieste su efecto lesivo (algo que parecía vedar la anterior redacción del artículo 142.4 LRJPAC).

De acuerdo con la teoría de la *actio nata*, el plazo de ejercicio de la acción solo puede comenzar, como señala la STS de 27 de abril de 2010 (RJ 2010, 4739), "cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona **cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad"**.

En ocasiones, el daño se revela como efectivo y de posible determinación cuando se dicta la sentencia, pero en otras el daño no se materializa hasta que se ejecuta la sentencia, por ejemplo, en el caso de anulación de licencias que obligan a demoler lo ilegalmente construido o la clausura de un establecimiento con el cese definitivo de la actividad, en los que el daño no se puede cuantificar hasta que se lleva a cabo la actuación material posterior.

Incluso en tales supuestos **una reciente STS de 10 de julio de 2018 (RJ 2008/3334) aboga por la aplicación de la regla general del plazo del año desde la firmeza de la sentencia** ya que su contenido "no tendría que verse afectado ni por (1) la tramitación del Incidente de imposibilidad de ejecución de sentencia (que, de prosperar, daría lugar, en su caso, a otro tipo de indemnización ex artículo 105.2 in fine), ni por (2) el seguimiento del previo Incidente previsto en el artículo 108.3 de la LRJCA".

De todas formas, en el que examinamos, no se produce ninguna actuación material posterior en ejecución de la Sentencia nº 536/2017, de 16 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la Resolución que la lleva a puro y debido efecto, se limita a reconocer lo declarado por el fallo, con la confección de una nueva lista que regirá la selección a futuro.

El daño a reparar es el producido por las Resoluciones de 20 de septiembre de 2007 y 31 de octubre de 2007 de la Directora de Gestión de Personal, porque fueron tales actos los que defraudaron la expectativa del reclamante a cubrir el puesto de profesor especialista de … en cursos anteriores, al amparo del pronunciamiento emitido por la Sentencia n° 77/2007, de 20 de marzo de 2007, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n° 1 de Donostia-San Sebastián.

Ello supone que **cuando adquirió firmeza la Sentencia** nº 536/2017, de 16 de noviembre, de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco **ya tenía conocimiento del daño ocasionado y podía pedir su reparación** (desde el curso 2007/2008 hasta el curso 2016/2017). **Es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños.**

DCJA 36/2020 párrs. 27 a 56

En el análisis que efectuamos sobre el ejercicio o no en plazo de la acción para reclamar, una vez realizada una valoración de los datos que facilita el expediente, **la Comisión entiende que doña ICHD conocía el alcance del daño sufrido por su hija cuando había transcurrido ampliamente el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 de la LPAC para ejercer la acción de responsabilidad patrimonial.**

En este caso ha de considerarse que nos estamos refiriendo a una atención sanitaria prestada en el año 2014, en que se produjo el nacimiento de KNZ, momento en el que sitúa la reclamante la actuación errónea de los servicios sanitarios y la lesión cerebral que sufre su hija.

En concreto**, la reclamación del año 2019 se refiere a la asistencia obstétrica prestada hace más de cinco años desde la reclamación**, cuya supuesta deficiencia se relaciona con la afectación neurológica diagnosticada a la menor ya en el periodo neonatal.

Como resume el inspector médico en el apartado de su informe relativo al análisis del caso, por lo que concierne al conocimiento del alcance del daño: "Desde su nacimiento se apreció en la hija de la interesada una microcefalia y se detectó la existencia de múltiples lesiones cerebrales, incluida una esquisencefalia (ESQ). Consta en el expediente que ya el 5.09.14 (6 meses de edad), en la consulta de Neuropediatría del Hospital H1 se explicó a los padres que la niña presentaba signos de parálisis cerebral infantil (PCI), requiriendo de estudio adicional para aclarar su etiología [folio76], necesidad reiterada en la consulta de 28.11.14 (8 meses y 24 días) y que en la de fecha 11.02.15 (11 meses y 9 días), a la que acudió la madre, se le volvió a explicar 'lo que es la PCI y los signos de su hija y su grave afectación neurológica' [folio73]".

Ha de repararse en que **la reclamante no motiva el ejercicio de la acción en el momento en que lo hace, ni en su escrito inicial, ni en el posterior de subsanación** con la cuantificación de la indemnización —sin que haya presentado alegaciones en el trámite de audiencia—, **por lo que la Comisión**, de acuerdo con lo ya anticipado, **no encuentra base para admitir el ejercicio en plazo de la acción previsto en el citado artículo 67.1 de la LPAC**.

En efecto, según refiere el inspector médico y documenta la historia clínica de la menor, **desde el momento inmediatamente posterior a su nacimiento en el año 2014 se conoció la lesión que padecía y su alcance** —estando pendiente de estudio la determinación de su causa, que, según expone el inspector, conforme a la literatura científica en la mayoría de los casos es congénita— **y así se les comunicó en varias ocasiones a sus progenitores,** conocedores de la microcefalia, hipertonía generalizada y parálisis cerebral de su hija, que le condujeron a su ingreso en la Unidad de neonatos del Hospital H1.

DCJA 123/2020 párrs. 34 a 39

En todo caso, cabe señalar que, **a pesar de que tras sucesivas intervenciones su patología no ha sido corregida, ello no quiere decir que la acción para reclamar, derivada de la primera operación, continúe todavía vigente**, entendiendo que las secuelas derivadas de la misma no se hayan estabilizado totalmente.

DCJA 125/2020 párr. 37

Instrucción

A la hora de analizar el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio, la Comisión estima que **tiene especial valor el informe del propio servicio implicado**; de ahí que también la ley prevea su emisión con carácter preceptivo en todos los procedimientos de responsabilidad patrimonial (artículo 81 de la LPAC).

En este caso, dado que el servicio implicado es el de mantenimiento de la vía pública, **cumple esa función el informe del arquitecto técnico municipal, cuyo contenido, aunque es-**

cueto, establece con claridad que la situación de la acera en el momento del accidente estaba por debajo de lo que el propio ayuntamiento fija como su propio estándar.

En primer lugar, confirma que se trata de un espacio público y, a continuación, señala lo siguiente:

> En 2017, tal y como se aprecia en las fotos obtenidas por los municipales, el desnivel de la acera tenía una longitud de 5,00 m y una altura de 2,5 cm. Este desnivel se encontraba a 80 cm del bordillo y en ese punto la acera tenía desde 2,5 m hasta 4,00 m de anchura. La acera está en pendiente y no tiene buena visibilidad.
>
> En 2018 el Ayuntamiento precedió al arreglo de dicha acera y actualmente se encuentra en buen estado de conservación.

Por su parte, el informe elaborado por los agentes de la Policía local que acudieron al lugar en el que se produjo la caída constata también que "la acera estaba rota y tenía varias grietas". Estos agentes sacaron varias fotografías en las que se aprecian con claridad las irregularidades, si bien no permiten establecer con exactitud su magnitud. No obstante, esa determinación sí se produce, como hemos visto, en el informe del arquitecto técnico municipal.

Por tanto, **se trata de una acera que se encuentra en una zona con pendiente y presenta un desperfecto que afecta a una longitud de 5 metros, esto es, afecta a una parte importante de su superficie**. Además, el señalado desperfecto **presenta un desnivel con una profundidad superior a los dos centímetros, a lo que debe añadirse**, dada la hora en la que se produjo el incidente ─la Policía municipal recibió el aviso a las 22:24 horas─, **la mala visibilidad, que igualmente reconoce el informe del arquitecto técnico**.

Frente a este criterio, **en la propuesta de resolución se ha impuesto el defendido por la compañía de seguros del Ayuntamiento, en el que se relativiza la magnitud de las irregularidades**, y se considera que el estado de la acera se encuentra dentro del estándar social admisible.

Pues bien, la Comisión, tal y como ha avanzado, considera que, en el marco de una reclamación de responsabilidad patrimonial, **el criterio del servicio concernido es un elemento esencial a los efectos de establecer el estándar de funcionamiento de ese servicio; más aún cuando**, como es el caso, **ese informe considera que ese estándar no ha sido cumplido por la Administración**.

El criterio del arquitecto se funda además en las dimensiones concretas y en un estado de la vía pública constatado *in situ*, por lo que se presume real, dada la objetividad que se presume en la actuación de los empleados de la Administración en el ejercicio de sus funciones.

DCJA 70/2020 párrs. 35 a 42

Únicamente, es preciso advertir que, en base al artículo 22.1.d) de la LPAC, **no cabe tomar la decisión de suspensión, de forma rutinaria, cuando se solicite el informe del servicio presuntamente responsable del daño causado**.

Es cierto que, a la luz del artículo 81.1 de la LPAC, dicho informe es preceptivo y que el artículo 22.1.d) de la LPAC se refiere a los informes que se soliciten tanto si lo es "a un órgano de la misma o distinta Administración". Sin embargo, parece obvio que, en tanto que trámite ordinario en estos expedientes, salvo supuestos singulares, que no es el caso, **su debida cumplimentación puede realizarse sin problemas dentro del amplio plazo de seis meses** previsto por el artículo 91.3 de la LPAC para la resolución y notificación del procedimiento.

DCJA 143/2020 párrs. 18 a 19

En cuanto al **informe del servicio implicado en la asistencia cuestionada** —en este caso, el de anestesiología del Hospital H1—, además de lo ya reseñado, dejamos constancia de que **no se ha recabado específicamente en este procedimiento administrativo, pese a ser preceptivo** de acuerdo con el artículo 81.1 de la LPAC —"En el caso de los procedimientos de responsabilidad patrimonial será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable…"—.

Como venimos recordando (por todos, dictámenes 70/2018 y 49/2012), "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".

Dicho lo anterior, en este caso, como hemos avanzado, **se ha incorporado al expediente la documentación de las diligencias previas antes citadas, en las que figuran las declaraciones del personal sanitario que intervino en la anestesia de la menor —la anestesista declaró durante la instrucción y en el acto de la vista oral—, así como otra documentación médica**.

Por ello, la Comisión entiende que, en el supuesto que analizamos, **dichas declaraciones permiten considerar que, materialmente, ha informado el servicio a cuyo funcionamiento se imputa la lesión**, y que permite, además, a la Comisión contar con la información que debería haber aportado el trámite omitido.

Con esta decisión se evitan también las negativas consecuencias que para las personas reclamantes pudiera tener en este momento retrasar la obtención de una decisión administrativa sobre su reclamación.

DCJA 181/2020 párrs. 20 a 24

Capítulo 7. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

I. Daño

Igualmente, **la Inspección médica también reconoce en su informe la deficiente gestión administrativa de la reclamación,** si bien entiende que ello no implica una desatención por parte del Servicio de ginecología del Hospital H1:

> Aunque fue incorrecta la gestión administrativa de aquella reclamación, de ello no se desprende que la paciente sufriera desatención alguna por parte del servicio de Ginecología del Hospital H1.

Por todo lo anterior, **queda, pues, en evidencia la existencia de un mal funcionamiento del Servicio de atención a la paciente**, que, al no responder debidamente al escrito de queja que presentó ante el SAPU del Hospital H1, primero en febrero y después en abril de 2018, contraviene su derecho a recibir una respuesta adecuada, con arreglo a la normativa vigente.

Dicho esto, sin embargo, **la Comisión constata que la paciente no precisa en su reclamación un requisito esencial para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial** de la Administración sanitaria, **como es el daño efectivo, individualizado y evaluado económicamente que ha sufrido a consecuencia del mal funcionamiento del servicio en cuestión**.

Por lo tanto, ante la omisión de la determinación del daño efectivo y evaluable económicamente padecido por doña ULP a causa del incorrecto funcionamiento del Servicio de atención a la paciente, la Comisión **considera que no queda acreditada la existencia de un daño concreto indemnizable del que pudiera derivarse, en su caso, la correspondiente responsabilidad patrimonial.**

DCJA 120/2020 párrs. 60 a 63

II. Indemnización

A) Daños materiales

En primer lugar, la valoración efectuada a instancias de la mercantil reclamante incluye un apartado referido a los **daños en la edificación**, que cuantifica, debidamente desglosado, en 9.718 euros. El Ayuntamiento, por su parte, admite el daño, pero discrepa en la cuantía. Así, tomando como referencia la valoración realizada a instancia de su compañía aseguradora, contempla una indemnización por este concepto de 8.179,20 euros.

La diferencia entre ambos importes se encuentra en dos cuestiones. **Por un lado, la valoración elaborada a instancia de la compañía aseguradora del ayuntamiento solo admite los daños soportados con factura o presupuesto, lo que entendemos correcto. Por otro lado, el informe aplica una reducción por demérito del 10 % que** esta Comisión no com-

parte porque entiende que **no es acorde al principio de indemnidad que rige la responsabilidad patrimonial aplicar una reducción del importe necesario para la reparación de inmuebles y, menos aún, cuando, como admite el propio perito** refiriéndose al momento en el que se adecuaron las oficinas, "**la obra es muy reciente**". En este concepto, por tanto, la cantidad que esta Comisión estima es la de 9.088 euros admitida por el informe pericial y soportada en facturas y presupuestos.

En cuanto al contenido, **la valoración municipal contempla reducciones** que van del 15 %, en el caso del mobiliario (2.122 euros) y material de oficina (319,50 euros), hasta el 30 % en el caso de los ordenadores (2.483,94 euros) y las horas de mano de obra para su instalación (329,94).

En este caso, **sí se considera correcto acudir al valor venal de los elementos o bienes que han de ser sustituidos. El artículo 34.2 de la LRJSP, referido a la indemnización** por responsabilidad patrimonial, **establece que esta se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables**, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. **Ello obliga a tomar en consideración el valor venal de las instalaciones o elementos materiales dañados**, tal y como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9370) y, también, la del día 24 de ese mismo mes y año, dictada, esta última, en el recurso de casación núm. 5785/1996. **Sin embargo, el valor venal tampoco encuentra sentido cuando se trata de indemnizar por servicios contratados para su puesta en funcionamiento, como es el de las horas** contratadas para la instalación de los nuevos ordenadores.

Tomando lo anterior en cuenta, **la Comisión estima correctas y proporcionadas las correcciones realizadas en el valor de las nuevas adquisiciones salvo en el caso de los servicios contratados para la instalación de los nuevos ordenadores**: 1.738,76 euros por los 6 ordenadores sustituidos; 1.803,70 euros por el mobiliario sustituido; 271,58 euros por el material de oficina sustituido; y 329,94 euros por los servicios contratados para instalar los nuevos equipos. Ello hace un total de 4.143,98 euros por este concepto.

No existen discrepancias en los conceptos referidos al alquiler temporal del nuevo local por un total de 1.800 euros, la mudanza por 2.500 euros y el traslado de las líneas telefónicas por 300 euros.

DCJA 51/2020 párrs. 26 a 30

B) Lucro cesante

Finalmente, **la reclamación incluye en el concepto de lucro cesante los salarios y las cotizaciones de la seguridad social de los trabajadores durante el periodo de 15 días en los que la empresa suspendió su actividad ordinaria**.

El ayuntamiento niega este concepto al entender que la mercantil reclamante no ha probado adecuadamente el perjuicio real y debidamente evaluado. Durante la instrucción del procedimiento el instructor requirió a la empresa para que, a estos efectos, presentara las declaraciones fiscales de la sociedad de los últimos ejercicios; requerimiento no respondido por COBE 2000.

Ello justifica, en efecto, que se rechace indemnizar por los beneficios dejados de obtener puesto que no se habrían justificado ni a través de las declaraciones fiscales requeridas, ni a través de cualquier otro medio de prueba.

Sin embargo, **lo que la empresa incluye como lucro cesante no está referido a los ingresos o ganancias dejados de percibir como consecuencia del siniestro, sino que únicamente se refiere a los gastos de personal improductivo que ha tenido que mantener durante la suspensión de la actividad**.

En esa petición no se observa la contradicción que plantea el ayuntamiento referida, fundamentalmente, al caso en el que la petición incluye, por un lado, los gastos generales o de la actividad mantenidos durante la suspensión de esa actividad y, por otro lado, los ingresos dejados de percibir durante ese mismo periodo. En este caso, de atender la petición se produciría, en efecto, un enriquecimiento injusto al no tener en cuenta que para obtener esos ingresos la empresa debe también realizar los gastos propios de su actividad.

La reclamación, como decimos, únicamente incluye los gastos de personal durante el tiempo de suspensión de la actividad (15 días); perjuicio que se acredita mediante las nóminas correspondientes. Como se expresa en la **sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio de 1982 (RJ 1982 5376), "los salarios del tiempo en que, con causa en la inundación, no funcionó la fábrica y el valor de actividades contratadas para dar constancia a los hechos con vistas a su indemnización, no constituyen perjuicio en su dogmático y conceptual sentido de 'lucrum cesans', sino continuación o amplificación, por sucesiva causalidad, del inicial 'damnum emergens'** participando de la naturaleza de éste".

Por tanto, **en la medida en que el ayuntamiento tampoco ha instado prueba para descalificar, en su caso, las nóminas y aportaciones a la seguridad social presentadas por la sociedad reclamante, y que esas pruebas tienen apariencia de válidas al aparecer documentalmente acreditadas, la Comisión discrepa del rechazo de estos conceptos en los términos planteados en la propuesta de resolución municipal**. Ello supondría admitir como daño indemnizable el importe de 5.050 euros reclamado por la empresa por salarios y cotizaciones a la seguridad social durante los 15 días de suspensión de la actividad ordinaria de la empresa.

DCJA 51/2020 párrs. 32 a 38

III. Relación de causalidad

A) Estándares de funcionamiento

Por lo tanto, **nos encontramos nuevamente antes dos afirmaciones contradictorias**, dado que, por un lado, don JRS denuncia que no se había colocado la señalización que advirtiera sobre el estado húmedo del suelo y, por otro lado, **el servicio municipal afectado refiere, de manera genérica, que, conforme al protocolo, cuando el suelo de los baños está mojado, se coloca la señalización de suelo húmedo, sobreentendiéndose que el día del incidente también estaba colocado**.

A este respecto, resulta oportuno recordar brevemente las reglas que rigen la distribución de la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial.

Tal y como lo expresamos en el Dictamen 29/2010, conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial vertida en la interpretación del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, y de su inmediato antecedente (artículo 1214 del Código Civil**),** corresponde a quien formula la acción de responsabilidad probar la certeza de los hechos que amparan su pretensión; principio general que puede venir modulado por criterios especiales sobre la carga de la prueba establecidos por disposición legal, así como en virtud del denominado principio de disponibilidad y facilidad probatoria que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, se traduce en que las señaladas reglas sufren una notable excepción en aquellos casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración.

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, "El principio de facilidad probatoria hace recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que se halla en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente. Consagrado en la LEC, ya venía siendo acogido por la jurisprudencia de esta Sala" (Sala de lo Civil, Sección 1, Sentencia nº 403/2013 de 18 junio (RJ\2013\4376)).

Es por ello que, en atención al principio de disponibilidad y facilidad probatoria, la Comisión entiende que el ayuntamiento se halla en una posición prevalente o más favorable para conocer y acreditar la colocación de la señalización en el momento de los hechos, en tanto que titular de la gestión de los equipamientos culturales de uso público y de los servicios públicos relacionados con los mismos, entre los que se incluye el de la limpieza de las instalaciones.

Se ha de recordar, además, que corresponde a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento razonable ofrecido por el servicio público, que, en este caso, queda establecido en el protocolo de limpieza correspondiente, y en el que se contempla que se colocará la señal de suelo mojado cuando el piso esté húmedo.

Ni en el expediente ni en los resultados de la prueba practicada se halla el soporte fáctico suficiente para poder darse por acreditado que la señal de advertencia relativa al suelo mojado estuviera desplegada en el lugar y en el momento de la caída, lo que supone una contravención del estándar de funcionamiento razonable de la Administración municipal, recogido en el protocolo de limpieza correspondiente.

En consecuencia, la Comisión considera que existe responsabilidad patrimonial del ayuntamiento por los daños ocasionados a don JRS a causa de un mal funcionamiento en la gestión de la instalación cultural de uso público, concretamente, del servicio relacionado con su limpieza.

DCJA 166/2020 párrs. 46 a 53

B) Título de imputación

El 22 de marzo de 2018 doña MTHH presentó **una solicitud de reclamación de responsabilidad patrimonial contra la ITSS** [Inspección de Trabajo y Seguridad Social] de … ("dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social"), **a fin de que "se reconozca el derecho de la que suscribe a ser indemnizada en la cuantía a que asciende el incremento en un 30 % de las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de las citadas bajas médicas** de 16/11/2007 y 14/01/2009", con el siguiente fundamento (folios 33 a 35):

> Doña MTHH ha sufrido un **daño patrimonial consistente en la pérdida del derecho a que las prestaciones de Seguridad Social derivadas de las citadas bajas médicas sean incrementadas en un 30 % con cargo a la empresa responsable IFBS, como consecuencia del funcionamiento de la Inspección de Trabajo**.
>
> Así, a pesar de que **dicha Administración tiene la obligación de iniciar el proceso y emitir el correspondiente informe sobre la existencia de infracción en materia de seguridad y salud laboral, así como de incoar el procedimiento administrativo de imposición del recargo de prestaciones y declarar la existencia del mismo** (ex art. 123 LGSS y art. 22.9 Ley Ordenación del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social), la Inspección de Trabajo no inicia las actuaciones hasta el 29 de mayo de 2008 y transcurre más de un año y cuatro meses hasta que se emite un informe —26 de febrero de 2009—, siendo requisito imprescindible para el reconocimiento del recargo la existencia de una prestación de Seguridad Social causada por contingencias profesionales, por incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
>
> Por tanto, **a causa de dicha demora y omisión en la actuación de la Inspección de Trabajo,** Doña MTHH ha sufrido la citada lesión.

Con posterioridad, en el escrito de alegaciones matiza la pretensión anterior y añade:

> (…) tal y como he señalado en el escrito de alegaciones, en el referido informe 26 de febrero de 2009 **la Inspección de Trabajo se limita a requiere** (sic) **al Instituto Foral de Bienestar Social la adopción con carácter inmediato de una serie de medidas. Y no procede, como estaba obligada legalmente, a levantar acta de infracción por la comisión de una falta grave por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo lo que ha acarreado la prescripción de la infracción**. Tampoco dirige al Instituto Nacional de la Seguridad Social la correspondiente propuesta de recargo de prestaciones de incapacidad temporal, siendo necesario el mismo, ya que el recargo va unido de manera inseparable a una prestación de Seguridad So-

> cial causada por contingencias profesionales, por incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
>
> Por tanto, no es cierto lo que señala la Inspección de Trabajo en su informe sobre responsabilidad patrimonial (págs. 29 a 32) sobre que se han adoptado "en todas las actuaciones practicadas en el presente caso, las medidas procedentes que la normativa vigente reconoce a los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social"
>
> (…)
>
> (…) Finalmente, señalar que el momento en que la lesión se ha producido efectivamente es con la notificación de la citada resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 24 de marzo de 2017. Así como con la notificación de la resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 12 de abril de 2017 (…).

(…)

De inicio, y sin realizar valoraciones de mayor alcance, se puede observar que el planteamiento de la reclamante para instar **la responsabilidad patrimonial** de la Administración en los términos expuestos en el apartado anterior se conecta con cuestiones sustantivas relativas a un daño que, a su juicio, **se origina inicialmente en un informe de la ITSS de 26 de noviembre de 2009, y más adelante se materializa en unas resoluciones de la Dirección provincial del INSS de …, conforme a las que, indicada la fecha de efectos económicos del recargo de prestaciones pretendido, se ve imposibilitada para percibirlo por hallarse esa fecha fuera de los periodos de IT** [invalidez temporal] **a que concierne el citado recargo.**

Se repara, así, en que **la reclamante, en lugar de utilizar el sistema de recursos de que dispone para combatir esas actuaciones administrativas, ha recurrido al instituto de la responsabilidad patrimonial** como instrumento para, en definitiva, en su caso, obtener el recargo de las prestaciones que considera que debería haber percibido de haberse actuado con arreglo a la normativa de aplicación.

Asimismo, no se nos escapan las dificultades aplicativas de la previsión sobre el periodo de retroactividad del recargo de prestaciones del artículo 53 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) vigente en el momento de tramitar el procedimiento en cuestión (ahora contemplada en el artículo 164 de la LGSS en vigor) en los casos referidos a una incapacidad temporal que inicialmente fue considerada contingencia de enfermedad común —asunto tratado en la Sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2020, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, nº 3693/2019—.

Dicho todo lo anterior, por lo que concierne a nuestra intervención en este asunto, el análisis de la cuestión sustantiva que subyace en la consulta planteada por la Consejera de Trabajo y Justicia respecto a la reclamación de responsabilidad patrimonial de doña MTHH se encuentra condicionado a un examen previo —que no se ha efectuado durante el procedimiento—, que afecta a la Administración a la que corresponde, en su caso, responder de la actuación

en que se concreta el funcionamiento anormal de un servicio público por los motivos y con los daños que señala la reclamante. El resultado de ese examen nos llevaría, en definitiva, a **dilucidar qué Administración es competente para resolver esa reclamación.**

No resulta irrelevante la complejidad del asunto, en consideración al **Acuerdo de 22 de junio de 2011 de la Comisión Mixta de Transferencias sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) en materia de función pública inspectora de la ITSS —aprobado por el Real Decreto 895/2011, de 24 de junio; y en la CAPV por el Decreto 138/2011, de 28 de junio—**, del que **resulta la dependencia orgánica de la Administración autónoma de un grupo de inspectores e inspectoras de trabajo, pero al mismo tiempo** —en aras de los principios de unidad de actuación y de cooperación— **una dependencia funcional también de la Administración del Estado**, según el ámbito competencial en que se desenvuelva la actuación inspectora.

Además de los títulos competenciales implicados en la materia a que se refiere el traspaso (artículos 149.1.7ª y 18ª y artículo 12.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco), el párrafo 3 del artículo 17 (relativo a los "Acuerdos bilaterales y Comisiones Territoriales en materia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social") de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social —vigente en el momento en que se efectuó la transferencia— posibilitaba que los acuerdos entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma previeran "la adscripción orgánica de funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la Administración Autonómica" (de acuerdo con las previsiones de la disposición adicional séptima de esa ley).

Con arreglo al apartado A) del anexo del Real Decreto 895/2011, "La Comunidad Autónoma del País Vasco ejercerá su competencia respecto de las materias del orden social traspasadas y a estos efectos, de acuerdo con la citada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, los Inspectores y Subinspectores transferidos pasarán a depender orgánicamente de la Comunidad Autónoma y actuarán bajo la dependencia funcional de la correspondiente administración competente en cada uno de los ámbitos de su actuación".

El apartado B) del anexo prevé las funciones y servicios que se traspasan a la CAPV, con un párrafo introductorio en el que se ciñe el traspaso al ámbito territorial y material de sus competencias con arreglo a la legislación vigente: "1. Se traspasa a la Comunidad Autónoma del País Vasco el ejercicio de la función inspectora en su ámbito territorial, y los servicios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, constituidos por los órganos, funcionarios y medios materiales que contribuyen al adecuado cumplimiento de las normas del orden social en las materias competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco".

Seguidamente detalla ese ámbito material de los cometidos de la función inspectora incluidos en el ámbito competencial de la CAPV, "Sin perjuicio de la necesaria coordinación y colaboración con la Administración del Estado", y que, en todo caso, comprenden: (I) la vigilancia y la exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y el contenido normativo de los convenios normativos en los ámbitos que cita: ordenación del trabajo y relaciones sindicales; prevención de riesgos laborales; los aspectos referidos al empleo que indica; y residualmente, "Cualesquiera otras normas cuya vigilancia se encomiende específicamente a la Inspección de Trabajo,

cuya competencia material corresponda a la Comunidad Autónoma del País Vasco"; (II) la asistencia técnica a empresas y trabajadores y trabajadoras, a entidades y organismos de la Seguridad Social, a otros órganos de las administraciones públicas y a los órganos judiciales, en los términos que expresa en cada caso; y (III) el arbitraje, la conciliación y mediación, con el alcance que prevé expresamente.

Para ello se traspasan "las funciones y los servicios que, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ejerce la Administración del Estado en relación con los funcionarios que, integrando el Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y el Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, pasen a depender orgánicamente de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el carácter nacional de ambos Cuerpos y los principios de ingreso único y de convocatoria única y de movilidad entre Administraciones".

Ha de considerarse en cualquier caso que, como indica el real decreto [apartado B) 3. del anexo], de acuerdo con la normativa aplicable, el traspaso se realiza "sobre la base de una concepción única e integral del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, del principio de unidad de función y actuación de los funcionarios del Sistema y del principio de eficacia en la ejecución de la función inspectora".

Con arreglo a esos principios, "Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, en el ámbito de sus respectivas facultades y competencias, podrán realizar actuaciones de investigación y adoptar medidas inspectoras en todas las materias del orden social, aun cuando sean de la competencia de una Administración distinta a la de su dependencia orgánica. Correlativamente, los funcionarios del Sistema de Inspección deberán dar completo cumplimiento a los servicios encomendados, adoptando las medidas que correspondan dentro de su ámbito de facultades y competencias, con independencia de su dependencia orgánica, de acuerdo con lo establecido en los convenios de colaboración".

Las funciones y servicios que continúan correspondiendo a la Administración del Estado se contemplan en el apartado C) del anexo del real decreto citado. Entre ellas reseñamos, por su conexión con el asunto que nos ocupa, la del párrafo 4, relativa al ejercicio de los cometidos de la función inspectora "respecto de las materias del orden social competencia de la Administración General del Estado", sin perjuicio de la necesaria coordinación y colaboración con la Comunidad Autónoma con arreglo a las fórmulas institucionales de cooperación que detalla el apartado D) y que se concretan a través de un convenio de colaboración entre ambas administraciones.

El 14 de diciembre de 2011 se suscribió el convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco en materia de organización y funcionamiento de la ITSS en la CAPV. En su cláusula vigésima segunda establece el régimen transitorio para la tramitación y asignación de las órdenes de servicio o expedientes pendientes de finalización.

En definitiva, conforme a ese régimen, y como hemos anticipado, **se diseña en la CAPV una ITSS en la que conviven inspectores e inspectoras adscritos orgánicamente a la Administración General del Estado y otros y otras, a la Administración de la CAPV, y que desde la perspectiva funcional pueden depender indistintamente de ambas administra-**

ciones en atención a la competencia sobre la materia en la que intervengan, siempre ajustados al principio de unidad de función y actuación en todas las materias del orden social.

La antes citada Ley 42/1997 fue derogada por la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LITSS), que prevé en su artículo 15.2: "2. La especialización funcional que regula esta ley será compatible con los principios de unidad de función y de actuación inspectora. En su virtud, cualquiera que sea el origen de su actuación, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán desplegar cuantas actuaciones de investigación y adoptar cuantas medidas consideren oportunas, respecto de la totalidad de las materias del orden social a que extienden sus competencias, con independencia de la Administración Pública a la que estén adscritos orgánicamente".

La Sentencia del Tribunal Constitucional **(STC) 249/1988 analiza los supuestos en que la coincidencia en el personal funcionario de la Inspección de la doble cualidad —doble dependencia, que, en el plano funcional, puede resultar en el caso de la ITSS— es constitucionalmente aceptable**. E igualmente la STC 185/1991, en relación con la competencia para la instrucción de expedientes sancionadores derivados de las actas de obstrucción, considera que corresponde, en principio, a la Generalitat de Cataluña, en ejercicio de su competencia de ejecución de la legislación del Estado, salvo que la actuación de la inspección se refiera específica y exclusivamente a materias que sean competencia del Estado. La STC 195/1996 clarificó más el escenario al no excluir la posibilidad de que la Comunidad Autónoma pudiera dotarse de su propio servicio de inspección, que actuaría en el ámbito competencial que le corresponde.

Determinado así el marco en el que se desenvuelve la función inspectora en la CAPV, ha de partirse de que, en el caso examinado, como se ha dicho, la reclamante presentó la solicitud de responsabilidad patrimonial a la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de …, del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Refiere que el 15 de octubre de 2007 presentó denuncia en Osalan sobre su situación laboral, y que ese organismo lo remitió a la ITSS de …; y que el 8 de enero de 2008 amplió ese escrito dirigido a la ITTS.

La ITSS de … inició las actuaciones de inspección el 29 de mayo de 2008 y se emitió informe el 26 de febrero de 2009, en el que, al apreciar falta de medidas en materia de prevención de riesgos laborales, se requirió al IFBS la adopción de las indicadas por la ITSS.

Nos encontramos, en primer lugar, con que **las actuaciones inspectoras en materia de prevención de riesgos laborales se iniciaron y finalizaron con un informe emitido** por la ITSS el 26 de febrero de 2009 —**antes del traspaso de funciones y servicios a la CAPV en materia de función pública inspectora de la ITSS**—.

De no haber finalizado ese procedimiento, operaría el régimen transitorio a que se refiere la cláusula vigésima segunda del convenio de colaboración de 14 de diciembre de 2011, antes mencionado, en cuya virtud: "a) Las órdenes de servicio pendientes de finalización en la fecha de efectividad del traspaso, cualquiera que sea su origen, serán actuadas hasta su conclusión por los mismos funcionarios que las tuvieran asignadas, al margen de su dependencia orgánica. Lo anterior

se entiende sin perjuicio de los posibles cambios de actuantes que puedan acordarse por razones de organización del servicio".

La previsión de un régimen transitorio es común para el supuesto de procedimientos no finalizados en el momento en que se producen los correspondientes traspasos de funciones y servicios del Estado a las comunidades autónomas dentro de los ámbitos competenciales afectados —a ese régimen se refiere el artículo 20 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico—. Esa cuestión ha generado un debate doctrinal y pronunciamientos judiciales, especialmente en relación con el traspaso de competencias en materia sanitaria (entre otras, cabe citar la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005, RJ\2005\4232). Y resulta singular respecto al ámbito de la ITSS en la CAPV, por esa doble dependencia funcional diseñada, aunque ha venido a resolverse en la cláusula vigésima segunda del convenio de colaboración antes reproducida.

De lo anterior se deduce, en primer lugar, que **la posible demora denunciada por la reclamante, a la que anuda, en principio, los daños sufridos en relación con la falta de percepción de los recargos de las prestaciones por las IT de constante cita en el relato de hechos de este dictamen, sería, en su caso, atribuible al servicio de ITSS dependiente en ese momento de la Administración General del Estado**.

Pero, aunque la reclamante articule la reclamación estableciendo el nexo causal entre el daño padecido —falta de percepción del recargo de las prestaciones de IT— y la demora en la emisión del informe de la ITSS, lo realmente relevante es que, como se deduce del relato de hechos, se distinguen dos actuaciones o procedimientos inspectores distintos, iniciados e identificados con distintas órdenes de servicio: el relativo al cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por el IFBS en relación con la trabajadora MTHH, por un lado; y, por otro, el reconocimiento de la contingencia de las IT en las que permaneció la trabajadora en diferentes periodos, como accidente laboral, de las que deriva, después de la obtención de pronunciamientos judiciales favorables a su pretensión, la reclamación de recargo de prestaciones que efectúa doña MTHH y que, finalmente reconoce el INSS, previa solicitud a la ITTS de la emisión del informe correspondiente (fechado el 29 de noviembre de 2016).

En definitiva, **aunque la causa mediata del daño por el que reclama doña MTHH tenga su origen en un incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales** —que culminó con la imposición de medidas correctoras al IFBS, como prevé el artículo 45 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales—, **la reclamación de responsabilidad patrimonial instada por doña MTHH tiene una clara conexión con una materia de seguridad social, en la que ostenta competencia exclusiva la Administración del Estado** (artículo 149.1.17ª de la CE).

Es por ello que la reclamante matiza en sus alegaciones finales su reclamación inicial e identifica también como funcionamiento anormal resarcible las resoluciones de la Dirección provincial del INSS que le impiden percibir los recargos pretendidos, aunque para ello haya precisado forzar y ampliar su argumentación en cuanto a la actuación inspectora culminada con

el informe de 26 de febrero de 2009 y atribuirle, además, el defecto de no haber adoptado la forma de acta de infracción con propuesta de recargo de prestaciones.

Respecto a las cuestiones relativas a la calificación de la contingencia de IT y al recargo de prestaciones —cuya falta de percepción, insistimos, es el daño por el que reclama doña MTHH—, es de todo punto necesario advertir que corresponden al orden competencial de la Administración del Estado, motivo por el que el INSS, antes de resolver, solicita un informe a la inspección, preciso para el reconocimiento de dicho recargo.

Según dispone el artículo 1.1.e) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, es competencia del INSS en materia de incapacidades laborales: "e) Declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas". El artículo 4 de esa norma prevé las formas de inicio del procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas.

A juicio de la Comisión, es de todo punto necesario, tal y como está diseñado el régimen de la ITSS en la CAPV una vez producido el traspaso, **deslindar la distribución de responsabilidades por la actuación de la ITSS en razón, no a la adscripción orgánica del inspector o inspectora interviniente, sino a la dependencia funcional, en conexión con el ámbito competencial de la materia en que se intervenga**.

Como corolario de lo expuesto, **procede apreciar que la Administración de la Comunidad Autónoma no es competente para tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por doña MTHH por carecer de legitimación pasiva, al venir referido y conectado con el funcionamiento de la ITSS en una materia del ámbito de actuación del INSS, que es un órgano de la Administración del Estado, que es la que conserva la competencia en materia de seguridad social**.

En consecuencia, el departamento consultante deberá trasladar la resolución que emita, además de a la interesada, a la Administración competente, junto con el expediente administrativo.

Sobra decir, que, alcanzada esa conclusión, no procede que esta Comisión se pronuncie sobre el fondo del asunto a que se refiere la reclamación, ya que su competencia en materia de responsabilidad patrimonial se encuentra contemplada en el artículo 3.1.k) de la Ley 9/2004, de 24 de noviembre, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi para reclamaciones de las administraciones incluidas en su ámbito de actuación. Y ese ámbito de actuación se encuentra definido en el artículo 2 de la ley mencionada, que no comprende, lógicamente, la Administración del Estado.

DCJA 141/2020 párrs. 37 a 70

IV. Responsabilidad patrimonial por sectores

A) Control del ruido

La reclamante alega que, con motivo de las obras de remodelación del estadio que abordó Anoeta Kiroldegia S. A., con la licencia municipal correspondiente, la mercantil sufrió pérdidas económicas importantes, que atribuye a distintas causas.

Recuerda que **se impidió el aparcamiento en el recinto deportivo y que la carretera de acceso al recinto hostelero estuvo cortada**, con las dificultades que esto entrañaba para el desplazamiento de los clientes.

Por otra parte, señala que **fueron innumerables las llamadas efectuadas a la guardia municipal a fin de denunciar la falta de cumplimiento de la ordenanza reguladora municipal frente a la contaminación acústica por ruido y vibraciones**, hasta llegar los agentes municipales a desatender las llamadas efectuadas, por hartazgo.

Debido a ello señala la reclamante que **numerosos clientes cancelaron sus reservas o acortaron sus estancias.** Que no se podía atender el negocio en condiciones porque no se contaba con información necesaria, pues no se recibían con antelación suficiente los avisos de cortes de agua o luz a consecuencia de la obra; a lo que se agregan las molestias por polvo, cortes de agua en la zona y contaminación visual.

Manifiesta que **el ayuntamiento no tomó medidas para paliar ni la contaminación acústica ni la visual, no emitiendo ninguna contestación al escrito que se le dirigió a esos efectos**.

En su escrito de alegaciones afirma que se produjeron restricciones al aparcamiento de clientes, trabajadores y dueños del hotel y restaurante; y que el vado de aparcamiento que abona estuvo completamente inutilizado. Alega que el tamaño de las vallas de aislamiento visual era insuficiente, de la altura de una persona, muy lejos de las adoptadas en obras de otros estadios, tapando toda la altura del mismo. Señala que las obras se acometieron sin contar con el hotel, único establecimiento privado de la zona; que el propio ayuntamiento reconoce que en seis de las ocho mediciones se superaron los límites legales; y que trabajar, pernoctar y comer se hizo insoportable durante los tres meses, que son los de mayor trabajo y mejor facturación.

Por su parte, **la propuesta de resolución**, que **propone la desestimación íntegra de la reclamación, señala que no se ofrecen pruebas sobre una relación directa y exclusiva entre las obras y las pérdidas del negocio, ya que las mediciones efectuadas durante solo unos días no permiten deducir que resultan representativas del nivel de ruido soportado en el hotel durante los tres meses que se alegan**.

Se apoya al respecto la propuesta **en que, contrariamente a lo que afirma la reclamante, la zona debe calificarse como de uso terciario, no residencial, correspondiéndole un nivel de ruido equivalente al de oficinas y otros usos terciarios diversos**.

Cuestiona, asimismo, la propuesta que la reclamante incorpore en su escrito de alegaciones nuevos aspectos no incluidos en el escrito inicial, como la afección de las obras al espacio de aparcamiento de la vía pública; aspecto que resulta, en el parecer de la propuesta, desmentido en determinado informe al señalar que se garantizó el acceso al establecimiento y la disponibilidad de plazas de aparcamiento.

(…)

En la aproximación al justo equilibrio que debe representar conciliar las cargas sociales que el administrado está obligado a soportar en favor de una actividad de interés público, por una parte, y la situación que implica, por la otra, soportar un verdadero sacrificio individual en aras a coadyuvar al logro de esa misma actividad de interés general o público, existe un sustrato de jurisprudencia, relacionada sectorialmente con el trazado de las vías públicas, que indica (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, 885/2012, de 14 de febrero, RJ 2012\91053):

> En la Sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006, 4840), Sección Sexta, recurso de casación 2568/2002 se insiste, con cita de otras muchas, en el criterio jurisprudencial de que nadie tiene derecho a que se mantengan indefinidamente los trazados de las vías públicas ni se puede impedir que la Administración acometa las obras de mejora o cambio que considere conveniente para el interés general.
>
> También se reitera el principio general de que "tanto el cambio de trazado de una carretera como la construcción de la misma obedecen a razones de interés público y, en definitiva, ello supone que el daño que de dicho actuar administrativo se derive no reúne el requisito de antijuridicidad en términos generales puesto que tales perjuicios derivados de la construcción de carreteras son meras cargas sociales que el administrado está obligado a soportar".
>
> Doctrina que, en ocasiones, atiende a las particularidades concurrentes en el supuesto examinado caso de la Sentencia de 23 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2502), rec. casación 10236/2004 en que examina perjuicios singulares e individuales en razón de obras realizadas junto a un inmueble en que se regenta un negocio.

Con mayores similitudes a la situación que concurre en el presente caso cabe hacer mención de la Sentencia de 16 julio 2015 del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6ª, RJ 2015\3491), cuando señala:

> En esta línea, es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal Supremo que niega la antijuridicidad del daño ocasionado como consecuencia de obras públicas de ampliación, mejora o cambio, en beneficio de la comunidad, pues son meras cargas sociales que el administrado está obligado a soportar.
>
> No se puede impedir que la Administración acometa las obras de mejora o cambio que estime conveniente para el interés general, pues éste, que es el que debe guiar la actuación administrativa, es el que justifica la obligación de los particulares de soportar sus consecuencias lesivas, siempre que el sacrificio impuesto no sobrepase los límites de proporcionalidad en su extensión en el tiempo (en función, claro está, de las características de la obra), y en la

> intensidad de la afección. Doctrina jurisprudencial que aplica, correctamente, la Sentencia de instancia al rechazar gran parte de las pretensiones de la recurrente, en la medida que los perjuicios, cuya indemnización postula, son la lógica consecuencia de la obra, sin que hayan supuesto un sacrificio singular.
>
> La recurrente, tanto en la instancia, como en esta sede casacional, invoca, en apoyo de la antijuridicidad del daño sufrido, la Sentencia de este Tribunal de 23 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2502) que, en atención a las concretas circunstancias, reconoció la antijuridicidad del daño sufrido por el Hotel Miguel Ángel, sito en el centro de Madrid, de alto "standing", a cuyas puertas se desarrollaron "a cielo abierto" las obras de construcción de una estación de metro, afectando a toda la fachada, durante un año, las veinticuatro horas, tanto en días laborables como festivos, con maquinaria pesada, polvo, ruidos, despliegue de trabajadores, ocasionales cierres de los accesos, cambio de los mismos que obligaron a sacar la basura por la zona de equipajes, cortes en el suministro de gas, roturas de las tuberías que abastecían de agua al hotel, pérdidas de las comunicaciones telefónicas...
>
> Parece que la situación es distinta. No consta que, a las puertas del Hotel de la recurrente se efectuaran obras a "cielo abierto", los trabajos se realizaban en horario laboral, de lunes a viernes. Los sábados de 9 a 14 o 15 horas y nunca los domingos y festivos. No hubo cierre de accesos (salvo el parking que ha sido indemnizado), ni constan cortes de suministros.
>
> Luego, ese pronunciamiento de la Sentencia de 2009 no se aparta de la doctrina del Tribunal Supremo, sino que es consecuencia de su individualización, como no puede ser de otra forma, a los excepcionales perjuicios sufridos por dicho hotel, por lo que ha de ser interpretada en el contexto en el que se dicta, no trasplantable, pues, al caso de autos.

Cabe recordar, citando la sentencia que es objeto del recurso de casación resuelto por la misma STS de 16 julio 2015 (RJ 2015\3491), la Sentencia nº 471/2013, de 24 abril, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 4ª):

> Como se ha expuesto se adoptaron por la dirección de las obras una serie de medidas para paliar en lo posible la repercusión de las obras en la actividad hotelera y las evidentes molestias e inconvenientes que desde luego se derivaron de la ejecución.
>
> No cabe duda que en un determinado periodo el acceso de vehículos al hotel quedó eliminado y después limitado, y que los peatones tuvieron que alargar el recorrido para poder llegar al mismo además de otras de producirse otras repercusiones estéticas, pero la entidad actora en todo momento (con las excepciones a las que después se hará alusión) ha podido mantener su negocio en funcionamiento si bien ello no es óbice para tener que soportar todos los posibles perjuicios que la ejecución de la obra haya podido conllevar.
>
> Tienen los ciudadanos un deber de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas en condiciones de igualdad y solo serán indemnizables los daños que se individualicen en un sujeto determinado cuando se produzcan unos efectos claramente desproporcionados en relación al resto de ciudadanos que se encuentren en identidad de situación.

Y puede adelantarse, según se argumentará que en algunos aspectos se han causado unos daños a la recurrente que sí pueden calificarse de antijurídicos y que inclusive se reconocieron a otros perjudicados en iguales circunstancias y a ella sin embargo no por causas que se desconocen y que merecerán ser acogidos tales como la inutilización del parking por un periodo de tiempo lo que conllevó tener que alquilar diversas plazas en otros cercanos, así como la del vado y la de las dos plazas de aparcamiento sitas en el Paseo de Gracia por las que abonaba las correspondientes tasas al Ayuntamiento.

Pero en cuanto a los restantes perjuicios no debe desconocerse que se está en presencia de una obra pública que resultó necesaria y que redundó en beneficio de la comunidad, incluida la propia demandante que con posterioridad también se ha visto beneficiada en el desarrollo de su actividad por la indudable mejora llevada a cabo en la zona no sólo desde el punto de vista estético sino también a nivel de comunicaciones y acceso al establecimiento lo cual le habrá de resultar de gran importancia.

Es por ello que los administrados como la demandante durante el desarrollo de las obras tienen que acomodarse a la diferente situación que aún de forma transitoria se produce aunque conlleve molestias e incomodidades varias que también afectan a los vecinos de la zona, a otros negocios y a quienes por allí transitan.

Y es que la finalidad de las obras va más allá de los inconvenientes que se pueden originar por la modificación de la vía pública, de ahí que una mayor dificultad para acceder al establecimiento, el desagrado estético por la presencia de elementos propios de las obras o el mayor ruido que se pueda soportar en determinadas horas del día deben considerarse dentro del límite de la tolerabilidad por lo que los obvios daños que se han podido padecer no pueden estimarse indemnizables al no ser antijurídicos teniendo además en cuenta que la dirección de obras colaboró adecuadamente para minimizar aquellos.

Todas esas molestias descritas a causa de las obras públicas y que legítimamente se realizan por la Administración deben considerarse como cargas que los particulares están obligados a soportar y únicamente la privación total de accesos a los establecimientos (lo cual como se ha dicho concurre en una parte en este caso) y la privación de la actividad comercial (que aquí no se da) conforman el círculo de seguridad dentro del cual la molestia o perturbación producida puede encuadrarse en lo que se denomina "sacrificio especial".

En el tiempo de duración de las obras tal y como se ha manifestado, el hotel continuó desarrollando su actividad soportando los inconvenientes descritos y reconocidos y a buen seguro una disminución de su facturación por menos reservas de alojamiento y celebración de eventos que en el informe pericial acompañado con la demanda emitido por el Sr Muñoz Centeno de la entidad BG AUDIGATSA SL se cifra en un 6'68% para el ejercicio 2008 y de un 4'54% hasta Noviembre de 2009 además de otros gastos soportados.

Sin embargo esta disminución por el hecho de producirse no se convierte sin más en lesión antijurídica pues ello sólo se da cuando se llega al límite denominado daño equiparable a la expropiación que no acontece en este supuesto.

Cabe añadir que esta pérdida no puede calificarse de sacrificio especial puesto que además las perspectivas establecidas por la empresa en cuanto a beneficios son en su caso finalidades o metas a asumir pero no derechos patrimoniales por lo que no se está en presencia de un verdadero derecho sino ante la frustración de una expectativa que no infringe el derecho a la libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución (RCL 1978, 2836)) debiendo recordar que la misma también incluye los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad empresarial y que se han podido ver compensados con posterioridad a raíz de la innovación de la realidad física del tramo en que se ejecutaron las obras lo cual redunda en su propio interés y beneficio además del general.

De igual manera si bien las obras tuvieron una duración en el tiempo mayor de la prevista en el proyecto no cabe entender que se haya sobrepasado el límite de la proporcionalidad habiendo afectado por igual al resto de particulares de la zona.

Es por tanto aplicable a este supuesto la doctrina general y reiterada del Tribunal Supremo (de la cual es excepción la Sentencia de 23 de Marzo de 2009 (RJ 2009, 2502)) partiendo de unos datos irrefutables y así en este caso en ningún momento los clientes tuvieron impedido el acceso al interior del establecimiento; que las obras no impusieron un sacrificio especial y se realizaron en beneficio de la colectividad en general (sin olvidar que, una vez finalizadas, pueden también beneficiar en mayor medida a los vecinos que allí viven o trabajan o a quienes tienen su negocio en la zona como es la actora).

Concurriendo estos presupuestos se puede concluir que el daño alegado (con las excepciones a analizar) no es antijurídico porque en este caso se está ante una carga general que la entidad recurrente tiene el deber de soportar al ser fruto de una vida en sociedad que demanda unos mejores servicios públicos (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2001 (RJ 2001, 10084)) que sólo dará lugar a indemnización en casos en que se prive de acceso al establecimiento (Sentencias de 18 de abril de 1995 (RJ 1995, 3710), 14 de abril de 1998 (RJ 1998, 4044), y 19 de abril de 2000 (RJ 2000, 3810)), doctrina acorde con la del Tribunal Constitucional que en sus sentencias 37/87 (RTC 1987, 37) , 65/87, 127/87, 170/89 y 42/90 (RTC 1990, 42), niega el derecho a ser indemnizado cuando se trata del ejercicio de facultades innovadoras del ordenamiento jurídico o de las potestades autoorganizatorias de los servicios públicos, sin que se pueda configurar un caso de responsabilidad patrimonial cuando la lesión no es antijurídica y los ciudadanos tienen el deber de soportar un daño para satisfacer unos intereses generales.

Debe también acogerse que **por parte de la Administración reclamada se adoptaron medidas para tratar de minimizar las alteraciones producto de las obras**: entre ellas, la información municipal a los afectados, con carácter previo al inicio —Informe de la Responsable de Marketing y Atención Ciudadana del Patronato Municipal de Deportes, de fecha 23 de julio de 2019— y continuada después durante el desarrollo de las obras; manteniendo la dirección facultativa relación con los reclamantes a fin de atender sus necesidades y aportaciones —Informe conjunto de LKS y de don AV, de fecha 18 de septiembre de 2019—.

De este mismo informe se desprende que **se adoptaron también medidas para salvaguardar en todo caso el acceso viario y peatonal al edificio y el mantenimiento de las plazas de aparcamiento asignadas al hotel y restaurante. Al igual que se dedicaron ingentes**

recursos —entre ellos, el empleo de vallas móviles y malla o panel metálico fijo— para el aislamiento visual, que sufrió frecuentes modificaciones y reposiciones por los numerosos eventos que se sucedieron en la ciudad deportiva durante el tiempo de las obras.

Señala el mismo informe de la dirección facultativa que **las afecciones accidentales por cortes de suministro fueron cubiertas por el seguro de obra, y las intencionadas, comunicadas a Anoeta Kiroldegia, S. A.**

Siguiendo los criterios que se infieren de la jurisprudencia recogida en el sector tratado, cabe decir que: **se adoptaron medidas para minimizar las molestias; se permitió mantener el negocio; las mejoras que acarreen las obras redundan también en beneficio del negocio; no son diferentes a las molestias causadas a vecinos, otros negocios o transeúntes de la zona, que han tenido también que soportarlas, e incardinables en el límite de la tolerabilidad; no se le privó del acceso ni de la actividad comercial que conforman el círculo de seguridad cuya privación implicaría el sacrificio especial; si hubo disminución, no resulta equiparable a la expropiación, pues las expectativas no constituyen derechos patrimoniales sino frustración de expectativas inherentes al riesgo empresarial, compensables de futuro**.

Recordando lo que señalamos en el Dictamen 151/2011 (pár. 29 y 30):

> En supuestos como el que se analiza, como acertadamente expresa la propuesta de resolución elaborada por el Ayuntamiento, lo decisivo es si se cumple el requisito de tratarse de una lesión antijurídica, para lo cual habrá que indagar, una vez acreditado el perjuicio, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 (RJ 2502) si éste:
>
> "supera el objetivamente admisible en función de los estándares sociales [sentencia de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9422) (casación 4853/93, FJ 6º)] o, en otros términos, si las limitaciones y las restricciones que la ejecución de la obra impuso a la actividad que constituye su objeto empresarial exceden de las que afectaron por la realización de la misma al conjunto de los ciudadanos y a otros negocios emplazados en la zona, perdiendo esa nota de generalidad que, en aras del interés público, las legitimaría desde la perspectiva que ahora examinamos, singularizándose en el patrimonio de la actora [véanse en este extremo las sentencias de 14 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2779) (casación 256/02, FJ 3º) y 16 de noviembre de 2008 SIC (RJ 2009, 90) (casación 453/06, FJ 3º), que, aunque referidas a supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-legislador, contienen reflexiones en torno a la antijuridicidad de la lesión pertinentes para el actual supuesto]."

Pues bien, **aunque ciertamente el comercio de la reclamante ha sido afectado por las obras**, considera la Comisión, de consuno con la Administración municipal, que **dicha afección no ha sido superior, ni puede ser singularizada, de las limitaciones o molestias que han ocasionado a los demás titulares**.

DCJA 66/2020 párrs. 23 a 41

La mercantil reclamante alega que, con motivo de las obras de sustitución del centro municipal del distrito Abando, la mercantil sufrió pérdidas económicas importantes, que atribuye, por un lado, a las condiciones penosas en las que tuvo que ejercer su actividad de veterinaria como consecuencia de los ruidos y vibraciones generados durante la obra, llegando incluso a tener que suspenderla puntualmente durante ese periodo. Entiende que su actividad resultaba incompatible con esos ruidos y vibraciones al ejecutar operaciones especialmente sensibles como extracciones de sangre, auscultaciones, pruebas Rx o intervenciones quirúrgicas.

Por otro lado, también considera que la colocación de una grúa de grandes dimensiones junto a la entrada de la clínica influyó negativamente en su negocio, perjudicando la visibilidad del negocio y constituyendo un factor disuasorio para potenciales clientes.

Por su parte, la propuesta de resolución, que propone la desestimación íntegra de la reclamación, señala que el daño sufrido por la mercantil reclamante no resulta antijurídico al tratarse de ruidos y vibraciones **"normales en este tipo de obra" que "no superan el umbral de referencia establecido" y "se realizan en horario habitual de obra"**.

Nos encontramos, por tanto, **ante lo que tradicionalmente se ha venido considerando como "cargas generales", donde el elemento fundamental a analizar no es tanto el de la existencia de cierto perjuicio o molestias —que no se discuten— sino el de su antijuridicidad**.

Con carácter general, un daño conectado a la actuación pública es antijurídico y, por tanto, indemnizable cuando el afectado no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la ley. Así lo expresa actualmente el artículo 32.1 de la LRJSP. Este requisito **"subraya el talante objetivo de la responsabilidad de las organizaciones públicas, pues el perjuicio jurídicamente no tolerable se independiza de la índole de la actividad administrativa, normal o anormal, correcta o incorrecta, para vincularlo con la posición que el administrado ocupa frente al ordenamiento jurídico, en la que no influyen las características de aquella actividad a la que se imputa el desenlace, su 'normalidad' o su 'anormalidad'"** (Sentencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2009 y las que en ella se citan).

Desde la perspectiva del administrado, este se encuentra jurídicamente obligado a soportar el daño si concurre algún título que se lo imponga, como es el deber de tolerar los perjuicios que dimanan de la implantación de infraestructuras públicas. Este deber se impone a todos y cada uno de los ciudadanos en aras del interés público y constituye, en consecuencia, una carga general para la sociedad, de modo tal que los perjuicios que de la actividad administrativa se deriven no podrán ser indemnizados en virtud del instituto de la responsabilidad patrimonial, por faltar el carácter individualizado o individualizable de dicho perjuicio en el patrimonio de los afectados.

En este sentido ha venido señalando reiteradamente también el Consejo de Estado (dictámenes 1.362/2010, de 22 de julio; 1.246/2012, de 29 de noviembre o 608/2013, de 4 de julio).

Esa nota de generalidad únicamente quiebra cuando los perjuicios irrogados a un particular a raíz del establecimiento de una infraestructura pública superen aquellos que

soporta la colectividad; es decir, en aquellos supuestos en los que las consecuencias que para el particular se derivan de la instalación de la infraestructura sean singulares y distintas de aquellas que se derivan para el resto de los ciudadanos.

En tales casos en los que pueda individualizarse el perjuicio en el patrimonio del administrado, aquel será indemnizable con fundamento en la responsabilidad extracontractual de la Administración. De lo anterior se sigue que el enjuiciamiento de la concurrencia o no del requisito de la antijuridicidad no puede llevarse a cabo de forma abstracta, sino que resulta ineludible tener en cuenta las particularidades concurrentes en cada caso específico.

Aplicando los razonamientos anteriores al expediente sometido a consulta, es necesario determinar si el perjuicio sufrido por la reclamante excede o no en este caso concreto de las cargas generales que los administrados deben soportar como consecuencia de las obras ejecutadas en el edificio municipal ubicado junto a su clínica veterinaria. Como hemos avanzado, para ello han de tenerse en cuenta las circunstancias particulares que concurren en este supuesto, que se refieren fundamentalmente tanto a la actuación pública desarrollada, como a la específica actividad afectada.

En cuanto al desarrollo de la actuación municipal, a tenor de lo que se informa por parte de los técnicos del ayuntamiento, en el desarrollo de las obras se tomaron desde su inicio diversas medidas con la intención de minimizar las molestias a los edificios colindantes.

Se realizó un control del ruido a través de un programa de seguimiento de su nivel y se colocaron pantallas acústicas a fin de no superar valores excesivos o desproporcionados con respecto a la actividad que nos ocupa, entre la trasera del edificio y los locales que dan al patio común. Pese a todo, el ayuntamiento reconoce que, fundamentalmente durante el periodo de demolición del antiguo edificio, durante los meses de junio y julio, tanto el ruido como las vibraciones fueron molestas, aunque inevitables.

Asimismo, el ayuntamiento mantuvo a pie de obra una línea de comunicación con los vecinos a través de un "comunicador de obra" que atendía las quejas e informaba de la planificación de las mismas, llegando incluso, en determinados momentos, a su modificación o paralización puntual a requerimiento de alguno de los vecinos. En el caso de la mercantil reclamante se llegó incluso, de manera puntual —en las alegaciones se reconoce que esta situación se produjo en un par de ocasiones— a paralizar ciertos trabajos para que en la clínica se pudiera ejecutar alguna intervención quirúrgica ya iniciada en las debidas condiciones.

En cuanto al nivel de ruido, siendo este inevitable dada la naturaleza de los trabajos a realizar, se trató de medir y contener. Para controlar que no excediese del que corresponde a los trabajos desarrollados, se realizó un ensayo acústico específico el 22 de junio de 2018. En este estudio se modificó la posición habitual del punto de control para tomar los datos desde la zona del patio común más próxima a la clínica veterinaria. En este ensayo se forzó el uso continuo de los martillos neumáticos durante el ensayo, simulando así los momentos de mayor emisión sonora y obteniendo un resultado inferior a 75 dB, teniendo en cuenta los márgenes que, según expone el propio estudio, admite una medición de esta naturaleza.

En sus alegaciones, la entidad reclamante muestra su desacuerdo con el cumplimiento de la normativa aplicable a las emisiones de ruido, y más concretamente con el cumplimiento tanto del Decreto 213/2012, de 16 de octubre, de contaminación acústica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, como con la Ordenanza de protección del medio ambiente del Ayuntamiento de Bilbao, aprobada el 30 de marzo de 2000.

No tiene en cuenta, sin embargo, que el artículo 80 de la ordenanza contempla una serie de exclusiones para la aplicación de su capítulo IV, dedicado a la contaminación acústica y por vibraciones, entre las que se encuentran los ruidos generados por obras de construcción o derribo durante el horario diurno, que se regularán en la correspondiente licencia mediante la determinación de plazo de ejecución y condiciones a cumplir por la maquinaria y equipos de construcción, de conformidad con las directivas europeas y normas de transposición y desarrollo dictadas para limitar sus emisiones sonoras.

Tampoco se ha aportado de parte ningún informe o estudio que permita desvirtuar lo informado sobre esta cuestión por los técnicos del ayuntamiento, por lo que, a falta de otros datos que permitan cuestionarlos, esta Comisión da por buenos los ofrecidos por el estudio encargado por el ayuntamiento, así como sus conclusiones.

Todo ello permite presumir una correcta actuación del ayuntamiento en el desarrollo de las obras, sin perjuicio de los inevitables perjuicios que origina, como hemos adelantado, la ejecución en un entorno urbano de una obra de esta naturaleza.

Por otro lado, a la hora de valorar si la afección de la ejecución de obras públicas resulta singular y desborda el nivel admisible dentro de lo considerado como cargas generales, la Administración ha de actuar con prudencia y evitar un tratamiento desigual ante situaciones similares.

La mercantil reclamante alega que sus perjuicios no se han limitado a soportar el ruido y las vibraciones generadas por la obra. El problema, en su caso, va más allá de las presumibles molestias que genera una obra de estas características puesto que no ha podido desarrollar su actividad con normalidad durante un periodo temporal que establece entre el 1 de junio de 2018 y el 31 de enero de 2019.

Para acreditar esta circunstancia aporta información sobre los efectos de los ruidos en los perros e identificó a varios de sus clientes para que acreditasen testificalmente la imposibilidad de atender a sus mascotas en la clínica veterinaria; prueba no practicada por el instructor, al no tratarse de una cuestión objeto de discusión. **El ayuntamiento, insistimos, no excluye esos perjuicios, sino su antijuridicidad, al considerarlos cargas generales que la mercantil reclamante debe soportar.**

Se aportan datos extraídos de la contabilidad de la clínica correspondientes a las pérdidas y ganancias del periodo comprendido entre junio de 2018 y enero de 2019. Estos datos se contrastan con los obtenidos en el mismo periodo del ejercicio inmediatamente anterior y muestran que, en efecto, se produjo una importante reducción del importe facturado por la prestación de los servicios veterinarios, especialmente en el periodo comprendido entre junio

y agosto de 2018, donde su facturación se redujo en 7.591,59 euros, lo que supone un 40 % de lo facturado el año anterior. En el periodo comprendido entre septiembre y diciembre de 2018 la reducción fue de 3.619,20 euros, lo que supone una reducción del 17 % y, finalmente, el mes de enero de 2019 presenta ya cifras de facturación similares a las del ejercicio anterior, con una reducción en la facturación de solo 163,55 euros.

Sin embargo, **atendiendo tanto a las circunstancias presentes en la obra como a las específicas características de la actividad desarrollada en la clínica veterinaria, la Comisión no considera acreditada la especial afección de los ruidos y vibraciones generadas por las obras que justifiquen la antijuridicidad del daño**. Es más, de la documentación presentada por la mercantil reclamante y de lo asumido en su propio relato de los hechos se deduce que **las obras no impidieron mantener su actividad, aunque fuera con las dificultades generadas por las obras en todo el entorno**.

Dando por acreditado ─siempre y cuando se asuman los datos contables presentados por la mercantil reclamante─ que durante el periodo en el que se produjeron los trabajos de demolición la afección fue superior ─sufriendo entre junio y agosto una reducción en su facturación del 40 %─, esta circunstancia no acredita sin más la antijuridicidad del daño, como tampoco puede descartarse un efecto similar, en mayor o menor medida, en otros negocios o actividades económicas desarrollados en el mismo entorno cercano de las obras.

Tanto de la reclamación como de los datos contables aportados se extrae que en todo momento pudo mantenerse la actividad, incluso en el periodo de demolición; periodo que el ayuntamiento establece en los meses de junio y julio de 2018 y que coincide con la mayor reducción de facturación. Aun siendo la afección económica importante, se observa que en este periodo (entre junio y agosto) se mantuvo un 60 % de la facturación en comparación con el ejercicio anterior y, en cualquier caso, ese periodo queda reducido a los tres meses mencionados.

Durante este periodo, incluso **el propio ayuntamiento reconoce las dificultades provocadas por las obras, pero también se aprecia la disponibilidad mostrada por los responsables de la misma para reducir o reconducir, en la medida de lo posible, los perjuicios causados. Prueba de ello es que, además de las medidas generales anteriormente detalladas, se accedió a la paralización de los trabajos, a petición del responsable de la clínica, al menos en dos ocasiones reconocidas en la propia reclamación, para que en la clínica se finalizasen intervenciones quirúrgicas en ejecución**.

Atendiendo a esos datos contables presentados por la propia mercantil, se comprueba igualmente que la incidencia en la facturación entre los meses de septiembre y diciembre de 2018 fue sustancialmente menor, con una reducción de un 17 %; lo cual, insistimos, no puede ser considerado como una afección singular o desproporcionada. No resulta descabellado imaginar también una afección similar en otras actividades que pudieran desarrollarse en el mismo entorno, como, por ejemplo, las relacionados con la hostelería.

En tercer lugar, esa afección desaparece casi totalmente en enero de 2019, con una reducción en su facturación de solo 163,55 euros; reducción que, dada su escasa cuantía, no puede considerarse siquiera como una afección real.

Tampoco la instalación de una grúa para la ejecución de las obras junto a la entrada de la clínica permite advertir una afección que desborde el concepto de carga general, puesto que, más allá nuevamente de los perjuicios que una situación así provoca en los vecinos y negocios del entorno, no impidió en ningún momento el acceso a la clínica; condición que consideramos inexcusable para reconocer la especial afección.

No se aprecian, por tanto, las condiciones necesarias para estimar la antijuridicidad del daño que la mercantil tuvo que soportar, ya que este se encuentra dentro de lo admisible en una obra de estas características, tanto en cuanto al tiempo durante el que tuvo que soportarlo como en las molestias e inconvenientes provocados durante su ejecución. Tampoco se ha acreditado, además, una afección singular frente al resto de afectados por la sustitución de esta infraestructura pública destinada a ofrecer servicios a los vecinos del municipio.

Finalmente, en cuanto a los daños morales exigidos, causados, según la reclamación, por los ruidos y vibraciones, hemos de añadir a la anterior argumentación que la Comisión ha asumido y aplicado con anterioridad la jurisprudencia —con especial mención a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo— que afirma la trascendencia constitucional de la contaminación acústica (exceso o reiteración de ruidos), en tanto puede afectar a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 CE). Sin embargo, en este caso el daño alegado no tiene relación alguna con la lesión de esos derechos fundamentales, sino con el perjuicio económico sufrido por una actividad económica desarrollada por una persona jurídica. De ahí que tampoco resultaría indemnizable el daño moral en los términos reclamados

DCJA 158/2020 párrs. 21 a 51

B) Mantenimiento de vías públicas

Por defectos en calzadas y carreteras

El interesado atribuye la caída a un **patinazo de su bicicleta por hallarse el suelo mojado**.

(…)

En este sentido, la Comisión considera, en primer lugar, que siendo la testifical la única prueba practicada y, a la vista de la claridad de su resultado**, no puede ponerse en duda que la caída se originó por un patinazo del vehículo.** Y, en segundo lugar, **la** mencionada **prueba testifical** también **es concluyente en atribuir la causa del patinazo al estado resbaladizo del pavimento en el momento del suceso**.

Si la Administración considera que el estado de la calzada no presentaba deficiencias de instalación ni de conservación que pudieran llevar a determinar que la caída se debió a la inadecuación del pavimento o a su mantenimiento, **debería haber aportado los informes explicativos de tales extremos: tipo de pavimento y sus características, planes de**

reparación y limpieza, así como, en su caso, evidenciar la ausencia de incidentes de naturaleza similar.

Tal como se ha señalado anteriormente, corresponde al reclamante la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia de la antijuridicidad, del alcance y valoración económica de la lesión, así como del substrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración. En este sentido, la Comisión considera que el reclamante ha acreditado diligentemente todo lo que estaba a su alcance: la realidad de la caída, el patinazo que la provocó y el estado húmedo del pavimento.

Como también se recordaba anteriormente, "en el caso de ser controvertido, le corresponde también a la Administración la acreditación de las circunstancias de hecho que definan el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial y de las medidas adoptadas para permitir la seguridad de los usuarios", nada de lo cual se contiene en el expediente instruido. La única diligencia realizada ha sido la emisión de un escueto informe del técnico de obras del ayuntamiento, quien, tras la inspección *in situ* realizada más de un año después del accidente, se limita a afirmar que no se encuentran "defectos visibles que puedan ocasionar caída".

Frente a esta constatación, **la actividad instructora ha sido, cuando menos, parca, no acreditando la práctica de inspección ni la emisión de informe pericial alguno explicativo del estado de la calzada en la vía en que se produjo el accidente, tipo de pavimento, su adecuación o no a la circulación en las diversas circunstancias meteorológicas el día del suceso**. Únicamente la escueta afirmación del técnico de obras, tras la inspección *in situ* realizada más de un año después, en el sentido de que no se aprecian "defectos visibles que puedan ocasionar caída", lo que no puede ser considerado como suficiente acreditación de las circunstancias señaladas.

Pero **del mencionado informe del técnico de obras**, destacando su frase final —"De todas maneras, con el fin de mejorar la adherencia del suelo en mojado, se está granallando por fases las diferentes calles del casco viejo"— **puede extraerse la conclusión que de alguna manera el ayuntamiento tiene constancia de la necesidad o, cuando menos, conveniencia de mejorar la adherencia del pavimento con suelo húmedo**, sutil admisión de que su mantenimiento no era el adecuado.

Aunque esta Comisión viene defendiendo que la **reparación de los desperfectos** en la vía urbana no supone un reconocimiento automático de la responsabilidad municipal por incumplimiento del estándar de funcionamiento del servicio, **es evidente que sí constituye un hecho más a valorar junto con el resto de elementos —informes, fotografías, testimonios, etc.—**, lo que, confrontado con la evidencia de los testimonios recabados durante la instrucción del expediente y la ausencia de informe municipal explicativo del estándar de funcionamiento, permite en este caso **dar por suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la actividad de la Administración municipal —mejor dicho, la omisión de esta— y**

el accidente producido, lo que lleva derechamente al reconocimiento de la correspondiente responsabilidad patrimonial.

DCJA 58/2020 párrs. 25 a 43

Por su parte, que **la caída se produjo en espacio perteneciente a la calzada no parece ofrecer dudas, siendo una circunstancia que se infiere del testimonio del testigo declarante que halló en ella a la víctima caída, así como del informe del servicio municipal, que constata la presencia del bache en el perímetro correspondiente a la calzada** —"…Tal y como se aprecia en las fotos presentadas por la reclamante el agujero se encontraba en la calzada de la calle y no coincidía con ningún paso peatonal. En consideración se trata de una zona no destinada al paso de peatones sino al de vehículos"—. También las fotografías que se incorporaron al expediente —tanto por la propia reclamante como por la aseguradora— sitúan el bache en plena calzada, más precisamente en un borde colindante a una de las dos aceras delimitadoras de la vía.

Cobra así singular valor la conducta manifestada por la propia víctima, que requeriría de la necesaria justificación sobre su presencia en un espacio inhabilitado en principio al tránsito peatonal, que estaba dotado de las correspondientes aceras (artículo 49 del Texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre) y disponía de un paso de peatones en lugar próximo.

En este sentido, **no se ha dado por parte de la reclamante ninguna razón específica por la no utilización de la acera ni por la invasión de la calzada**.

En ausencia de una acreditación o, siquiera, de una indicación más concreta sobre la necesidad de que la reclamante hubiera podido verse obligada a descender a la calzada por determinada circunstancia —vallado u ocupación física de la acera, afluencia masiva de personas…—, cuando disponía de un paso de peatones cercano a fin de atravesar la vía, la Comisión solo puede atribuir a una decisión libérrima y voluntaria de la reclamante la ocupación de la calzada, asumiendo "(…) lo que la Doctrina entiende en lo referente a la responsabilidad objetiva, como teoría del riesgo aceptado 'incremento del riesgo, asunción del propio riesgo y de la confianza', dentro del riesgo general de la vida" —Sentencia del Tribunal Supremo de 21-10-05 (JUR 2008\132186)—.

Siguiendo con la diferenciación antes hecha, **según el tránsito se realice por zona peatonal o por zona de tráfico de vehículos, la Comisión estima exigible un límite de atención mayor de la persona viandante cuando se trate de transcurrir por este último espacio, al punto de poder incurrir en una conducta calificable de negligente, susceptible de concurrir y hasta de interferir en la necesaria relación causal**.

Centrado preferentemente, como queda dicho, el foco de la causa eficiente de la caída en la conducta no justificada de la propia reclamante, **la Comisión no encuentra razonable entender como relevante la irregularidad irrelevante para la función circulatoria que mos-**

traba el asfalto, teniendo en cuenta que por sus dimensiones no sobrepasaba el que es susceptible de admitirse en lugares destinados esencialmente a la circulación de vehículos de motor y que, de abordarse o invadir, implica necesariamente advertir y superar determinado desnivel entre las rasantes de acera y calzada.

La instrucción desarrollada ha permitido conocer, por lo demás, y conforme al informe de los servicios municipales competentes, que se realizó una valoración sobre el estado de la calzada en previsión de posibles actuaciones reparadoras; sin que en el caso se observara la necesidad de ordenarse ninguna actuación en ese sentido.

Las mencionadas razones resultan suficientes a juicio de esta Comisión para excluir la responsabilidad municipal.

DCJA 116/2020 párrs. 37 a 44

Por defectos en las vías públicas

En cuanto al deber de conservar y mantener las aceras en buen estado, el informe y las fotografías realizadas por los agentes de la Policía local en el momento de la caída permiten apreciar **la ausencia de dos baldosas tipo Bilbao y otras dos sueltas y descolocadas. Las dimensiones y profundidad del desperfecto no se describen, pero, de acuerdo con la información que figura en la página web del ayuntamiento, cada baldosa tiene 30x30 cm de lado y un espesor de entre 4 y 6 cm.**

Por tanto, **cabe apreciar que la dimensión y profundidad del desperfecto generaban un riesgo objetivo para el tránsito de las personas y como tal fue percibido por los agentes de la Policía local que solicitaron de forma inmediata su arreglo o señalización**.

Pero, como reitera la Comisión, la responsabilidad pública por los daños atribuidos a defectos en la vía pública requiere además que quede acreditada "la posibilidad de controlar los desperfectos que existan en las calles" —Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de enero de 2007 (JUR 2007/220177), confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2008 (RJ 2353), en recurso de casación para unificación de doctrina—.

Por lo que hemos de analizar el segundo aspecto: si antes de la caída era exigible una actuación municipal que, al no realizarse, convierte al ayuntamiento en responsable del daño.

En este examen, en primer lugar, ha de decirse que no es un estándar razonable de funcionamiento exigir la inexistencia de irregularidades o desperfectos en todas las aceras del municipio. Ese estándar sería objetivamente irrazonable ya que sería inabarcable e insostenible para cualquier servicio de mantenimiento municipal garantizar un estado perfecto de todas las vías urbanas del término municipal.

En cambio, **sí incluye un estándar de funcionamiento razonable la pronta señalización y reparación de los desperfectos que supongan un peligro real para los viandantes** ─como se hizo de forma diligente en este caso, tras la caída─.

Aunque la Comisión reitera que la reparación no es en sí misma un reconocimiento de responsabilidad, sino que ha de examinarse en el contexto del caso, de lo instruido se infiere que, por las características del defecto, no parece producido de forma sorpresiva en fechas próximas al día de la caída. Así lo resalta la parte reclamante y lo confirman las fotografías de la Policía local.

Por ello, en este caso, dada su entidad, **que la anomalía no estuviera señalizada o reparada antes de la caída constituye un funcionamiento anormal del servicio**.

Solo el ayuntamiento podía enervar esta conclusión trayendo al procedimiento los datos que impedían conocer antes de la caída el mal estado de la acera o la imposibilidad de reparar el desperfecto o, ya en fin, los planes y la actividad municipal prevista para arreglar las anomalías de las vías públicas que supongan un riesgo para las personas.

De acuerdo con las antes descritas reglas de la carga de la prueba, si el estándar de funcionamiento es controvertido ─y en este caso lo es─, la Administración debe acreditar las circunstancias de hecho que lo definen.

Sin embargo, en este caso no se ha aportado dicha información, lo que, unido a la existencia acreditada de un riesgo objetivo en la acera, conduce a reconocer la responsabilidad del ayuntamiento en la producción de un daño que la reclamante no tiene el deber de soportar.

DCJA 184/2020 párrs. 45 a 53

C) Protección de datos

En este sentido, cabe destacar que, tal y como el Tribunal Constitucional señaló en su Sentencia (STC) 94/1998, de 4 de mayo, nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; de esta forma, **el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención**.

Por su parte, en la STC 292/2000 de 30 de noviembre, consideró que la LOPD preserva como bien jurídico protegido **un nuevo derecho fundamental, el de autodeterminación informativa o de libre disponibilidad de los datos de carácter personal, que, en síntesis, define la facultad de cada persona para disponer y controlar sus datos y su calidad**, que, ligado

al principio de proporcionalidad de los datos, exige que estos sean adecuados a la finalidad que motiva su recogida, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

Como segunda cuestión liminar debe señalarse que, a diferencia de la anterior LOPD, **la actual LOPDGDD no regula expresamente el derecho de indemnización** por lo que deberemos de acudir directamente al derecho de indemnización y responsabilidad incluido en el RGPD, plenamente aplicable desde el 25 de mayo de 2018.

El apartado 1 del artículo 82 del RGPD establece que "Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos".

En nuestro caso, **teniendo en cuenta que su autoría corresponde a personal al servicio de una Administración pública, la exigencia de responsabilidad** derivada del artículo 82 del RGPD **deberá ejercitarse mediante los recursos previstos en la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las administraciones públicas**.

En este tipo de supuestos **la Comisión**, aun reconociendo la novedad del régimen indemnizatorio, la ausencia de jurisprudencia consolidada sobre el precepto y la existencia de opiniones doctrinales diferentes (especialmente en torno a si el precepto establece o no un régimen de responsabilidad objetiva para los privados), **entiende que, tratándose de ficheros de titularidad pública, no hay ningún problema para reconocer la responsabilidad objetiva, por ser esta ya elemento clásico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones** públicas en nuestro ordenamiento, **además de ser esta la voluntad manifestada por el propio RGPD,** que reconduce el sistema indemnizatorio para el tratamiento inadecuado de los datos sin distinción.

Y así, no podemos negar que **el incumplimiento de la LOPDGDD y del RGPD actúa como presupuesto habilitante de una acción de responsabilidad contra las administraciones responsables del incorrecto tratamiento de los datos**. Lo que sí admite el artículo 82 del RGPD es objetivar la existencia de una lesión antijurídica al bien jurídico protegido (derecho fundamental de autodeterminación informativa) por la LOPDGDD siempre que se aprecie un incumplimiento de la misma. Decisión del legislador que, a juicio de la Comisión, adquiere cabal sentido si se toma en consideración la dificultad de acreditar autónomamente (esto es, al margen del incumplimiento) la lesión al citado derecho fundamental.

Ello, claro está, **no obsta** (I) **para que el nacimiento de la obligación de responder por la Administración que haya funcionado incorrectamente exija el cumplimiento de los demás requisitos que el instituto de la responsabilidad administrativa reclama**; y (II) para que, además del daño antijurídico delimitado por el incumplimiento legal, pueda el caso concreto añadir nuevos y distintos perjuicios.

DCJA 14/2020 párrs. 34 a 41

D) Servicios sanitarios

Daño desproporcionado

Sentado que no se ha producido una infracción de la ***lex artis***, en este caso entendemos que tampoco procede aceptar una eventual responsabilidad patrimonial desde la perspectiva de la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso", al no concurrir los presupuestos para su aplicación. **La parte reclamante solo apela, para considerar el daño desproporcionado, a la entidad de las secuelas sufridas y la invalidez que le ha sido reconocida por el INSS por ese motivo**.

Interesa trasladar aquí que, como recuerda la STS de 4 de junio de 2013 (RJ 2013\4305), según la jurisprudencia de ese tribunal, referida a esa teoría, "la Administración sanitaria debe responder de un 'daño o resultado desproporcionado', ya que este, por sí solo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) …, que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado esta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (sentencias de 19 de septiembre de 2012 (…), 17 de septiembre de 2012 (…), 29 de junio de 2011 (…), y 30 de septiembre de 2011 (…)".

Sin embargo, en este caso **el resultado lesivo no puede calificarse de "desproporcionado" a los efectos analizados porque, siguiendo la argumentación de la sentencia citada, en los hechos examinados no existe "la apariencia clara o evidente de actuación negligente que exige la anterior doctrina. Aparte de que consta la explicación del resultado, lo que la hace igualmente inaplicable**".

La doctrina del daño desproporcionado "va ligada a la anormalidad del servicio: esto es lo que lo hace antijurídico, es decir, que no sea exigible en Derecho y que la víctima lo soporte por exceder del estándar de soportabilidad (...)", como declara la STS de 6 de octubre de 2015 (RJ 2015\4879).

En el caso examinado **el daño que sufre** doña MBCG, **según explica el inspector, es el resultado de una complicación de la intervención quirúrgica adecuadamente indicada, que se encuentra documentada científicamente y que le fue informada a la paciente, que consintió someterse a la cirugía con esa información**.

En definitiva, ante la quiebra de lo esperable y normal, la Administración sanitaria ha demostrado que tal resultado no responde a una mala praxis y que su causa se encuentra fuera de su ámbito de actuación. Por ello, no resulta de aplicación la doctrina del daño desproporcionado.

Tal conclusión resulta coherente con la jurisprudencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo antes referida, que sigue también la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) número 664/2018 de 24 abril, RJ 2018\1835 (fundamento de derecho cuarto):

> …la doctrina sobre el daño desproporcionado que ha adquirido carta de naturaleza en nuestra jurisprudencia y que como recuerda la sentencia de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9194) (Recurso 8/2010): «En el caso de daño

> desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)». Ahora bien, partiendo de esa vinculación a la existencia de una vulneración de la *lex artis*, se considera que no es aplicable la doctrina del daño desproporcionado cuando el resultado se presenta como una posibilidad de la atención prestada. En este sentido se declara en la STS de 2 de enero de 2012 (RJ 2012, 1) (R 6710/2010) que «[...] En estos casos, donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado. No olvidemos tampoco que ya el tratamiento conservador había resultado ineficaz. No hay errónea valoración de la prueba.»
>
> A la vista de lo expuesto, concluyendo la Sala de instancia que el resultado era una previsible consecuencia de la asistencia que requería la situación del recurrente cuando acudió a que le fuera prestada la asistencia sanitaria, es evidente que no procedía la aplicación de dicha doctrina, sin que puedan desconocerse los ya manifiestos síntomas de su enfermedad que le llevaron a la prestación de la asistencia sanitaria que, insistimos, la Sala concluye de los informes que fue la correcta dadas las condiciones del paciente. Y ello sin perjuicio de que las partes recurridas, a juicio de la Sala de instancia, al valorar la prueba practicada, concluye que no existió mala praxis ad hoc, lo cual rechaza la aplicación de dicha doctrina que es, no se olvide, una regla de valoración de la carga de la prueba a tener en cuenta por los Tribunales cuando no exista prueba sobre la concurrencia de una asistencia sanitaria que fuese acorde a la lex artis, lo que no es el caso de autos, como ya se ha concluido en los anteriores fundamentos.

Por los motivos expresados, la Comisión entiende que doña MBCG no ha sufrido una lesión antijurídica vinculada causalmente a un funcionamiento anormal del servicio sanitario ni, por ello, indemnizable conforme al artículo 32 de la citada LRJSP.

DCJA 114/2020 párrs. 80 a 87

Por la falta de consentimiento

De los datos que aporta la historia clínica del paciente y su valoración en los informes referidos ha de aceptarse, en primer lugar, que **no se encuentra en el expediente el documento de consentimiento informado para la intervención quirúrgica** realizada en el Hospital H2 el 15 de abril de 2016 (sí figura, en cambio, el relativo a la limpieza y desbridamiento de la herida quirúrgica, llevados a cabo el 27 de abril siguiente).

No obstante, resulta probado que, cuando **se atendió en consulta al paciente con carácter previo a la intervención quirúrgica, se hizo constar en su evolutivo médico que se le había facilitado información** sobre la lesión que padecía, la forma de abordaje quirúrgico y sus riesgos.

En efecto, el día antes de la intervención, el 14 de abril de 2016, el Dr. L. (especialista del Servicio de traumatología) anotó que había explicado al paciente sobre el proceso y su indica-

ción; y el mismo día de la intervención, antes de su práctica, el facultativo cirujano anotó: "Me presento al paciente y procedo a explicarle detalladamente el procedimiento quirúrgico (Discectomía L5-S1), las expectativas y riesgos".

El artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tras señalar que el consentimiento será verbal por regla general, exige su constancia por escrito cuando se trate de intervenciones quirúrgicas, como aquí ocurre.

Procede recordar que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial consolidada, que esta Comisión comparte, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito (STS de 7 de diciembre de 2011). Sin embargo, el exigir para determinados supuestos que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental —más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido— provoca una inversión de la regla general sobre la carga de la prueba (en condiciones normales la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad incumbe a quien pretende exigirla de la Administración). Así lo recuerda la STS nº 782/2017 de 9 mayo (RJ 2017\2167).

A ese respecto, entendemos que **la sola declaración *a posteriori* de la persona facultativa autora de la actuación médica sobre el cumplimiento de la obligación referida (sin apoyo en alguna otra prueba, como puede ser la anotación en la historia clínica) no es suficiente para dar por cumplimentada dicha obligación**.

Pero **en el supuesto analizado** no nos hallamos en esa situación, ya que **está documentado en la historia clínica del paciente que el servicio sanitario afectado le proporcionó información sobre el procedimiento quirúrgico y sus eventuales riesgos** (y dejó constancia de ello en su historia clínica con carácter previo a realizarse la intervención quirúrgica), **y que, con esa información, el paciente consintió su práctica**.

Cabe, por ello, **en este caso reconocer la validez del consentimiento informado verbal** en los términos en que traslada la historia clínica, sin que se haya producido una infracción de la *lex artis* en esta materia.

DCJA 59/2020 párrs. 72 a 79

De contrario, la inspectora, tras el análisis pertinente, justifica el funcionamiento adecuado de los servicios sanitarios implicados. En el caso examinado ha de tomarse en consideración la detallada explicación ofrecida por la inspectora médica, que contradice la alegación del reclamante relativa a que **se produjo una mala praxis en el diagnóstico y tratamiento de la lesión que** don LMMFL **ha sufrido como consecuencia de la infiltración efectuada en la rodilla derecha.**

(…)

Dicho lo anterior, procede ahora detenernos en el examen de la alegación del reclamante relativa al **daño que se le ha generado por no haber sido informado del riesgo de infección intraarticular —la artritis séptica, que se define como "la inflamación articular causada por la presencia de microorganismos en la articulación"— que conlleva la infiltración articular que se le realizó y que, finalmente en este caso, padeció** don LMMFL.

Comenzamos recordando que, según expresa la inspectora en el apartado de consideraciones médicas previas del informe —intitulado "Documentación médica"—, entre las complicaciones menos frecuentes, pero más importantes, de la infiltración se encuentran la infección intraarticular y la rotura del tendón. Y de las dos, la inspectora reseña que la infección intraarticular es la de mayor relevancia, con una incidencia variable pero muy baja —"del orden de 1-5 casos por cada 100.000"—.

Según lo dicho, **no se ha cuestionado la relación de causalidad entre la actuación médica de la infiltración y la infección padecida por el paciente en forma de artritis séptica**. La inspectora sitúa en la infiltración el origen del proceso infeccioso que ha hecho necesario someter al paciente a otras actuaciones médicas e intervenciones quirúrgicas, ingresos hospitalarios y tratamiento, más arriba concretados, con secuelas.

Se puede constatar, no obstante —y de ello también deja constancia en su informe la inspectora médica—, que **no está documentado el consentimiento informado para la infiltración de la rodilla** derecha del paciente. **Y tampoco se puede demostrar que se le informara de otra manera —verbal o escrita— sobre el procedimiento, los riesgos y las complicaciones de la infiltración que se le practicó.**

La inspectora recuerda en su informe, al tratar esta cuestión, lo previsto en esta materia en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: Conforme a su artículo 4, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley —que, puntualiza, para este caso no afectan (artículo 9 de dicha ley)—. La información como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica; comprende como mínimo: finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y beneficios. Aunque por regla general, el consentimiento será verbal, según el artículo 8, el consentimiento será por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

La inspectora deja patente que **no es una cuestión pacífica determinar el carácter invasivo o no de una infiltración de la naturaleza que nos ocupa y, por tanto, si está o no incluido en los supuestos en que es exigible un consentimiento informado por escrito**. Expone, en ese sentido, la diversidad de opiniones al respecto: guía del consentimiento informado del Servicio de Salud Castilla y León; manual de estilo de consentimiento informado versión 7 marzo 2015 del Hospital Universitario Reina Sofía; Consentimiento Informado y Documentos de Uso en el Hospital Universitario Central de Asturias, pág. 454, diciembre 2016;

Hospital Universitario de Ciudad Real; SEMFYC (Sociedad española de medicina de familia y comunitaria).

Y una vez expresada esa falta de unanimidad en relación con esa cuestión, resuelve la alegación de falta de información —y de consentimiento informado— esgrimida por el reclamante en los siguientes términos:

> El día 11-09-19 la autora de este informe, llama al Servicio de Traumatología del Hospital H1 para informarse sobre cuál es el proceder de este Servicio a la hora de hacer una infiltración en una rodilla con los fármacos que se le infiltraron al paciente, y tras hablar con el Jefe de Servicio de Traumatología (Dr. M.M.), se me informa que desde hace unos 10 meses o un año se hace mediante consentimiento informado por escrito a raíz de una denuncia, que antes no se hacía por escrito. Por lo cual, el médico que infiltró al paciente, siguió la actuación que se hacía en el Servicio al que pertenecía; es decir, no hacerlo a través de consentimiento informado por escrito.

Recordamos que en nuestro Dictamen 66/2019 hemos analizado la cuestión atinente a si el tratamiento de infiltraciones intraarticulares con glucocorticoides es invasivo y, por ello, sujeto a lo previsto en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002. En el supuesto de ese dictamen ni el Servicio de traumatología implicado ni la Inspección médica cuestionaban que se tratara de una actuación médica que precisara recabar el consentimiento del paciente. La discusión se centraba en si esa información se había facilitado de forma correcta.

Entendimos entonces que: "Si atendemos a la entidad de las complicaciones y efectos adversos de las infiltraciones con glucocorticoides descritos en el informe de la Inspección médica (…), tales como infección articular (que, aunque infrecuente, se considera la complicación más grave), artritis postinyección, roturas tendinosas, artropatía corticoidea, entre otras, resulta difícil sustraer a tales infiltraciones de la categorización como procedimiento terapéutico invasor, que requiere, según el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, la constancia por escrito del consentimiento".

También expusimos que "Refuerza la anterior valoración, la existencia de formularios para infiltraciones que se hacen públicos por medios telemáticos o en publicaciones escritas, como, entre otros, el de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología-SECOT; el de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía; Manual de infiltraciones en atención primaria, de la Conselleria de Sanitat de la Comunitat Valenciana; o el de la Sociedad Española de Reumatología".

A lo anterior cabe añadir que, pese a no tratarse de una materia sobre la que exista una amplia **jurisprudencia**, la que la examina **se decanta mayoritariamente por reconocer que el procedimiento médico de infiltración intraarticular no está exento de la exigencia de obtener el consentimiento informado**.

Adquiere una relevancia singular para nuestro análisis la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad valenciana, Sala de lo contencioso-administrativo, núm. 504/2011, de 20 junio (JUR 2011\289638), por la semejanza entre los supuestos de hecho del caso que enjuicia con los del ahora dictaminado. En su fundamento jurídico quinto dice:

En el caso que nos ocupa el recurrente anuda la existencia de responsabilidad patrimonial a la deficiente asistencia sanitaria recibida, ya que fueron las infiltraciones las que a su juicio originaron la infección que posteriormente derivó en varias intervenciones y las secuelas estabilizadas a la fecha en que plantea la reclamación.

El actor acompañó junto con su escrito de demanda informe de traumatólogo de fecha 6-5-04, posteriormente ratificado en Sede Judicial que establece las siguientes consideraciones:

(…)

2ª.- Como parte del tratamiento se realizaron infiltraciones intrarticulares y en una de ellas se ocasionó una contaminación e infección intrarticular por un germen piógeno, originándose una artritis séptica (infección yatrogénica).

(…)

Tras el estudio de la historia clínica obrante en el expediente administrativo, así como del análisis de los informes periciales la Sala llega a las siguientes conclusiones:

Dada la dolencia del recurrente a raíz del accidente, la técnica de infiltración utilizada era adecuada para suprimir el dolor y recuperar la limitación funcional.

El actor debió de ser informado de la técnica que se le iba a realizar, de los riesgos posibles que podía entrañar como "reacción alérgica, lesión vasculeo nerviosa o tendinosa, atrofias cutáneas en la zona e incluso infección", no consta que el paciente fuera informado de dichos riesgos ni tampoco que firmara ningún consentimiento para la aplicación de las infiltraciones.

Existe relación de causalidad entre las infiltraciones que se practicaron al actor y la infección sufrida por él, y ello por cuanto esta es un riesgo posible de esta técnica y no se aprecia ninguna otra circunstancia médica que hubiera podido dar lugar a la infección que sufrió el recurrente en la rodilla.

Tampoco hay duda de que a raíz de dicha infección se originaron una serie de consecuencias lesivas para el recurrente que dieron lugar a varias intervenciones y a una serie de secuelas que ya han sido descritas.

Desde antiguo la jurisprudencia configuraba el deber de información como uno de los elementos integrantes de la Lex Artis y así debemos referirnos a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24-4-95 y 13-4-99 y 26-9-00 que declaran que se trata de un elemento de esa Lex Artis, en el caso que nos ocupa el actor desconocía los posibles riesgos de las infiltraciones y no pudo decidir si se sometía a dicha técnica o seguía otras técnicas alternativas de tratamiento a la dolencia que presentaba.

También procede citar la Sentencia del TSJ de Madrid núm. 259/2014 de 21 marzo (JUR 2014\249340), que fue confirmada por la STS de 15 marzo 2016 (RJ 2016\1299), y en la que trae a colación la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo relacionada con la exigencia del consentimiento informado.

La Sentencia del TSJ de Justicia de Galicia núm. 620/2015 de 11 noviembre (JUR 2015\285253), en un caso relativo a infiltraciones lumbares, dice: "fácil resulta concluir, por un lado, que tan graves y previsibles consecuencias derivadas de ese tratamiento, tendrían que haber sido comunicadas al interesado al objeto de que fuese cabalmente consciente de los riesgos y aceptase expresamente asumirlos suscribiendo el oportuno consentimiento informado; y, por otro, que la relación de causa a efecto entre el tratamiento suministrado y la lesiva consecuencia derivada ha quedado acreditada".

Otras **muchas sentencias consideran relevante** y trasladan ─directamente o por remisión a otras sentencias─ comentarios sobre **el hecho de facilitar información a la persona que va a someterse a este tipo de infiltraciones**.

Entre otras, podemos citar: la STS de 4 octubre 2010 (RJ 2010\6923), transcribe el fundamento quinto de la sentencia recurrida ─con independencia de la valoración que después efectúa sobre la norma de aplicación al tiempo de los hechos controvertidos─, de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Asturias de 30 de mayo de 2008: "Conforme a lo dispuesto en los art. 4 y 8 de la Ley 41/02, y contrariamente a lo que se mantiene por la parte codemandada la realización de la infiltración en el tobillo … sí requería el consentimiento informado de la paciente que en este caso no consta que se hubiese llevado a efecto, lo cual ya constituye de por sí un daño indemnizable"; la STS de 19 octubre 2011 (RJ 2012\1288); la Sentencia del TSJ de Murcia, núm. 223/2017 de 23 junio (JUR 2017\200269): "Se firma consentimiento informado para infiltración de ambas caderas y tobillo izquierdo (...)"; el fundamento jurídico segundo de la Sentencia del TSJ Comunidad valenciana núm. 940/2011 de 14 noviembre (JUR 2012\16070) refleja que se suscribió el consentimiento informado para infiltraciones.

Procede reseñar, asimismo, una jurisprudencia menor en el orden jurisdiccional civil, en materia de culpa extracontractual, que viene reconociendo la obligación de recabar el consentimiento informado para estas actuaciones. Así, son representativas de esa jurisprudencia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 109/2014, de 13 marzo (JUR 2016\189926); o la Sentencia núm. 195/2014 de 13 junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de A Coruña (JUR 2014\217342), que en su fundamento jurídico cuarto declara:

> 2º.- La sentencia apelada en ningún momento realiza la afirmación que sostiene el recurrente; ni la causa de estimarse la responsabilidad médica es que no se hubiese recogido por escrito un "consentimiento informado". La resolución claramente establece como acreditado, con apreciación que comparte la Sala, que doña Susana fue informada de que se le iba a practicar una infiltración con corticoides; pero no fue advertida de los posibles efectos adversos que podían aparecer. La información no es solo sobre la técnica a utilizar, sino que debe incluir los posibles efectos secundarios, complicaciones más o menos habituales ─a las no tan frecuentes cuando las consecuencias sean graves─, reacciones adversas, etcétera.
>
> 3º.- La sentencia no aplica una inversión de la carga de la prueba, sino que expone un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado, resaltando el criterio de la facilidad probatoria. Lo que recoge, en un análisis de la prueba practicada, es que: (a) No se plasmó por escrito el consentimiento informado (hecho que tampoco es discutido); (b) ni tampoco se recogió en la historia clínica de la paciente que el médico informaba a doña Susana de los riesgos inherentes (lo que tampoco es cuestionado); (c) que

> el médico informó que iba a practicar una infiltración con corticoides, pero no advirtió de los posibles efectos no deseados.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 367/2014 de 16 julio (JUR 2014\237150), recurre al "Diccionario Médico Dorland (23ª Edición)", en el que "se entiende por tratamiento invasor, aquel que invade, que entraña punción o incisión de la piel, o introducción de un instrumento una sustancia extraña en el cuerpo". De ello deduce el tribunal que:

> Atendido lo anterior, se hace preciso concluir que la infiltración es un procedimiento terapéutico invasor, aunque sea mínimamente invasivo, en la medida en que integra la punción, y la introducción de una sustancia parcialmente extraña en el cuerpo.
>
> Por lo que, en aplicación estricta de la norma del artículo 8.2 de la Ley 41/2002, sería necesario el consentimiento informado escrito del paciente, el cual no se produjo en el presente caso, por lo que sería posible apreciar una infracción del artículo 8.2 de la Ley 41/2002, que no distingue categorías de tratamientos invasores, sean mínimos, medios, o máximos.
>
> Ahora bien, es doctrina comúnmente admitida, mantenida en Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2001 (ROJ STS 7253/2001), 10 de mayo de 2006 (ROJ STS 3027/2006), y 23 de octubre de 2008 (ROJ STS 5371/2008), que la falta de información no es, por sí sola, una causa de resarcimiento pecuniario.
>
> Y la misma doctrina se mantiene en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, ya que, según la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 2004, aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, tal mala praxis no puede per se dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno.
>
> En el mismo sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 2008 (ROJ STS 4767/2008) dice que, si bien la ley exige en determinados supuestos que la información y el consentimiento se hagan por escrito, el hacerlo de forma verbal no conlleva por sí mismo la existencia de responsabilidad civil, pues no toda infracción formal del derecho de información hace nacer la responsabilidad civil del facultativo, ya que en cualquier caso se ha cumplido la finalidad de la norma, que es preservar el derecho de autodeterminación del paciente.
>
> También las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 (ROJ STS 68/2009), y 30 de marzo de 2010 (ROJ STS 1866/2010) consideran suficiente la información ofrecida de manera verbal y la prestación del consentimiento por esta misma vía.

Resta insistir en que, con arreglo a una doctrina jurisprudencial consolidada, **la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito**. Sin embargo, el exigir para determinados supuestos que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental —más adecuada para dejar debida constancia de su existencia y contenido— provoca que **corresponda a quien emite la información demostrar que ha sido facilitada**.

No consideramos suficiente la explicación ofrecida por el servicio que llevó a cabo la infiltración, y que la inspectora refleja en su informe, **en el sentido de que en aquel momento no se facilitaban documentos de consentimiento informado para ese tipo de actuación médica, porque revela que esa deficiente práctica fue denunciada y motivó su corrección**. Tampoco demuestra que se facilitara la información sobre los riesgos de otra forma no protocolizada —verbal o mediante otro documento—.

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 paciente del riesgo de infección articular asociado a la infiltración realizada. A falta de la cumplimentación de un documento de consentimiento informado, tampoco queda reflejada en las anotaciones efectuadas en el evolutivo médico del paciente ni se ha acreditado de otra forma la puesta en conocimiento de dicho riesgo.

En principio, venimos señalando (dictámenes 96/2018, 242/2016, 134 y 119/2014; 4 y 216/2010, entre otros), de acuerdo con un criterio jurisprudencial consolidado —como recuerdan las STS de 26 de mayo de 2015 (RJ 2015\3132) y de 2 de octubre del 2012 (RJ 2012\9270)—, que los supuestos de ausencia o insuficiencia de la información facilitada para prestar el consentimiento requerido 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 que se haya producido algún daño como consecuencia de la actuación médica en cuyo contexto se genera, como ocurre en este caso; y que 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 moduladores 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 del País Vasco —entre otras, STSJPV de 17 de junio de 2015 (JUR 2015\208141), de 27 de octubre de 2010 (JUR\2010\403298) y la de 24 marzo de 2006 (JUR 2006\167668)—.

Hay que tener presente, además, que la determinación de la cuantía indemnizatoria de los daños morales, por su carácter afectivo y de *pretium doloris*, tiene un innegable componente subjetivo, sin que existan parámetros o módulos objetivos para su valoración. Ello conduce a ponderar todas 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 o la 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, para fijar la cuantía indemnizatoria en el supuesto ahora analizado han de considerarse las siguientes circunstancias: I) el tratamiento de la infiltración fue correctamente indicado y era procedente, según se ha informado; II) no consta acreditado que se incurriera en una mala praxis en la práctica de la infiltración; III) como consecuencia de la complicación el paciente sufrió varios ingresos hospitalarios y hubo de soportar tratamientos y cirugía, que le colocaron en situación médica de incapacidad temporal; y IV) la complicación materializada no puso en riesgo la vida del paciente y fue finalmente resuelta.

En atención a esas circunstancias la Comisión estima proporcionado y razonable fijar la cuantía indemnizatoria en la cifra global de seis mil euros (6.000 €).

DCJA 77/2020 párrs. 102 a 135

Por la praxis

Aunque puede afirmarse que no existe prueba alguna que acredite que se produjera una actuación incorrecta del servicio sanitario que realizó la intervención quirúrgica de discectomía a don EEG, a la que asociar causalmente el daño residual que ahora sufre, sin embargo, **no puede obviarse que no existe prueba de la administración al paciente, con carácter previo a la intervención quirúrgica, del tratamiento profiláctico antibiótico indicado, que sí figura prescrito**.

Precisamente **ese tratamiento es una de las medidas recomendadas para evitar la infección de la herida quirúrgica**. Dice la inspectora en su informe ampliatorio: "Como ya se explicó en el informe original, la infección en una intervención quirúrgica puede resultar inevitable en algunos casos, pero es un evento previsible y por tanto deben extremarse las medidas preventivas. Una de las medidas básicas para prevenir la infección quirúrgica, es la profilaxis antibiótica; su uso está ampliamente extendido y (…), si hablamos de discectomías disminuye el riesgo de infección hasta 10 veces".

Pero la inspectora también señala en ese informe que "No en todos los pacientes con malos resultados tras la cirugía, hay antecedentes de infección quirúrgica". Deja constancia de que, pese a la toma de todas las medidas recomendadas —entre ellas la profilaxis antibiótica preoperatoria—, es imposible esperar una tasa cero de infección de herida quirúrgica. E igualmente da noticia de que hasta el 40 % de los pacientes sometidos a cirugía discal lumbar continúan padeciendo ciática recurrente o persistente, dolor crónico de espalda o recidiva discal; y, concretamente, que las lumbalgias postoperatorias tras una discectomía, son frecuentes.

Considera que "En el caso que nos ocupa coexisten varios factores cuya suma podría explicar la tórpida evolución del proceso; uno de ellos es la infección quirúrgica, relacionada con la falta de administración de la profilaxis antibiótica, siendo imposible discernir en qué grado ha contribuido este factor a la mala evolución del proceso".

Resulta más contundente, en cambio, el especialista en valoración del daño cuando afirma que "Sin género de duda, la evolución posterior se debe imputar al diagnóstico de síndrome de cirugía

fallida de columna, no pudiéndose relacionar esta situación con la infección de herida quirúrgica en relación a la inexistencia de ningún tipo de afectación, comentadas".

Lo que es incontestable es que **no se ha cuestionado la falta de acreditación de la administración del tratamiento antibiótico profiláctico que se encuentra indicado para prevenir las infecciones**. El paciente sufrió una infección que le complicó el proceso postoperatorio y requirió una nueva intervención quirúrgica e ingreso hospitalario, y seguimiento hasta su estabilización.

Existe, por tanto, **responsabilidad patrimonial de la Administración en relación exclusivamente con la actuación médica deficiente por falta de profilaxis antibiótica y el daño producido por la infección quirúrgica sufrida**, con el alcance ya apuntado. Hemos de puntualizar que esa responsabilidad no se puede proyectar sobre las secuelas que ahora padece el paciente, porque no se ha demostrado la relación causal entre la infección (ni la falta de profilaxis preoperatoria) y tales lesiones.

DCJA 59/2020 párrs. 86 a 92

Hemos de resaltar la ímproba labor de estudio y documentación llevada a cabo en este caso por la Inspección médica para tratar de conocer el contexto médico en el que se produce la reclamación.

Es preciso partir de esa exhaustiva exposición bibliográfica sobre **la corrección de la retracción parpebral y sus posibles riesgos** para constatar que dicho análisis ha tenido en cuenta todas las circunstancias y variables que pueden darse alrededor de los procedimientos relacionados con esa corrección.

En el marco de estas consideraciones médicas generales sobre esta patología, el inspector constata la existencia de múltiples técnicas y variantes quirúrgicas para el tratamiento de la retracción parpebral y asume que los resultados son un tanto impredecibles.

Constata igualmente para estas técnicas unas tasas de resultados no favorables, variables que se mueven entre el 8 y el 23 % según el estudio, o una tasa de reoperación, que en un estudio determinado (Ben Simon, 2005) se establece en un 5 %.

Asume, en tal contexto, que los estudios son diferentes en el tipo de técnica estudiada, el número de casos, contenido y premisas de análisis, tiempo de seguimiento, etc., por lo que no resultan directamente comparables, aunque diversos estudios sitúan el porcentaje de éxito en torno a un 90 %. Por tanto, añade, "las complicaciones sucedidas o los resultados insuficientes son parte de los riesgos posibles. Y la hipocorrección de la ptosis que obliga a una revisión (otra intervención) es algo cercano al 10 % de los casos, por lo que se debe asumir un cierto riesgo como parte de la actuación".

El problema en este concreto supuesto es que los resultados desfavorables se han producido en 4 operaciones realizadas de forma consecutiva y sin que, más allá de los innegables esfuerzos descriptivos realizados por el servicio implicado, se haya podido ofrecer una explicación plausible sobre un resultado que se aparta en tal medida de los estándares observados para este tipo de intervenciones.

El inspector médico informante finaliza su exposición afirmando que no consta una explicación detallada de la causa y mecanismos concretos que pueden explicar las complicaciones sucedidas o los resultados encontrados en cada una de las actuaciones; afirmación que ha sido posteriormente confirmada tras analizar el informe complementario aportado por el servicio implicado en la actuación médica.

Como consecuencia de este razonamiento, las conclusiones de este informe constatan: i) la producción de resultados desfavorables o insuficientes de forma acumulada; ii) ausencia de acreditación por parte de la Administración sanitaria del mecanismo concreto que permita explicar lo sucedido; y, por ello, iii) la existencia de una asistencia sanitaria insuficiente.

Conclusiones que se ven reforzadas por la posterior actuación desarrollada en un centro privado con respecto a la misma paciente y patología. En este centro se llevó a cabo una quinta intervención, pero esta vez con resultados que la reclamante y los informes aportados por el propio centro sanitario califican como satisfactorios.

La Comisión comparte la propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación en tanto que la Administración sanitaria no ha podido explicar, como le corresponde, que, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, **la actuación médica** con respecto a doña MALM **se ha desarrollado en todo momento conforme al actual estado de la ciencia y técnica médicas exigibles**.

La naturaleza del daño sufrido por la reclamante no permite aplicar la doctrina del daño desproporcionado, puesto que, tomando aisladamente cada una de las intervenciones, el resultado final entra dentro de lo posible y su intensidad o gravedad guarda una proporción razonable. Pero el análisis conjunto de la asistencia médica prestada por el servicio sanitario público en este caso (dado el número de intervenciones y su contraste con el resultado final, una vez intervenido el paciente por un servicio ajeno) sí permite acudir, como fundamento de la responsabilidad, a la regla *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma], que en la doctrina angloamericana se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia cuando la explicación más probable de un suceso de otro modo improbable se puede encontrar con mayor facilidad en la negligencia del servicio. Esta regla requiere, así, que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que, como es el caso, dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto.

DCJA 61/2020 párrs. 38 a 48

E) Servicios sociales

Aun partiendo de que ha existido un funcionamiento anormal de la Administración, al remitir los trabajadores municipales el expediente de valoración psicosocial completo, incumpliendo el principio de calidad establecido en la normativa de protección de datos, ello no releva de efectuar el análisis necesario para determinar si procede estimar la pretensión indemnizatoria.

En este caso, para que la reclamación prospere **es necesario que la reclamante justifique el daño sufrido como consecuencia del defectuoso tratamiento de sus datos personales y acredite su efectividad**. Esto es, conforme a los requisitos que hemos dejado apuntados, que el daño sea efectivo, individualizado y evaluable económicamente.

Tal y como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, **no toda vulneración de la normativa de protección de datos constituye una lesión o daño que conlleve aparejado derecho a indemnización**. Así lo ha matizado el Tribunal Supremo en su Sentencia (STS) de 17 de enero de 2019, que aclara que el RGPD "no dice que el tratamiento ilícito ha de dar lugar a una indemnización por principio, sino que el tratamiento ilícito dará lugar a indemnización cuando se sufra un perjuicio, lo que desplaza el problema a la determinación casuística de si se ha producido o no, en cada caso, un daño que, real y efectivo, merezca ser indemnizado".

En definitiva, "que el daño debe ser 'efectivo' hace referencia a su producción real, excluyéndose los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere tal la mera frustración de una expectativa. Es decir, el detrimento personal o patrimonial del perjudicado debe ser constatable en la realidad, cierto", —Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 3 de noviembre de 2011 (JUR 2011/397949)—. Por lo que "hay que asumir que para poder alegar el daño moral ha de probarse que éste es real y efectivo. Se exige que este daño pueda objetivarse por la exteriorización de datos y circunstancias concretas, que son las causantes de la sensación de zozobra, desasosiego, angustia o ansiedad que representa el daño moral" (STS 7 de marzo de 2005 FJ 4).

Derivado de lo anteriormente considerado, por tanto, la reparación del daño exigirá un análisis de las circunstancias concretas en que se produce la lesión. Así, deberemos tener en cuenta cuestiones como el tipo de datos que se manipularon, la difusión que de los datos se haya producido, los beneficios que haya podido obtener el responsable del fichero, etc.

Ciertamente podría pensarse que **lo que pretende es que sea reparado un daño moral, representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados**, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, como si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.). De ahí que, junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del *lucro censans* o *damnum emergens*, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que, si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida prin-

cipalmente a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

La reclamante aporta dos informes psicológico periciales, uno referido a ella misma y otro a sus hijos. En ambos informes se utiliza para su realización el formato semiestructurado "a fin de dotar de mayor libertad de respuesta a las personas y no coartar su narración de forma que puedan expresar en sus propios términos aquellos datos que revistan relevancia en su estado actual, así como una descripción más detallada de sus vivencias y situaciones presentes. En su contenido realiza una descripción detallada de los hechos y de las personas concernidas y las consecuencias que los hechos les causaron".

El primero de ellos trata de "dejar constancia clara e inequívoca del grave perjuicio que a la afectada le ha ocasionado la divulgación indebida de una documentación que debería haber sido exclusivamente privada y para un uso muy concreto, que dista mucho de aquel que se le dio". A juicio del perito: "la divulgación de dicha documentación violentando el acuerdo previamente firmado entre las partes implicadas ocasionó un importante daño psicológico a la afectada y también a su entorno; … Una información imprecisa e incorrecta, que además de ser presentada sin permiso de la afectada, fue expuesta sin ser sometida a debida revisión, actualización, corrección de ningún tipo o filtro a fin de impedir que ciertos datos y opiniones de carácter subjetivo no se entremezclaran con cualquier otro tipo de información que contenía, resultando un documento tergiversado e incluso a veces redactado de modo malicioso, con expresiones impropias de un documento de verdadero rigor científico y clínico, y carente de la imparcialidad exigida a tal tipo de escrito".

El informe refleja que, como consecuencia de la revelación de la infracción, doña EHA experimentó un "conjunto de emociones negativas que alteró por completo una estabilidad que ya venía sufriendo considerables alteraciones desde hacía tiempo, a causa de las circunstancias que estaba atravesando tanto ella como su núcleo familiar en esos momentos;… emociones que, desde luego no ayudan en absoluto a su salud mental y que, en todo caso, contribuyen al agravamiento de su cuadro psicopatológico, el cual precisa de tratamiento y supervisión continua".

El informe concluye que la revelación de los datos supuso un importante daño a la imagen, tanto pública como privada, de la reclamante, que dibujó una imagen muy distorsionada de su persona y sus relaciones socio familiares, dando a entender en numerosas ocasiones que su cuadro clínico la convierte en alguien mentalmente incapaz de cuidar a sus hijos y hasta a sí misma. Por todo ello, considera evidente que se vulneró el derecho a la intimidad de la reclamante "causándole un perjuicio innecesario e injustificado en diversas parcelas de su desarrollo vital: perjuicio cuya huella podría perdurar mucho más allá del presente litigio que afronta y ocasionarle secuelas impredecibles en su salud mental posterior, en especial considerando la presencia de su sintomatología depresiva recurrente que es particularmente propensa a agravarse ante situaciones estresantes o traumáticas como las vivida por ella a raíz de la divulgación indebida del documento".

En el segundo informe relativo a los dos menores se analiza "el percance a nivel psicológico que ambos han sufrido como resultado de la negligencia cometida por parte del Área de Bienestar Social del Ayuntamiento de Llodio al divulgar un escrito en el que se hacían públicas una serie de consideraciones acerca de la unidad familiar, y de sus miembros, que nada tenían que ver con la realidad de

su funcionamiento cotidiano, y que suponían un severo menoscabo contra la intimidad de la imagen personal de aquellos a quienes aludía".

Según detalla el informe:

> aunque la principal afectada por esta revelación indebida fue la madre, sus dos hijos, …, también se vieron gravemente afectados por esta información cuya exposición provocó unos sucesos que alteraron notablemente sus vidas durante los meses siguientes y que todavía continúan muy presentes en su recuerdo al haber sido unos hechos no tan lejanos en el tiempo y debido a que continúan apreciándose alguna de las consecuencias de los mismos hasta el momento presente.
>
> (…)
>
> … los servicios sociales cometieron una negligencia que desembocó en la exposición pública de una documentación que debería haber quedado exclusivamente ceñida al ámbito privado. Esta documentación contenía, además, información incierta, inexacta o incluso falsa, en torno a los componentes del núcleo familiar ….
>
> La consecuencia de la divulgación fue el reproche que la madre dirigió contra los servicios sociales de su comunidad, su lógico enfado, su exigencia de que el daño causado fuera reparado de algún modo, por tratarse de información muy sensible que no solo afectaba a ella y a su exmarido, sino también y particularmente a los hijos de ambos pues mucha de esa información transmitía una imagen distorsionada de los mismos, así como de su dinámica familiar.
>
> Lejos de enmendar el daño causado desde el servicio social de base, los encargados del programa de intervención familiar en el que participaron, …, ahondaron más en dicho perjuicio, enviando la documentación al Área del Menor de la Diputación de Araba. Este informe advertía de una grave situación de desamparo de los menores, e incluso sugería del riesgo de maltrato físico y psíquico por parte de la madre.

Posteriormente, el informe se centra en describir los hechos acaecidos como consecuencia del envío de la documentación al Área del Menor de la Diputación Foral de Álava, que advertía del grave riesgo de desprotección de los menores y las consecuencias que de ello se originaron. Como consecuencia de los hechos acaecidos, el perito concluye que los menores padecieron un daño moral y psicológico del todo punto innecesario y accesorio, que les fue impuesto en contra de su voluntad, sin su consentimiento ni aviso previo, y sin considerar sus sentimientos u opinión al respecto. Además, subraya que "las posibles consecuencias de estos acontecimientos podrían determinar en cierto grado la manera en que interactúan con su entorno y la forma que afrontan futuros acontecimientos, especialmente si los mismos rememoran los hechos vividos".

Por su parte, el expediente contiene el informe del responsable de Bienestar Social municipal que analiza los contenidos del documento pericial. Así, sobre las entrevistas semiestructuradas elegidas como técnica por el perito afirma que: "Las entrevistas de este tenor, sirven para recabar una información, que en el ejercicio pericial es indudablemente necesaria, pero carecen de validez científica alguna que avale cuanto, más adelante y a lo largo del informe, se pretende elevar a categoría de hechos irrefutables".

Sobre la actuación de los servicios municipales asegura que:

> En todo caso, el informe pericial pone en tela de juicio permanentemente —y así también redunda sin tregua en sus conclusiones—, la actuación de los numerosos profesionales que intervinieron en el caso de esta familia, su profesionalidad y modo de obrar, así como las decisiones que se fueron tomando al abordar el caso, no teniendo nada que ver este asunto (la intervención socio-educativa practicada, así como las medidas adoptadas por el Consejo del Menor) con la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por EHA, en su nombre y en el de sus hijos menores, "como consecuencia de la vulneración de su derecho a la intimidad, en relación con la protección de datos de carácter personal, por parte de la actuación del Ayuntamiento de Llodio".

Respecto a las circunstancias que se dieron en la remisión de la documentación a los órganos judiciales expone que:

> Por otro lado, la expedición del informe completo se llevó a cabo teniendo en cuenta que el destinatario del mismo era, precisamente, el Juzgado de Amurrio, y que lo reclamaba en el seno de un proceso judicial que, por su propia esencia y naturaleza, sería totalmente respetuoso con la totalidad de los datos que se pusieran en su conocimiento y manejaren. Y, asimismo, se remitió desde la fe y convicción de que también serían plenamente respetuosos con la normativa sobre protección de datos la totalidad de los actores de dicho proceso judicial, sin que aquellos pudieran, bajo ningún concepto, ser puestos en conocimiento de terceras personas ajenas al mismo, ni más allá de lo estrictamente procedimental que guardara relación con la intervención del propio Juzgado.

Como conclusión, el informe municipal determina que: "El conocimiento parcial y sesgado de este caso, basado principalmente en el relato de EHA y en las entrevistas semiestructuradas habidas con ella misma y con sus hijos, ha derivado, a juicio del firmante del presente informe, en la advertencia especulativa del advenimiento de toda una serie de posibles consecuencias psicológicas para ellos, en un futuro, a partir del cuestionamiento intencionado de una intervención tan extremadamente delicada como la que se siguió con esta familia, en la que participaron diferentes agentes y profesionales (de la psicología, el trabajo y la educación social, etc.), cuyo probada calidad competencial, sin duda, merece otro tipo de reconocimiento".

Tras la exposición de las diferentes consideraciones que se vierten en el expediente y a la vista de los hechos acaecidos, como premisa inicial se hace necesario advertir que en el presente supuesto concurren dos procedimientos administrativos diferenciados entre los que, en principio, no consideramos que exista relación alguna, más allá de su conexión derivada de la temática que se aborda en los informes existentes en ambas comunicaciones.

Nos referimos, por una parte, al expediente instado judicialmente por la reclamante para conseguir que el progenitor tuviera una mayor presencia en la custodia de los menores del que surge la infracción por parte de los servicios municipales. Por otra parte, al expediente que originó la adopción de una serie de medidas en relación con la guardia y custodia de los menores. Es cierto que ambos son coetáneos en el tiempo y que el segundo tiene base en el informe que fue remitido al juzgado por parte de los servicios sociales. Ahora bien, **los hechos**

acaecidos como consecuencia de la remisión del informe al Área del Menor de la Diputación Foral de Álava no guardan relación alguna con la infracción a la protección de datos, ni se desprende del expediente que tenga incidencia alguna en ellos.

A la vista está que nos encontramos ante dos procedimientos diferenciados, por lo que no cabe extrapolar los posibles daños psicológicos originados por las situaciones acaecidas por las decisiones adoptadas por el Área del Menor de la Diputación Foral de Álava con los perjuicios ocasionados por la remisión de datos excesivos a un órgano judicial. Ambos supuestos se desarrollan entre instituciones diferentes, por lo que **asociar el daño moral derivado de la infracción de la protección de datos a las consecuencias originadas por la situación de desprotección de los menores carece de sentido alguno.**

Así las cosas, en el presente dictamen analizamos el supuesto perjuicio que le ocasionó a la reclamante y a sus hijos la comunicación excesiva de datos al órgano judicial dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, que motivó un expediente de infracción que fue resuelto por parte de la AVPD con su correspondiente sanción.

A pesar de ello, la reclamante sugiere que su queja ante los servicios sociales municipales por la revelación de datos incorrectos desencadenó una comunicación de estos a la Diputación Foral de Álava, cuestión que parece improbable. Los menores estaban siendo objeto de un programa de seguimiento por parte de esos servicios, que en el curso de su actuar advirtieron el riesgo existente y remitieron su informe a la institución competente para la adopción de medidas.

Por ello, nos encontramos ante la actuación de una serie de profesionales en el manejo de situaciones comprometidas que, tras los análisis correspondientes, informaron, según su parecer, de las circunstancias que acaecían en relación con los menores, sin que pueda dudarse de su correcto actuar profesional. En este sentido, **no hallamos la conexión necesaria entre los perjuicios derivados de este hecho con los perjuicios derivado de la revelación de datos en un proceso judicial diferente.**

Centrándonos en el supuesto origen de la reclamación, el informe pericial relativo a la reclamante sí parece advertir que la difusión de la información le provocó una serie de perjuicios psicológicos muy ligados a los rasgos de su personalidad y relacionados con la influencia que una situación estresante o traumática como la divulgación de los datos le haya podido ocasionar.

Sin embargo, no podemos dar total verosimilitud a dichas afirmaciones ya que, tal y como señala el responsable del Servicio de Bienestar Social del ayuntamiento, "El conocimiento parcial y sesgado de este caso, basado principalmente en el relato de EHA y en las entrevistas semiestructuradas habidas con ella misma y sus hijos, ha derivado, a juicio de este informante, en la advertencia especulativa del advenimiento de toda una serie de posibles consecuencias psicológicas para ellos, en un futuro, a partir del cuestionamiento intencionado de una intervención tan extremadamente delicada como la que se siguió con esta familia, en la que participaron diferentes agentes y profesionales (de la psicología, el trabajo y la educación social, etc.), cuyo probada calidad competencial, sin duda, merece otro tipo de reconocimiento".

En todo caso, más allá de la remisión del informe conteniendo datos excesivos al juzgado, **no queda tampoco acreditado que existiera difusión alguna de los mismos más allá del procedimiento, ni cesión de los mismos a otro tipo de instituciones**, ni que hayan tenido acceso a los mismos personas diferentes a los profesionales de la Administración de Justicia obligados por un deber de secreto y confidencialidad, ni que hayan sido divulgados o hayan tenido trascendencia pública, **ni la supuesta trascendencia que haya podido tener esa información en la adopción de la resolución judicial sobre el régimen de visitas**.

En definitiva, según lo razonado, **no es suficiente con verificar que existe una infracción del derecho fundamental sin necesidad de mayor aditamento. Para que se pueda dar ese reconocimiento es de todo punto obligado que el reclamante**, en primer lugar, **alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización** que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y, **en segundo lugar, que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar el padecimiento moral sufrido y su reconocimiento**.

En la medida en que no hay ningún elemento que permita calibrar la afección a su derecho de protección de datos de carácter personal, la propia declaración de la existencia de un comportamiento infractor por parte de la Administración sería suficientemente reparadora. Es decir, que **la resolución sancionatoria de reconocimiento de la lesión del derecho fundamental de protección de datos constituye en sí misma, en este caso en el que el impacto de la difusión ha sido más bien escaso, la reparación del daño moral sufrido.**

Por todo lo expuesto, hemos de concluir en el sentido que lo hace la propuesta de resolución, entendiendo que procede la desestimación porque no se cumplen los requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

DCJA 14/2020 párrs. 43 a 71

F) Servicio de recogida de basuras y residuos urbanos

El reclamante señala que, tras soportar trece años de obras en la zona por obras de soterramiento y reurbanización, se han terminado por colocar tres contenedores muy próximos a su vivienda (a dos metros de las ventanas) y tapando la entrada a las lonjas del mismo edificio de viviendas, con las molestias que conlleva (malos olores, ruidos, insectos). Añade que en la acera opuesta figura la línea amarilla de colocación prevista de los contenedores, habiendo sido cambiados al lado opuesto por las quejas de sus vecinos, vulnerando las ordenanzas municipales; anunciándose la situación como provisional, pero que se prolonga.

Considera que existen lugares más propicios —zonas industriales abandonadas o solares vacíos— y un exceso de contenedores en la zona; además de que su presencia devalúa las viviendas y lonjas, existiendo alternativas para ser colocados sin producir molestias a ninguno de los vecinos.

Finaliza **requiriendo al ente municipal que elimine los contenedores o los recoloque, reponga el estado original de la acera y compense los daños y perjuicios**.

La propuesta, por su parte, señala no existir el nexo de causalidad necesario para originar una responsabilidad patrimonial, sin que el reclamante haya acreditado el daño, su cuantía, ni la causa. Estima que en la gestión de los servicios de interés general resulta inevitable que se causen una serie de molestias a la ciudadanía en general y a los vecinos de la zona afectada en particular, que cabe encuadrar en lo que el artículo 34 de la LRJSP contempla como "daños que el particular tiene el deber jurídico que soportar". Considera que las molestias son las mínimas posibles tras efectuar un profundo estudio de cada asunto y también de este.

Se remite en concreto al informe emitido por el servicio municipal, descartando que el expediente reúna los elementos de prueba suficientes para acreditar que los daños sean consecuencia del funcionamiento de un servicio municipal en una relación directa, inmediata y exclusiva.

Entrando al análisis del supuesto que se nos somete, pudiera plantear dudas, a primera vista, si el expediente constituye un verdadero supuesto de responsabilidad patrimonial tal como ha sido instruido, teniendo en cuenta que el reclamante requería en su escrito una eliminación o recolocación de los contenedores, además de la reposición de la acera a su estado original.

No hay sin embargo insalvables razones para no entenderlo así, al solicitar igualmente una compensación por los daños y perjuicios que su ubicación actual le está generando —JUR 2003\4415: "No lleva razón la demandante al plantear esa situación. No existe desviación procesal alguna porque la pretensión en todo caso es idéntica, que se retiren los contenedores de su ubicación actual. Lo único que es diferente es que en la demanda se afirma que el servicio normal de recogida de basuras que presta el municipio a los vecinos en este caso les está produciendo unos perjuicios que no tienen la obligación jurídica de soportar, y esa cuestión es la que finalmente constituye el fondo del asunto"—.

Se ha señalado que **la gestión del servicio municipal de recogida de basuras y residuos urbanos es de competencia municipal con arreglo a la legislación del régimen local. También la legislación sectorial** correspondiente contempla previsiones específicas sobre competencias municipales en esta materia, así, el artículo 12.5 de la Ley estatal 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC), establece:

> 5. Corresponde a las Entidades Locales, o a las Diputaciones Forales cuando proceda:
>
> a) Como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada.

b) El ejercicio de la potestad de vigilancia e inspección, y la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias.

c) Las Entidades Locales podrán:

1.º Elaborar programas de prevención y de gestión de los residuos de su competencia.

2.º Gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas, sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos en los términos previstos en el artículo 17.3. Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema en determinados supuestos.

3.º A través de sus ordenanzas, obligar al productor o a otro poseedor de residuos peligrosos domésticos o de residuos cuyas características dificultan su gestión a que adopten medidas para eliminar o reducir dichas características o a que los depositen en la forma y lugar adecuados.

4.º Realizar sus actividades de gestión de residuos directamente o mediante cualquier otra forma de gestión prevista en la legislación sobre régimen local. Estas actividades podrán llevarse a cabo por cada entidad local de forma independiente o mediante asociación de varias Entidades Locales.

6. Las administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales podrán declarar servicio público todas o algunas de las operaciones de gestión de determinados residuos cuando motivadamente se justifique por razones de adecuada protección de la salud humana y del medio ambiente.

En la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), su Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco (LGPMA), prevé en su artículo 7.3 que "Corresponde a los órganos forales de los territorios históricos ejercer las competencias reconocidas en la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos forales de sus territorios históricos, las atribuidas por la presente ley y por el resto de la normativa autonómica medioambiental"; y su artículo 72 —Residuos sólidos urbanos. Acciones— dispone: "En materia de residuos sólidos urbanos, las Administraciones públicas competentes desarrollarán acciones dirigidas a: a) Promover la implantación en todo el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco de sistemas de recogida selectiva de residuos sólidos urbanos que posibiliten su reciclado u otras formas de valorización".

Por su parte, la Ordenanza municipal de limpieza urbana del ayuntamiento —aprobada por Acuerdo plenario de 30.01.2009— regula, entre otros aspectos: la recogida de residuos sólidos producidos a consecuencia del consumo doméstico y asimilables, con la utilización de recipientes normalizados para ello (1.b); la limpieza de los espacios públicos y la recogida de los residuos procedentes de los mismos, que se realizará por el Servicio Municipal de Limpieza. Su gestión podrá ser directa o indirecta (8); el Ayuntamiento de Bilbao prestará, y el usuario utilizará, los servicios destinados a la recogida y transporte de los desechos y residuos sólidos

urbanos (49); también será sancionado el depósito de desechos fuera de los contenedores, o en elementos de contención distintos a los expresamente señalados en cada caso por los servicios municipales (55); a fin de que las basuras sean retiradas por los vehículos del Servicio de Recogida de Basuras Domiciliarias, los usuarios las depositarán, mediante los elementos de contención correspondientes, en los puntos de recogida y acumulación de residuos, que el ayuntamiento pueda establecer con carácter permanente o transitorio para tal finalidad, generalmente en la acera, lo más cerca posible del bordillo de la calzada. El usuario estará obligado a cumplir todas las instrucciones que se dicten al respecto por parte de la autoridad municipal. En consonancia con lo previsto en el párrafo precedente, el ayuntamiento podrá también establecer vados y reservas especiales del espacio urbano para carga, descarga y demás operaciones necesarias para la colocación de contenedores de basuras (65).

Como señala la jurisprudencia, **hay que partir de que la organización del servicio de recogida de basura resulta una competencia indudablemente municipal** (RJCA 2000\1451) ─en el mismo sentido la JUR 2015\176438─, **derivándose aspectos de competencia orgánica sobre la decisión organizativa en la implantación del sistema de recogida de basuras, hasta llegar a la decisión última de ubicación de los contenedores; exigiendo ponderar los efectos que puede provocar en las personas de sus proximidades; y razonando la decisión** que implica el ejercicio de la facultad discrecional que le asiste a la Administración:

> SEGUNDO
>
> La actuación administrativa que se revisa trae causa de la organización del servicio de recogida de basura establecido por el Ayuntamiento y, en concreto, en la ubicación de los contenedores destinados para dicha recogida que ha supuesto la instalación de uno de ellos en la fachada de la morada del actor y su familia. Pues bien, es cierto, como las partes admiten, que ese servicio es de competencia municipal, como expresamente se establece en el artículo 26-1º-a) de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799, 1372 y ApNDL 205); debiendo entenderse que en cuanto no existe normativa específica para esa decisión sobre la instalación de los contenedores, dicha materia es competencia del Alcalde conforme a la regla residual que se establece en el artículo 21-1º-n) del mismo Texto Legal. Queda con ello evidenciado que debió ser un originario acto (verbal o escrito) de la primera autoridad municipal el que comportó la instalación del contenedor en el lugar mencionado y, por ello, no cabe reprochar ausencia de actuación administrativa como por la defensa de la Corporación se opone en la contestación a la demanda. De otra parte, es evidente que la organización del servicio, en mayor o menor extensión, se realizó por la Corporación, conforme a la exigencia impuesta por el primero de los preceptos mencionados, por lo que no cabe tampoco oponer, como se deduce en la demanda, que se omitió dicha organización. La cuestión en que queda centrado el debate es si el contenedor ha de estar necesariamente instalado en el lugar que se decidió por la Corporación o, por el contrario, ha de buscarse otro emplazamiento a la vista de las razones puestas de manifiesto por el recurrente;
>
> TERCERO
>
> A lo largo de las actuaciones el actor ha venido poniendo de manifiesto una serie de efectos sobre distintos miembros de su familia por la existencia del contenedor en el lugar instalado, pese a ello no se niega, como dijimos, que

> se reconoce un funcionamiento normal del servicio, lo que obliga a concluir que esos mismos efectos cabría predicar de aquellas otras personas en cuyas proximidades se procediese a su instalación. Bien es verdad que ello obliga considerar la idoneidad de la ubicación con independencia de las molestias, más o menos trascendentes, que este tipo de instalaciones comportan para los ciudadanos en los que no cabe apreciar una intensidad mayor o menor en detrimento de otros. Y es cierto, como en definitiva viene a suscitarse la cuestión, que existe en la determinación de esa decisión una discrecionalidad administrativa en base a la cual la Administración ha de optar por alguna de las alternativas ofrecidas, siendo válidas en derecho; ahora bien, no puede la discrecionalidad convertirse en la arbitrariedad que proscribe el artículo 9-3º de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) y para ello es necesario que por la Administración se dé una motivación suficiente sobre la opción acogida, decisión que reiterada Jurisprudencia ha venido declarando "susceptible de control jurisdiccional mediante las técnicas de los elementos reglados de todo acto, los hechos determinantes o los principios generales del derecho" (STS 20 de marzo de 1997 [RJ 1997, 2055]).

La decisión puede producir indudables molestias entre las personas del vecindario, debiendo tratarse de (RJCA 2000\1451) "compatibilizar la necesaria instalación de estas instalaciones y la salubridad o, cuando menos, comodidad de los moradores de las proximidades donde se instalan, así como la mejor forma de gestión del servicio", en la medida de lo posible; "Tampoco debe cuestionarse que como tales residuos su gestión debe de realizarse sin provocar incomodidades por el ruido o los olores (art. 12 de la Ley 10/98)"; y sujetarse a criterios de equidad y justo equilibrio de los intereses (JUR 2015\90305), "Pero cuando ejerce esta competencia los municipios deben de manejarse bajo los principios de equidad y el buen gobierno municipal. La naturaleza de los órganos de gobierno municipal, su cercanía a los administrados y su procedencia de elección democrática, deberían permitir ofrecer soluciones para cada caso, que en justa aplicación de los principios aludidos, satisfagan todos los intereses en conflicto, sin que se produzcan situaciones que impongan a unos vecinos de forma individualizada, excesivos sacrificios en beneficio de la comunidad"; resultando a veces dificultoso poder resolver sobre el interés merecedor de mayor protección (JUR 2003\4415) "En términos generales podríamos decir que la situación elegida por la empresa municipal es adecuada tomando en consideración sus razones; y las quejas de quienes recurren podrían ser insuficientes si se limitasen a los ruidos y a los malos olores. Esas molestias, aunque en menor proporción, también las perciben los restantes usuarios como los de la calle ...".

Como se ha dicho, **razonar o motivar la decisión que el ejercicio de la potestad discrecional que la legislación atribuye a la administración municipal, resulta determinante**; e indudablemente, si se soporta en un informe de carácter técnico, como es el caso, adquiere mayor consistencia.

El expediente incorpora un informe de la Sección de Limpieza y Gestión de Residuos, que afirma:

> En cumplimiento de la providencia que antecede, este Servicio de Limpieza Pública y Gestión de Residuos, informa lo siguiente:
>
> Que esta ubicación de contenedores se considera adecuada y es muy necesaria para dar servicio a los numerosos usuarios de la zona, limpiándose

con la frecuencia que tiene asignada. Además, está ubicada sobre una acera amplia, sin afecciones a ningún establecimiento.

Como se aprecia en el plano anterior, la supresión de esta batería, que consideramos indispensable, alejaría considerablemente a los ciudadanos afectados de los contenedores para residuos.

Esta ubicación fue modificada recientemente por motivos de seguridad, al encontrarse: próxima a las tuberías de gas de las viviendas cercanas y dificultando la visibilidad en el paso para peatones del lugar, con el consiguiente riesgo de atropello. Ver fotografía adjunta.

Informar que, como expone el reclamante, en el proyecto de urbanización se había contemplado una ubicación de contenedores en el lado izquierdo del sentido de la marcha, para lo cual no se tuvieron en consideración los vehículos recolectores que operan en nuestra ciudad y que tienen el equipo de vaciado de contenedores en el lado derecho del chasis (realizan sus labores de vaciado por el lado derecho del sentido de la marcha). Por lo tanto, es totalmente imposible proceder con el equipo recolector de carga lateral al vaciado de esta ubicación de contenedores propuesta.

Por lo tanto, esta ubicación de contenedores es considerada adecuada siendo muy necesaria para mantener el decoro, la salubridad y una buena calidad de vida en la zona.

Los contenedores forman parte del mobiliario urbano de Bilbao, al igual que las farolas, las jardineras, los bolardos o los bancos públicos.

El Ayuntamiento estudia la mejor ubicación para éstos, y una vez instalados no se considera su modificación, a no ser por una razón de seguridad o impedimentos a la movilidad.

Si alguna de las quejas recibidas por estos elementos evidenciara la existencia de algún problema de este tipo, se valora la afección y se modifica su ubicación.

El hecho de que los contenedores sean móviles, es decir, no estén anclados al suelo y sea más fácil su desplazamiento, no quiere decir que sean una excepción con respecto a la línea de actuación anteriormente definida para el mobiliario urbano de Bilbao.

El informe municipal se fundamenta en razones de seguridad —encontrarse cerca las tuberías de gas de las viviendas del entorno y dificultar la visibilidad de un paso de peatones—, además de la disposición del equipo de vaciado de los vehículos recolectores que operan en la ciudad, que figura en su lado derecho.

La propuesta incorpora y asume los términos del citado informe, por lo que se puede no estar de acuerdo con estos motivos, pero no puede afirmarse que sean arbitrarios e infundados.

En consecuencia, **la Comisión considera que las molestias que ocasiona la ubicación actual de los contenedores no resultan encuadrables entre las lesiones producidas**

al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

DCJA 92/2020 párrs. 24 a 40

G) Urbanismo

En cuanto a la relación causal, **la reclamación se fundamenta en la denegación de la aprobación inicial del plan parcial de desarrollo del PGOU** de Getxo para el Sector 3-Azkorri presentado por la mercantil SASL con fecha de 11 de diciembre de 2013.

Ya se ha dicho que inicialmente esa aprobación fue denegada por el Acuerdo n.º 259 de 7 de julio de 2015, posteriormente anulado, pero que en el caso ha de situarse el origen del daño sufrido en el Acuerdo municipal nº 289 de 3 de julio de 2018.

El escrito de reclamación hace referencia a las "múltiples solicitudes" de aprobación inicial del Plan Parcial del sector 3-Azkorri —cita versiones del Plan Parcial de 30 de mayo de 2002, 11 de febrero de 2003, 30 de julio de 2004 (anteriores a la vigencia de la LSU) y 26 de julio de 2007, 28 de abril de 2008 y 11 de diciembre de 2013, (con posterioridad a la LSU)—, para centrarse en la denegación de la última solicitud de 11 de diciembre de 2013.

Concretamente, **defiende que la causa de dicha denegación —la falta de adaptación de la ordenación estructural del PGOU a los estándares** de los artículos 77 y siguientes de la LSU— **no es motivo para impedir la tramitación del plan parcial**.

Sin embargo, esa motivación es la que el ayuntamiento arguyó en el Acuerdo n.º 259 de 7 de julio de 2015, —**anulado** por la Sentencia 236/2016, de 19 de mayo, de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV— **y no ha sido incluida en el último Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018.**

El escrito de reclamación hace mención también al largo plazo —trece años— de inactividad municipal en la tramitación de la revisión del PGOU para su adaptación a la disposición transitoria segunda de la LSU, que establece que:

> Los planes generales y las normas subsidiarias aprobadas definitivamente que en sus previsiones establecieran edificabilidades urbanísticas que no fueran conformes con los límites máximos y mínimos establecidos en esta ley quedarán adaptados con carácter automático, por ministerio de la ley, a dichos límites, siempre que respecto de los mismos no se hubiera aprobado definitivamente la ordenación pormenorizada a la fecha de entrada en vigor de esta ley.
>
> No obstante, cuando el Ayuntamiento entendiera que la aplicación de esta medida no pudiera realizarse de forma autónoma sin la previa adaptación de la ordenación estructural de su planeamiento, procederá a su modificación o revisión, según proceda.

Sin embargo, la Ley 2/2014, de 2 de octubre, de modificación de la Ley 2/2006, de suelo y urbanismo, modificó la disposición transitoria segunda de la LSU para prorrogar siete años dicho plazo de adaptación, plazo que finaliza el 20 de septiembre de 2021.

Por tanto, **el plazo para dicha adaptación no ha finalizado aún** y consta, además, en el expediente la aprobación del Decreto de Alcaldía nº 2457/2019, de 20 de mayo de 2019, de aprobación de los criterios y objetivos que servirán de base para redactar la revisión el PGOU.

Expuestas estas consideraciones generales, tal y como dijimos en el Dictamen 60/2019 y como hemos apuntado en el procedimiento, en el examen del caso **se observa un obstáculo inicial referido a la falta de legitimidad de la mercantil reclamante.**

Se advierte, así, que la mercantil presenta la reclamación en su condición de copropietaria en régimen de proindiviso con la mercantil SASL y otros copropietarios de cinco fincas del Sector Azkorri ─lo que acredita mediante la presentación de las copias simples registrales─ y sitúa el origen del daño alegado en la denegación por el ayuntamiento de la aprobación inicial del plan parcial para dicho sector.

Como ya hemos señalado anteriormente, **la mercantil HISAU formaba parte de una de las mercantiles promotoras del Plan Parcial ─la mercantil SASL─ en el momento de presentar la solicitud para la aprobación del plan parcial** de 11 de diciembre de 2013 y cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo (29 de julio de 2015) frente al Acuerdo n.º 259 de la Junta de Gobierno Local de 7 julio de 2015.

Pero la reclamante se había desvinculado de dicha mercantil SASL cuando se dicta la Sentencia n.º 236/2016, de 19 de mayo, de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJPV y cuando se aprueba el Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018, en tanto el día 23 de noviembre de 2015 dejó su participación en el capital social de la mercantil SASL.

No consta, tampoco, **que en el momento de la salida de la mercantil HISAU de la participación en la mercantil SASL o posteriormente la reclamante haya ejercido su derecho a continuar en la tramitación del procedimiento del plan parcial, por lo que difícilmente pudo dicho derecho verse conculcado** y, en consecuencia, tampoco la denegación de la aprobación del plan parcial por el Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018 pudo provocar el daño por el que reclama.

Ha de tenerse en cuenta que dicho Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018 deniega la aprobación del plan parcial a las entidades SASL y AOS, sin mención alguna a la mercantil ahora reclamante HISAU por la sencilla razón de que no era parte en dicho procedimiento.

Resta por último indicar que, según se infiere del expediente, tampoco la mercantil reclamante ha recurrido en la vía contencioso-administrativa el repetido Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018, que sí ha sido recurrido por la mercantil SASL y por otros propietarios.

Como señala la STS de 10 de noviembre de 2010, "los particulares tienen derecho a la tramitación de los Planes que se deban a su iniciativa"; y, lógicamente, el derecho no se enuncia en abstracto, sino vinculado a la tramitación de los planes que efectivamente impulsen los particulares.

Así, la reclamante alega un daño en su patrimonio jurídico inexistente por cuanto lo vincula a la denegación de la aprobación inicial del plan parcial por Acuerdo n.º 289 de 7 de julio de 2018, cuando no era promotora de dicho plan parcial, por lo que difícilmente esa denegación le ha podido provocar daño alguno en su patrimonio jurídico.

Por ello, y pese a que la legitimación de la empresa reclamante no ha sido cuestionada por la instructora del procedimiento, la Comisión considera que concurre una falta de legitimación en quien reclama.

Aplica así el criterio sostenido en su Dictamen 60/2019 por cuanto, analizada la situación de la hoy reclamante, se comprueba que, a los efectos de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, esta es la de un copropietario que no participó en el procedimiento del plan parcial.

A lo expuesto cabe añadir que **también se aprecia la inviabilidad de la reclamación presentada si se toma en consideración que**, tal y como hemos señalado anteriormente, la mercantil reclamante **no ha recurrido en la vía administrativa ni en la contencioso-administrativa el Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018, que es la actuación municipal a la que vincula el perjuicio alegado**.

Esta Comisión en numerosas ocasiones ha reiterado que la responsabilidad patrimonial no es un cauce alternativo para combatir actuaciones de la Administración que debieron ser impugnadas en tiempo y forma a través de los recursos administrativos o jurisdiccionales que resultaban aplicables (entre otros, Acuerdo 1/2017).

Se trata de una advertencia que sigue la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 3.833/98, 1.043/99 y 2.784/99, entre otros), según la cual, la responsabilidad patrimonial no puede utilizarse como un medio para evitar la aplicación de resoluciones consentidas por los interesados ni como una vía alternativa a la interposición de los recursos correspondientes para someter a examen la legalidad de dichas resoluciones (DD 236/2010, 212/2012 o 27/2013, entre otros).

Por lo demás, dicha doctrina fue aplicada por la Comisión en el Dictamen 155/2016 que desestimó la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la mercantil SASL ante la no aprobación del plan parcial decidida en el Acuerdo n.º 259 de 7 de julio de 2015:

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

> requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.
>
> Porque, si bien cabe acumular la pretensión indemnizatoria a la declaración de nulidad o anulabilidad de un acto (o a la declaración de una vía de hecho) —artículos 102.4 LRJPAC y 31 Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA—, lo inverso no procede: no cabe instar el resarcimiento de los daños producidos por la ilegalidad de un acto o actuación administrativa sin que dicha declaración haya sido realizada en el procedimiento (administrativo o judicial) correspondiente.
>
> Tal criterio, estima la Comisión, es recta aplicación de la doctrina según la cual, si bien de la mera declaración (administrativa o judicial) de anulación de un acto administrativo, por no ser conforme a derecho, no cabe derivar automáticamente la existencia de responsabilidad de la Administración, dicha declaración sí es necesaria cuando el daño se conecta y vincula precisamente a la ilegalidad de la actividad, que se erige, así, en título de imputación, pues este elemento es el que permite sustentar la antijuridicidad del perjuicio padecido (requisito inexcusable de la responsabilidad patrimonial, artículo 141.1 LRJPAC).

En esta línea y como última consideración resta añadir que la mercantil SASL y otros propietarios sí han interpuesto sendos recursos n.º 812/2018 y n.º 197/2018 ante el TSJPV frente al Acuerdo n.º 289 de 3 de julio de 2018.

Como señaló la Comisión en el citado Dictamen 155/2016, "no es a la Comisión a quien corresponde conocer sobre la validez de los actos administrativos, sino a la jurisdicción, y habiendo sido impugnado el acuerdo municipal ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el mismo no es firme, por lo que habrá que esperar a lo que resulte del procedimiento judicial para saber sobre su adecuación o no a derecho, y si se impone a la reclamante el deber jurídico de soportar el daño".

En el mismo sentido se pronunció la Sentencia 36/2018, del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 5 de Bilbao, para desestimar el recurso interpuesto frente a la resolución municipal de aquella reclamación de responsabilidad patrimonial.

En suma, **la Comisión considera que la reclamación examinada debe ser desestimada tanto por la falta de legitimación de la mercantil reclamante como por la indebida utilización del instituto de la responsabilidad patrimonial como una vía para examinar la legalidad del Acuerdo** n.º 289 de 3 de julio de 2018, al margen de los recursos administrativos y jurisdiccionales establecidos.

DCJA 86/2020 párrs. 43 a 69

Resueltas, pues, estas cuestiones litigiosas que se han planteado de manera recurrente en todas las reclamaciones previas, queda ahora por **solventar el alcance de las obligaciones que corresponden al ayuntamiento y que se ha visto obligada a asumir la Comunidad de Propietarios … como consecuencia de la inactividad municipal** durante el periodo comprendido entre el 15 de diciembre de 2018 y el 14 de diciembre de 2019.

Más allá de la pretensión genérica de la Comunidad de Propietarios CIMB de atribuir al ayuntamiento tanto el total (100 %) de los gastos de alumbrado público, mantenimiento y conservación de viales, aceras, parques y jardines, abastecimiento domiciliario de agua potable, saneamiento, alcantarillado y recogida de basuras, como los gastos de administración en los que ha incurrido la comunidad por la gestión de tales servicios (el 49'69 % del total de los gastos de administración de la comunidad), procedería realizar un trabajo pormenorizado con el fin de identificar e individualizar los conceptos sobre los que el Ayuntamiento de Mungia ha de asumir su responsabilidad de proveer los servicios públicos que le correspondan.

Como ya se ha visto, **corresponde legalmente al ayuntamiento la provisión de los servicios públicos urbanísticos en el ejercicio de sus competencias propias y, en consecuencia, su financiación de forma íntegra. Sin embargo, también existe la posibilidad de que, de manera excepcional y por una duración determinada, las obligaciones correspondientes sean asumidas, en este caso, por la Comunidad de Propietarios CIMB**.

El **artículo 4 de la Ley 2/2006**, de 30 de junio, **de suelo y urbanismo** (LSU), somete la potestad de ordenación urbanística al principio de subordinación al interés público, por el que el ejercicio de dicha potestad requiere la ponderación razonada de todos los intereses y las necesidades, públicos y privados, de los fines de la función pública urbanística y de sus principios legales [artículo 4.2.b) LSU].

Por lo tanto, **en atención al principio de subordinación al interés público, las posibles excepciones en cuestión debieran concretarse teniendo en cuenta las singularidades de la concreta urbanización, así como la concurrencia de circunstancias que, en términos de viabilidad técnica y financiera, dificultaran o impidieran temporalmente la provisión de ciertos servicios por parte del ayuntamiento**, entre otros.

Cabe recordar que el artículo 197.2 de la LSU prevé que la atribución de la conservación de las obras de urbanización e instalaciones públicas por parte de la copropiedad de la urbanización puede imponerse de forma justificada y necesariamente con carácter temporal —nunca por duración indefinida— por el planeamiento o por el programa de actuación urbanizadora o resulte expresamente de disposiciones legales. **La temporalidad de tal atribución es de carácter esencial, dada la incuestionable naturaleza pública que otorga el ordenamiento jurídico a los servicios de urbanización.**

DCJA 136/2020 párrs. 121 a 126

Para ello, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que **en el año 2011 la mercantil realizó una consulta al ayuntamiento sobre el aprovechamiento no consolidado de la finca, consulta que fue respondida a través de un certificado**, de fecha de 10 de noviembre de 2011, firmado por el secretario general del ayuntamiento, con el visto bueno del Alcalde.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que la Ley 2/2006, de 30 de junio, de suelo y urbanismo (LSU), consagra el derecho de información de las personas sobre el planeamiento

urbanístico, cuya veracidad queda garantizada con la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, en su caso, las administraciones públicas, tal y como se recoge en su exposición de motivos: "Igualmente se establece en dicho título [Disposiciones y principios generales] la relevancia y centralidad, precisamente también a dichos efectos de garantizar el derecho de información de los ciudadanos sobre el planeamiento urbanístico municipal. (…) La confianza de los administrados en el planeamiento municipal debe ser reforzada con la garantía de la responsabilidad patrimonial derivada de la información suministrada por las administraciones públicas en los términos establecidos en el título I".

Con ese fin, el artículo 9 de la LSU, relativo al principio de información pública, establece en su apartado 1.c) que, para garantizar la publicidad del planeamiento, las administraciones públicas competentes deberán "c) Expedir, a solicitud de cualquier persona, certificaciones o copias certificadas de la ordenación urbanística aplicable a unos inmuebles concretos", y precisa en su párrafo 2 que:

> 2. Todas las personas físicas o jurídicas podrán actuar de acuerdo con la información que se consigne en los documentos expedidos conforme a la letra c) del párrafo anterior. La confianza en la veracidad y corrección de dicha información se presumirá legítima a los efectos, en su caso, de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. En caso de error, los documentos expedidos no vinculan a la Administración, sin perjuicio de las indemnizaciones procedentes por daños y perjuicios.

Por lo tanto, de conformidad con el mencionado precepto legal, **se ha de presumir la confianza legítima de la mercantil sobre la veracidad y corrección de la información contenida en el certificado municipal** y, en caso de que finalmente resulte ser errónea, los documentos expedidos no vinculan a la Administración, sin perjuicio de incurrir en un supuesto de responsabilidad patrimonial del que se deriven las indemnizaciones por los daños y perjuicios por ese motivo.

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta que **durante los cinco años que transcurren entre el certificado** de 10 de noviembre de 2011 del secretario general **y el informe de 7 de noviembre de 2016 de la arquitecta municipal** y la TAG [técnica de administración general] de la Área de Urbanismo, por el que se acredita el agotamiento del aprovechamiento urbanístico en cuestión, **se suceden una serie de actuaciones que se realizan como resultado de la confianza legítima de la mercantil en la existencia de un aprovechamiento urbanístico no consolidado**, que se recoge en el certificado del secretario general de 10 de noviembre de 2011.

En ese sentido, se constata que, tras el certificado del aprovechamiento urbanístico de la finca emitido en noviembre de 2011 por el secretario general con el visto bueno del Alcalde: (i) en 2014 se solicita la licencia de obras, para lo que se redacta el correspondiente proyecto básico; (ii) se emite la autorización del Departamento de Cultura de la Diputación Foral de Bizkaia previa a la licencia de obras de nueva edificación; (iii) en atención a las observaciones de la Diputación Foral de Bizkaia, se promueve la modificación puntual del PGOU para acoger una ubicación alternativa a la solicitada en la licencia para el proyecto edificatorio, cuya redacción corre a cuenta de la mercantil; (iv) el ayuntamiento promueve la tramitación de la evaluación

ambiental estratégica de la propuesta de modificación puntual, para lo que la mercantil redacta el documento de evaluación ambiental y el estudio acústico, tramitación ambiental que culmina tras haberse instruido, asimismo, el trámite de información pública correspondiente; (v) existen diversas comunicaciones entre el Departamento de Infraestructura y Servicios del ayuntamiento y la mercantil con la finalidad de subsanar las deficiencias detectadas para el otorgamiento de la licencia; y (vi) los informes de la arquitecta municipal previos parten de la existencia de aprovechamiento urbanístico, como ocurre también en el informe de 28 de junio de 2016 por el que se informa favorablemente la intervención propuesta en la solicitud de licencia.

Por todo ello, se estima que la consecución de los actos anteriormente mencionados ha generado en la mercantil "la creencia 'racional y fundada' —a través de actos dentro del procedimiento— sobre una decisión favorable, elemento esencial sin el cual no cabe invocar la quiebra del principio de confianza legítima, que, como principio general, al que ha de acompasarse toda actuación administrativa, fue positivizado en el art. 3 de la Ley 30/92, tras la reforma operada en 1999" [actualmente, en el artículo 3.1.e) de la LRJSP], de acuerdo con lo expresado en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 466/2017, de 17 de marzo (RJ\2017\1242).

Por lo tanto, **se estima que queda acreditada la existencia de una expectativa real y cierta de aprovechamiento urbanístico, basada en la confianza legítima de la mercantil en la veracidad y corrección de los datos proporcionados por el ayuntamiento** en la respuesta a la consulta realizada en 2011, así como en la actuación posterior de la Administración municipal.

El cambio de criterio del ayuntamiento respecto al aprovechamiento urbanístico, transcurridos cinco años desde la consulta inicial de 2011, se presenta como el resultado de la consulta de los expedientes obrantes en el Archivo Municipal relativos a las operaciones urbanísticas llevadas a cabo bajo las NNSS [normas subsidiarias]. Dicha consulta se realiza por el Área de Urbanismo a raíz de la aportación de un plano por parte de la mercantil en julio de 2016 como parte de un expediente de segregación previo.

Concretamente, el informe de 17 de enero de 2017 de la arquitecta municipal y la TAG del Área de Urbanismo refiere que:

> A partir de la aportación de dicho plano, desde el Área de Urbanismo se consultan los expedientes obrantes en el Archivo Municipal, y, a consecuencia de ello, se emite un nuevo informe en el que, "con reconsideración del anteriormente emitido", se concluye, por aplicación de las determinaciones del PGOU, que el aprovechamiento patrimonializable ya ha sido absorbido por el real materializado, sin que quede aprovechamiento por materializar.

Por su parte, el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de enero de 2017 no hace referencia al hecho desencadenante del giro del sentido favorable de los informes municipales previos al sentido desfavorable del informe de 7 de noviembre de 2016 de la arquitecta municipal y la TAG del Área de Urbanismo.

En consecuencia, del expediente se desprende que **la denegación de la licencia, tras años de tramitación, se produce a causa de la tardía reacción municipal, que no había tenido en cuenta previamente las operaciones urbanísticas realizadas en la finca bajo vigencia de las NNSS**, por las que quedaba absorbido el aprovechamiento patrimonializable de la finca por el real materializado, hasta la consulta de los expedientes en cuestión obrantes en el Archivo Municipal, que realiza el Área de Urbanismo una vez recibido el plano entregado por la mercantil en julio de 2016.

Por lo tanto, se reconoce un funcionamiento anormal de la Administración municipal cuando esta no tiene en cuenta, desde un inicio, las operaciones urbanísticas llevadas a cabo bajo las NNSS, por su afección directa en el cálculo del aprovechamiento urbanístico de la finca bajo el PGOU.

Es por ello que **se reconoce la responsabilidad patrimonial del ayuntamiento por los daños causados a la mercantil a consecuencia de su funcionamiento incorrecto al proporcionar una información errónea en la consulta de 2011 por no haber tenido en cuenta las actuaciones urbanísticas operadas durante la vigencia de las NNSS**, información que llevó a la mercantil, actuando bajo el principio de confianza legítima, a emprender las gestiones urbanísticas dirigidas a materializar un aprovechamiento inexistente, incurriendo en unos gastos por los que ahora reclama, que le suponen un daño antijurídico que no tiene el deber de soportar.

DCJA 160/2020 párrs. 71 a 84

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

Expuestas las razones que motivaron la decisión del OARC y las que sustentaron su anulación en la STSJPV, en aplicación de la doctrina expuesta que impone el examen del requisito de la antijuridicidad en el marco de la índole de la actividad administrativa enjuiciada y su contraste con los parámetros de racionalidad exigibles, **la Comisión considera que la decisión del OARC refleja una interpretación razonable de las normas aplicables a la controversia que se sometió a su consideración**.

No se aprecia que la decisión adoptada en la Resolución 99/2016 por el OARC excediera el margen de tolerancia que ha de admitirse en la actuación de un órgano que ejerce una función que puede definirse como "materialmente jurisdiccional" y que necesariamente **por las características de dicha función se ve obligado a valorar y optar entre las distintas interpretaciones y enfoques que concitan los procesos contractuales**. Se trata de una característica implícita en la labor legalmente encomendada a un órgano configurado, según señala la antes citada STSJPV, como un órgano jurisdiccional no judicial.

Por un lado, **en la citada Resolución 99/2016 la solución interpretativa alcanzada viene precedida de una argumentación jurídica lógica y admisible en derecho, sin perjuicio de su posterior anulación. En modo alguno se atisban las incongruencias que denuncia la reclamación**.

En sus alegaciones la reclamante establece una comparación entre la decisión adoptada por el OARC en su caso y la adoptada en otros supuestos en los que se consideró adecuado otorgar un trámite de subsanación o aclaración. Encuentra en esa diferencia base para tachar de irrazonable la decisión.

Sin embargo, en el examen que acometemos esa comparación permite ver que **no hay una solución unívoca para todos los casos. Al contrario, en cada uno ha de valorarse con detalle la entidad, tipo, carácter y alcance del incumplimiento, defecto u omisión detectados en el conjunto de la documentación** que integra las ofertas presentadas, para realizar el juicio de proporcionalidad a que aboca el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001 y tomar la decisión adecuada a las circunstancias del caso (exclusión, subsanación, aclaración…).

En el mismo sentido, **la STSJPV 109/2018, de 27 de marzo**, ampliamente trascrita (párrafo 72) **ampara la ausencia de antijuridicidad**.

Se razona en dicho pronunciamiento, en primer término, que no hay ninguna incongruencia en la Resolución 99/2016 que toma como punto de partida el informe municipal de valoración (16.05.16) para su juicio sobre la contradicción entre la oferta (apartado 4.16) y las características técnicas del modelo de parquímetro (de las que da cuenta el folleto del fabricante aportado).

En segundo término, confirma que, aun si se considerara que el citado folleto tuviera un valor simplemente informativo y no de ficha técnica en el sobre (B) correspondiente a la oferta técnica, era un elemento de esta y no "cabía prescindir del mismo a la hora de verificar si la propuesta, así configurada, comportaba la asunción del compromiso de suministrar un parquímetro que funcionase en condiciones de humedad relativas del 95%".

La sentencia sí difiere de la consecuencia que el OARC extrae de la falta de plena concordancia entre los términos de la propuesta (apartado 4.16) **y el folleto comercial**: la discordancia no justificaba el rechazo de plano por la mesa de contratación. **Discrepa del valor esencial en la configuración de la oferta que se otorga al folleto comercial** como razón excluyente de dicha oferta en la Resolución del OARC **y considera que debía haberse atendido a otros apartados de aquella** (no solo el 4.16 sino también el 4.5 ─certificaciones y marcado CE─).

Considera correcta la selección como norma aplicable del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, aunque **no comparte la solución alcanzada en tanto la sentencia considera que dicha aplicación no comporta siempre la exclusión de la oferta defectuosa, debiendo ponderarse el defecto y pudiendo admitirse la subsanación o aclaración. Esta petición de aclaración** (frente a la exclusión acordada) **es la que la sentencia considera la solución jurídica correcta en el caso**.

Pero en modo alguno la sentencia permite tachar de irrazonable la solución de la Resolución del OARC.

En el fundamento noveno, al pronunciarse sobre las costas, primero se constata otra singularidad del caso pues, dado que en el proceso la Administración no es parte demandada, la condena en costas recaería en la empresa adjudicataria que es la que en el proceso ha defendido la resolución del OARC.

Pero el Tribunal añade un segundo motivo que es el aquí relevante: "además la cuestión controvertida ha suscitado dudas jurídicas que traslucen los motivos de los recursos contenciosos y de oposición al mismo, con referencia a las resoluciones del TACRC y del propio OARC de la CA de Euskadi y también, en cierta medida, los fundamentos de esta sentencia (Artículo 139.1 de la LJCA)".

En suma, con la jurisprudencia aplicable al caso, **la solución adoptada por el OARC no ha traspasado los márgenes de lo razonable y ha sido expresada de forma razonada, por lo que las consecuencias perjudiciales que haya podido generar han de ser soportadas por la destinataria de dicha resolución**.

En efecto, si seguimos la línea trazada, entre otras muchas, en las SSTS de 14 de julio y 22 de septiembre de 2008, dictadas en unificación de doctrina, y atendemos a la índole de la actividad (resolución de un recurso especial en materia de contratación), **la Resolución del OARC responde a los parámetros de racionalidad exigibles ya que acoge una interpretación razonable en tanto resulta explicable conforme a las normas en juego.**

No concurre en este caso **el plus exigido de ausencia de motivación y falta de racionalidad de la actuación administrativa anulada que permitiría calificar la lesión de antijurídica y, por ende, de resarcible**.

DCJA 43/2020 párrs. 74 a 89

La propuesta de resolución, en base a la doctrina relativa a la responsabilidad patrimonial en supuestos de nulidad de actos o disposiciones administrativas **sostiene que el acto anulado, la certificación final de obras, es un acto discrecional**: "el órgano de resolución disponía de un margen de actuación que le permitía optar por varias soluciones, ya fuera atenerse al sentido de los informes, atender a las alegaciones de la parte, o incluso elegir cualquier alternativa ajustada al caso".

También considera que la actuación de la Administración se ha mantenido en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables, para ello toma en cuenta que el tribunal, en la sentencia que anula la Orden de 18 de noviembre de 2017 de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, entiende: (i) en los fundamentos jurídicos (FJ) 4º y 5º, que la resolución impugnada sí estuvo adecuadamente motivada; (ii) en el FJ 8º, que la oscuridad de los términos del proyecto de obra y sus modificaciones relativos a la unidad controvertida (la G304N001) debe resolverse interpretando las cláusulas a favor del contratista y el único informe pericial del proceso, aportado por la reclamante y que sirve de base para fallar a favor de esta, evidencia lo inadecuado de las operaciones de valoración de la certificación final relativas a dicha unidad, lo que determinó que el acto impugnado generase un desajuste en las bases de la contratación y, en consecuencia, un desequilibrio en las

contraprestaciones del contratista; y (iii) en el FJ 11º, que no se imponen las costas debido "a las dudas que ha suscitado la interpretación de las cláusulas contractuales, y documentos anexos, respecto al abono de la Unidad G3004N001 (artículo 139.1 de la LJCA)".

La empresa reclamante, por el contrario, invoca la aplicación específica de la doctrina jurisprudencial y legal (emitida por el Consejo de Estado) en los supuestos en que **el daño antijurídico potencialmente sufrido por el particular consiste en la prestación de avales o garantías para suspender la ejecutividad del acto que resultó anulado.**

En principio, **frente a lo que se expresa en la propuesta de resolución, no estamos ante un acto que se dicta en ejercicio de potestades discrecionales**.

La discrecionalidad, en cualquiera de sus variantes, por todas STS de 1 de junio de 1999 (RJ 1999/5745):

> parte de la posibilidad de elegir entre un mayor o menor abanico de opciones o, si se prefiere, resulta que su ejercicio permite una pluralidad de soluciones justas, o de optar entre alternativas que, en general, sean igualmente justas desde el punto de vista del Derecho o, tal vez mejor, "razonables", desde el mismo punto de vista, por lo que el ejercicio de la potestad discrecional presupone una opción entre varias posibles, y una "razonabilidad" en un marco socio-cultural determinado, pero, precisamente por ello, la decisión discrecional exige, como inseparable de ella, la motivación, que es la que garantiza que se ha actuado racionalmente, y no arbitrariamente, y la que permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose así una motivación "suficiente" que, al menos, exprese apoyo en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentales de la decisión (Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1991), fórmula un tanto vaga, si se quiere, pero que tiene la ventaja de poder medirse caso por caso si se cumple o no con la "suficiencia" (Sentencia del Tribunal Constitucional 100/1987).

En este caso, como es de sobra conocido, los pliegos son considerados *lex contractus*, de modo que vinculan tanto a la entidad pública contratante como a los licitadores y la contratista e incluyen los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato (Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, nº 35/2004, 29/2000 o 65/1996, Tribunal Central de Recursos Contractuales, por ejemplo, Resolución 929/2017, o la jurisprudencia del Tribunal Supremo STS de 27 de mayo de 2009).

Además de las cláusulas de los pliegos, tanto la legislación de contratos como la complementaria y la normativa de desarrollo correspondiente resultan de aplicación directa en todo aquello que no haya sido especificado en los pliegos, los cuales, deberán acomodarse a las normas vigentes en todo caso. El informe del Servicio de contratación alude, en ese sentido, al artículo 218 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y al artículo 166 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, relativos a la certificación final de las obras ejecutadas.

Pues bien, **en modo alguno cabe entender que el pliego otorgara a la Administración la posibilidad de optar por abonar o no la controvertida Unidad** G3004N001 si es que efectivamente fue ejecutada conforme al proyecto de obra y sus dos modificaciones. **Una cosa es que hubiera una duda sobre el pliego y documentos complementarios y anexos, y otra**

muy distinta, que el órgano de contratación pudiera elegir entre esas dos alternativas atendiendo al interés general que debe satisfacer.

Pero como ya hemos señalado, incluso en el supuesto de actos dictados en virtud de facultades absolutamente regladas, pese a la anulación posterior del acto, eso no significa que deba apreciarse en todo caso la antijuridicidad del daño.

Esta doctrina de la razonabilidad no puede aplicarse, empero, con automatismo u olvidando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial —también de la derivada de anulación de actos—, sino que, abandonándose el debate sobre el aspecto subjetivo de la actuación de la Administración, ha de ponerse el foco en el aspecto objetivo de la antijuridicidad del perjuicio, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto.

En principio, no hay duda de que el acto anulado se dicta de forma razonada cumpliendo el requisito de la motivación, *ex* artículo 35.1.a) de la LPAC —"los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos"—.

La clave se encuentra indudablemente en la razonabilidad, que habría que excluir cuando el acto manifieste una violación manifiesta y grave de las normas aplicables, atendiendo siempre a la naturaleza de las facultades ejercidas por la Administración, la índole de la actividad administrativa, su potencial capacidad de intervención y los bienes jurídicos que pudieran estar en juego.

Podría sostenerse, incluso, que, según el sector del ordenamiento en el que se ha producido la infracción jurídica, llega a ser diferente el margen de razonabilidad admisible para la valoración del daño antijurídico.

Desde ese enfoque, compartimos con el Consejo de Estado que es precisa una aplicación específica en los **supuestos en que el daño antijurídico potencialmente sufrido por el particular consiste en la prestación de avales y garantías para suspender la ejecutividad del acto que resultó anulado**.

Como recoge en su doctrina (por todos, el reciente Dictamen 923/2019):

> En estos casos, aun cuando en la aplicación del artículo 32.1, segundo párrafo, de la LRJSP no cabe predicar que la anulación sea "siempre" motivo determinante de la indemnización, cabría apreciar en principio que las garantías que debieron ser prestadas para suspender la eficacia de un acto, cuya legalidad fue cuestionada, constituyen un perjuicio que no debió ser soportado una vez que los tribunales decretaron en efecto tal ilegalidad, aun cuando deben ponderarse en todos los casos las circunstancias particulares y lo grave o manifiesto de la vulneración legal. Razones de este orden, junto a otras de eficacia en la actuación administrativa, han llevado al legislador en determinados sectores del ordenamiento a regular el reembolso del coste de las garantías prestadas para suspender una deuda posteriormente declarada improcedente (artículo 26.4 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) o, destacadamente en el ámbito tributario (a partir de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, y hoy en el artículo 34.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de di-

> ciembre, General Tributaria), a configurar como un auténtico derecho del obligado tributario el de ser reembolsado del coste de los avales y otras garantías aportados para suspender la ejecución de un acto, si este es declarado total o parcialmente improcedente por sentencia o resolución administrativa firme.

Es obligado referir, asimismo, que esa incorporación a la Ley general tributaria vino precedida, como señala la STS de 9 de abril de 2015 (RJ 2015/1339), por:

> una amplia doctrina jurisprudencial (SSTS de 2-07-1998 (RJ 1998, 6059); 18-12-1998 (RJ 1999, 262); 13-03-1999 (RJ 1999, 3151), entre otras) según la cual cuando el acto administrativo resulta anulado, los gastos bancarios del aval prestado para obtener la suspensión cautelar de su ejecutividad representan un daño que el administrado no debe soportar, pues se ve obligado a ello para mantener indemne su patrimonio frente al acto ilegal. El nexo causal indemnizatorio está aquí representado por la relación entre el funcionamiento anormal de los servicios públicos (práctica de una liquidación tributaria incorrecta) y el daño causado al ciudadano (sea el interés legal de la cantidad ingresada, el rendimiento de los valores públicos depositados o el coste del aval o fianza bancaria). Esta solución es la que, andando el tiempo, vino a consagrar el artículo 12.1 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes y en la actualidad el artículo 34.1 c) de la vigente Ley General Tributaria.

Como en el supuesto analizado por el Consejo de Estado, no es este el caso de la reclamación sometida a consulta ─ni estamos en el ámbito de la seguridad social ni en el tributario─, por lo que **han de ponderarse los términos de la sentencia anulatoria y, sobre todo, la circunstancia de que se está ante una decisión tomada por el órgano de contratación en el seno de la ejecución de un contrato de obras.**

Aunque, como correctamente realiza la propuesta de resolución, ha de atenderse a **los términos de la sentencia**, lo cierto es que sus FJ 7º y 8º **ponen de relieve que la orden finalmente anulada no supera, en el concreto contexto del contrato de obras que une a las partes y desde la perspectiva objetiva del resultado, un canon de razonabilidad**:

> SÉPTIMO.- Las conclusiones expuestas por el Perito de la recurrente en el informe cuya composición se acaba de reseñar explican, por su riguroso método de análisis, comprensivo de todos los documentos concernientes a la definición de las unidades de referencia, sus aspectos puramente técnicos y los referidos a los precios descompuestos y su reflejo en el presupuesto del contrato, la razón de la configuración de la Unidad G304N000I como complementaria de la Unidad G404N00I y su integración en el Proyecto de obra presupuestado, al punto de que la primera alcanzó un volumen de 68.047,79 rn^2 y , según el presupuesto de ejecución material, la suma de 4,5 millones de euros, cerca del 5 % del presupuesto que sirvió de base a la licitación.
>
> Así es que según los análisis desglosados en el antedicho informe, el precio ─descompuesto─ de la Unidad G404N001 únicamente reflejó una parte del coste de amortización de los elementos del carro de encofrado (estructura y panel) porque se sustentó en unas previsiones de la vida útil de esos elementos (de 50 y 40 años, respectivamente) inferiores a las debidas en atención a las longitudes de los túneles proyectados, no obstante la pretendida aplicación de la Base de precios de ADIF-2008 respecto a la amortización de la precitada unidad, o sea, el ajuste del precio de amortización del encofrado a

> los usos necesarios del carro y del panel demandados por las longitudes de las infraestructura, añadidos en función de esa variable a los previstos con referencia a la unidad G4040001, de suerte que el precio referido a la unidad G304N001 ha venido a compensar las diferencias entre el coste previsible de la amortización del panel y carro, este último especificado como autoportante, y el coste de amortización de los mismos elementos previsto en la unidad G404N001.
>
> En razón a lo cual, se revela la función complementaria, defendida por la recurrente, de la unidad G304N001, lo que da sentido y coherencia a su contemplación inicial en el proyecto de obra, y en sus dos modificaciones.
>
> OCTAVO.- No es ya que la definición de la Unidad G304N001 en el Proyecto de obra y en sus modificaciones, en relación con el Pliego de prescripciones técnicas, comporte duda u oscuridad que deba resolverse en favor del contratista (Artículo 1.288 del Código Civil) sino que debiendo interpretar las cláusulas del contrato de obras, y documentos complementarios o anexos, las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (Art. 1.285 del Código Civil) ha de concluirse en congruencia con el dictamen pericial valorado en el fundamento anterior en la función complementaria de la unidad G304N001 al punto que la exclusión en la certificación de las mediciones y valoraciones correspondientes a esa unidad no solo privarían de sentido a tal previsión, por errónea o inadecuada que se considere su inclusión en el Proyecto y sus modificaciones (juicio no compartido, en razón a lo dicho, por el Perito de la recurrente) sino que produciría un desajuste en las bases de la contratación y, consiguientemente, un desequilibrio en las contraprestaciones del contratista, no en vano su proposición económica, baja incluida (y de los otros licitadores) se ha articulado en consideración a un presupuesto de ejecución material que había incluido la partida controvertida.
>
> En consecuencia, en la certificación final de obras debió liquidarse la partida G30004 [sic, pues se referirá a la G304N001] por importe de 4.269.318,48 € en concepto de ejecución material, más el 13% en concepto de gastos generales y el 6% en concepto de beneficio industrial; en total, aplicado el coeficiente de adjudicación por la baja, 4.730.443 €, sin IVA; esto es, los mismos importes recogidos en la Relación valorada de ETS de 27-II-2015 (documento 3, adjunto a demanda).

De forma resumida, **si la unidad** G304N001 **debía estar necesariamente contemplada, ya que daba "sentido y coherencia" al proyecto de obra y sus dos modificaciones, no puede considerarse razonable que, una vez ejecutada, no sea abonada en la certificación final de las obras**.

Tal valoración no queda desvirtuada por la falta de imposición de las costas porque, con idéntica inferencia, se podría deducir que la propia Administración consideró que existía una vulneración manifiesta al no recurrir en casación la sentencia anulatoria, dejando que adquiriera firmeza.

Imponer a la adjudicataria la carga de asumir el coste de la caución también afecta al equilibrio económico del contrato, aunque obviamente con una incidencia menor que la ocasionada por la Orden de 18 de noviembre de 2017, de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, ya que se traduce en una disminución de la rentabilidad económica

obtenida, por circunstancias ajenas a su voluntad, viéndose irremisiblemente abocada a ello por el órgano de contratación, y desde luego no debe asumirla como inherente al principio de riesgo y ventura presente en todo tipo de contratos.

Por tanto, en este caso **la empresa reclamante no tenía el deber jurídico de soportar las consecuencias lesivas del acto judicialmente anulado** y, en consecuencia, **procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial**, procediéndose a delimitar a continuación el alcance de la misma.

En este ámbito de examen, en primer término, a juicio de la Comisión, **resulta indemnizable el daño reclamado por el coste de los avales** prestados por Bankia S. A. de: (i) 60.156,25 €, por la cantidad avalada de 1.200.000 €, importe devengado desde el 15 de marzo de 2018 hasta el 30 de octubre de 2019; (ii) 18.025,99 €, por la cantidad avalada de 500.722,41 €, importe devengado desde el 14 de marzo de 2018 hasta el 24 de octubre de 2019; y (iii) 4.002,62 €, por la cantidad avalada de 308.951,01 €, importe devengado desde el 2 de marzo de 2018 hasta el 14 de octubre de 2019.

En efecto, dichos pagos derivan causalmente de la obligación de prestar la caución exigida por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco para la no ejecución del acto objeto de recurso, siendo, por tanto, atribuibles al funcionamiento del servicio público.

Por lo que se refiere al daño que cuantifica la UTE en 102.329,34 €, que resulta de aplicar el interés legal del dinero a la cantidad consignada judicialmente (2.117.358,84 €), calculada por el periodo que media entre el día —14 de marzo de 2018— y el día en que fue devuelta —22 de octubre de 2019—, es preciso señalar lo siguiente.

Si bien se considera procedente su abono, ya que dicha cantidad era la que no quedaba cubierta por los avales, este **deberá hacerse efectivo previa presentación por parte de la UTE de la documentación acreditativa de la citada consignación y de la fecha en que le fue devuelta efectivamente**.

La aplicación durante ese periodo del interés legal resulta, a juicio de la Comisión, adecuada, pues contempla un criterio legal asentado en la "legislación fiscal" —artículo 34.2 de la LRJSP—, para supuestos en los que la Administración debe correr con los gastos ocasionados a los ciudadanos por actuaciones no conformes a derecho o devolver cantidades indebidamente percibidas, —así, v. gr., el régimen del reembolso de los costes de las garantías o de devolución de los ingresos indebidos, artículos 33.2, 34.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria—.

Por tanto, aplicar el interés legal del dinero a la cantidad consignada judicialmente resulta, en el caso, un medio idóneo para satisfacer el principio de indemnidad que rige en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y que exige la efectiva reparación del daño producido (Dictamen 116/2009).

Con idéntico fundamento, **debe integrar la indemnización debida el interés legal de la cantidad que la UTE consignó judicialmente para garantizar los intereses a devengar**

durante la tramitación del procedimiento, que cifra en 89.539,59 €, siempre y cuando presente también la documentación acreditativa de la citada consignación y de la fecha en la que le fue devuelta efectivamente.

En definitiva, debe señalarse ahora que lo instruido permite dar por probado la producción de un daño antijurídico y causalmente unido a la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Ahora bien, para la exacta determinación de la indemnización, en los términos expresados en los apartados anteriores, deberá continuarse la tramitación, sin perjuicio de que la cantidad final así obtenida deba ser actualizada conforme al artículo 34.3 de la LRJSP.

DCJA 143/2020 párrs. 35 a 65

Capítulo 8. REVISIÓN DE OFICIO

I. Ámbito de la potestad revisora

Antes de comenzar con el análisis de la causa de nulidad advertida con la mancomunidad, es preciso identificar con precisión el acto administrativo al que se imputa la infracción legal.

La consulta de la mancomunidad **se refiere a la anulación del contrato de "Servicio de gestión integral del alumbrado público"**. Sin embargo, ha de aclararse que **la potestad de revisión de oficio de sus actos por parte de la Administración está dirigida**, como viene advirtiendo el Consejo de Estado (dictámenes 82/2013, de 21 de febrero, dictámenes 3.412/99, de 9 de marzo o 1.914/2010, de 28 de octubre) **únicamente a los actos administrativos y no a los contratos**. Cuestión distinta es que la declaración de nulidad de un acto preparatorio del contrato conlleve necesariamente, de acuerdo con el artículo 35 TRLCSP, la del mismo contrato.

La revisión y la consulta han de ser redirigidas, por tanto, **al acto de adjudicación** del contrato que resultaría afectado, en su caso, por la señalada causa de nulidad, esto es, al acuerdo de la Junta Plenaria de la Mancomunidad de 21 de enero de 2013.

DCJA 109/2020 párrs. 41 a 43

Mediante escrito de 17 de julio de 2020 de la Alcaldesa de Barakaldo —con registro de entrada en esta Comisión el 24 de septiembre de 2020— se solicita el dictamen de la Comisión sobre la **revisión de oficio de las previsiones contenidas en los artículos 92, 93 y 93 bis del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal del Ayuntamiento de Barakaldo 2018-2020.**

(…)

En cuanto a la naturaleza jurídica del acuerdo regulador, debemos decantarnos por su naturaleza dual, en tanto que es de aplicación tanto al personal funcionario como al personal laboral (artículo 3).

Conforme al artículo 38.8 del Texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (en adelante, TRLEBEP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, los pactos y acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (ET) para el personal laboral.

Por lo que se refiere al personal laboral, tiene, por tanto, el **carácter de convenio colectivo,** forma parte de las fuentes de su relación laboral y regula los derechos y obligaciones concernientes a la misma [artículo 3.1.b) del ET].

Por lo que se refiere a los funcionarios, tiene una indudable **naturaleza normativa pues se inserta con vocación de generalidad y permanencia en el estatuto que rige el régimen jurídico de los funcionarios locales al servicio del Ayuntamiento de Barakaldo**. Se integra en el ordenamiento jurídico y es susceptible de una pluralidad de actos administrativos aplicativos. Una vez aprobado por el Pleno, constituye una manifestación singular de la potestad reglamentaria enunciada por el artículo 4.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), caracterizada por su peculiar origen negocial.

Resulta ilustrativo de la distinción entre acto y disposición general a los efectos del presente expediente de revisión el siguiente pasaje de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 15 de septiembre de 1995 (RJA 6701/1995):

> El acto administrativo se diferencia del Reglamento en que éste es norma jurídica, y por ello susceptible de aplicación reiterada, mientras que aquél no lo es y sus efectos se producen sólo una vez, agotándose al ser aplicado. Los Reglamentos innovan el ordenamiento, mientras que los actos administrativos aplican el existente. Los reglamentos responden a las nociones de «generalidad» y «carácter abstracto» que señalan, al menos por regla general, a toda norma jurídica mientras que los actos administrativos responden, también por regla general, a lo concreto y singular. El Reglamento es revocable, mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que al acto administrativo le afectan los límites de revocación que impone la Ley como garantía de los derechos subjetivos a que, en su caso, haya podido dar lugar. La ilegalidad de un Reglamento implica su nulidad de pleno derecho, en tanto que la ilegalidad de un acto sólo implica, como regla general, su anulabilidad. Es, por último, principio esencial del Estado de Derecho que las autoridades respeten en su conducta concreta las normas generales que han establecido ellas mismas en forma general («Tu, legem patere quem ipse fecisti»), como reconoce el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE), a cuyo tenor, «las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas tengan grado igual o superior a éstas».

No pone en duda dicha naturaleza que pueda tener fijado un plazo de duración, porque, como se prevé en el TRLEBEP, salvo acuerdo en contrario, se prorrogará de año en año si no mediara denuncia expresa de una de las partes (artículo 38.11). La vigencia de su contenido, una vez concluida su duración, "se producirá en los términos que los mismos hubiesen establecido" (artículo 38.12), y "los que sucedan a otros anteriores los derogan en su integridad, salvo los aspectos que expresamente se acuerde mantener" (artículo 38.13).

Tampoco la cuestiona que el acuerdo constituya un instrumento de origen negocial, en el que sus destinatarios participan en su elaboración de un modo singular, porque se trata de buscar —al menos teóricamente— un cierto equilibrio y una mutua satisfacción de los intereses de las partes que los conciertan y con el que se pretende también —en la medida de lo posible— la paz social.

Una vez producida la aprobación expresa y formal por el Pleno, forma parte de las normas locales, pero no es un clásico reglamento de organización y funcionamiento de la entidad local o de prestación de servicios públicos, ni tampoco una ordenanza, con la que se interviene la

actividad de los ciudadanos [artículo 84.1.a) LBRL], con fines de ordenación social o las que incluyen normas de carácter urbanístico y de ordenación tributaria (disposición adicional primera de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi).

En definitiva, a efectos de impugnación o revisión, **lo correcto es interpretar que se aplican las normas relativas a las disposiciones de carácter general**.

DCJA 159/2020 párrs. 1 a 14

En la medida en que se invocan razones formales y materiales también resulta procedente añadir lo siguiente.

Una interpretación conjunta de los artículos 47 y 48 de la LPAC lleva a la conclusión de que los actos pueden ser nulos de pleno derecho o anulables, pero **para el legislador las infracciones producidas en las disposiciones generales no admiten otra calificación que la de nulidades de pleno derecho.**

A su vez, el literal de los siguientes artículos conduce a la idea de que son técnicas que permiten modular los efectos de la nulidad o anulabilidad de los actos, pero que no son aplicables a las disposiciones de carácter general.

El artículo 49 de la LPAC pone límites a la nulidad y anulabilidad de los actos, el artículo 50 se refiere a la conversión de los actos viciados, el artículo 51 dispone la conservación de actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción, y el artículo 52 faculta a la convalidación de actos anulables.

Ahora bien, **aun partiendo de que las infracciones de las disposiciones de carácter general son todas de nulidad de pleno derecho, ello no es óbice para tomar en consideración cuál es el tratamiento que merecen los defectos de forma** en el artículo 48.2 de la LPAC.

Dicho de otra forma, **una cosa es la severidad de la sanción, la nulidad de pleno derecho, y otra, ignorar que se trata de infracciones formales, lo que exige atender su trascendencia y gravedad**.

Si al enjuiciar las infracciones formales en el caso de los actos, tenemos muy presente la presunción de legalidad de la actuación administrativa, con mayor razón debemos tenerla presente en el caso de los reglamentos, como corresponde a una norma que forma parte del ordenamiento jurídico, que ha regulado con vocación de permanencia y generalidad una parcela de la realidad jurídica y ha producido los correspondientes actos aplicativos.

Tal vez la radicalidad de la declaración de nulidad de pleno derecho, cuyos efectos *ex tunc* implican que la norma reglamentaria se declare nula desde que fue dictada, ha hecho que la

jurisprudencia haya sido prudente al apreciar las infracciones formales cometidas en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

En ese sentido, la Comisión considera que **en sede de revisión de oficio es razonable estimar que rigen los límites impuestos a los interesados cuando quieren combatir una disposición general mediante un recurso indirecto** —ya hemos mencionado anteriormente el paralelismo existente entre las dos vías que remiten a dos legitimaciones diferentes, la del interesado afectado por el acto aplicativo y la de la propia Administración autora de la disposición, pero que tienen un mismo objetivo, la nulidad de la disposición general—.

La STS de 21 de abril de 2008 (RJ 3979) refleja la interpretación canónica al recordar que, **ante una impugnación indirecta de una disposición reglamentaria, es jurisprudencia reiterada que por ese cauce no procede cuestionar los vicios de procedimiento o formales en que pudiera incurrir**. Es más, la Sentencia de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005/8588) constata "que desde hace más de veinte años el Tribunal Supremo viene manteniendo el criterio indicado. O sea, la improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de las normas de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición".

El motivo de esa restricción es que solo el contenido sustantivo de las normas puede producir efectos invalidantes del acto de aplicación individual (STS de 9 de octubre de 2000, RJ 2000, 8360).

Ello implica, naturalmente, que con el simple paso del tiempo dejan de ser trascendentes los defectos formales o quedan subsanados sin necesidad de acudir a ningún tipo de técnica como la convalidación.

Más recientemente **dicha doctrina ha sido matizada en el sentido de posibilitar la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general cuando en perjuicio del recurrente se hubiera incurrido en una omisión clamorosa del procedimiento de elaboración, o bien concurra manifiesta incompetencia**.

Así lo expone la STS de 6 de julio de 2010 (RJ 6068): "Aunque la jurisprudencia relativa al recurso indirecto se ha mantenido después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, de lo que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8588) (recurso de casación 6822/2002), 21 de abril de 2008 (RJ 2008, 3979) (recurso de casación 5038/2003), 11 de mayo de 2009 (RJ 2009, 4275) (recurso de casación 1871/2006) y 11 de febrero de 2010 (JUR 2010, 153197) (recurso de casación 4581/2008), sin embargo, se viene admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente (Sentencias de esta Sala de fechas 27[sic] de octubre de 2007 (RJ 2008, 1418) (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 673) (recurso de casación 344/2004, fundamento jurídico sexto)".

Se observa en tales matizaciones que el Tribunal Supremo sigue el marco legal establecido para las nulidades de pleno derecho de los actos administrativos para, como en el caso de

aquellos, declarar la insubsanabilidad de los defectos cuando aquellas se cometen, esto es, por haber sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o territorio o prescindiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido.

DCJA 159/2020 párrs. 82 a 96

II. Análisis de las causas de nulidad

A) Nulidad de pleno de derecho de disposiciones administrativas

Como venimos exponiendo, **el Ayuntamiento** de Basauri **pretende declarar la nulidad de determinadas previsiones que figuran en el Plan Estratégico de Recursos Humanos** del Ayuntamiento de Basauri, **así como en el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal del Ayuntamiento** de Basauri.

Antes que nada, es preciso realizar una triple puntualización.

En primer lugar, **la Comisión comparte con la Administración solicitante las razones por las que se considera procedente emprender la vía de la revisión de oficio frente a la simple inaplicación de ambos**. Son principalmente razones de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), una vez estimada la ilegalidad de las disposiciones generales, las que conducen a la incoación del expediente de revisión de oficio.

En principio, tanto el Plan como el Acuerdo gozan de una presunción de legalidad pues ni la Administración de Estado ni la de la Comunidad Autónoma apreciaron extralimitación competencial alguna, ya que tras recibir copia o, en su caso, extracto comprensivo de ambos acuerdos (artículo 56.1 LBRL), no los impugnaron (artículo 66 LBRL). Tampoco, al parecer, fueron reparados por el Interventor, ni se opuso tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento.

Inaplicar una norma supone sencillamente prescindir de la misma para resolver un caso en el que tenía vocación de ser aplicada. Pero solo en ese caso y entre las partes. Por el contrario, anularla, tiene efectos jurídicos *erga omnes*, y supone su expulsión definitiva del ordenamiento jurídico.

Cierto es que la seguridad jurídica exige que se anulen cuanto antes los reglamentos inválidos, pero ello no impone necesariamente que primero tenga que ser la anulación y luego la inaplicación. El funcionamiento de la cuestión de ilegalidad constituye buena prueba de ello (artículo 27 LJCA).

De los antecedentes relatados se extrae que **las peticiones formuladas por policías locales para el abono de la prima por jubilación anticipada en el año 2019 fueron desestimadas por considerarse improcedente su pago a raíz de la incidencia que tuvo en su régimen jurídico la aprobación del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el**

que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local.

Si bien la inaplicación por parte de la Administración constituye aún una cuestión problemática (sobre todo si se trata de una norma producida por ella misma), a favor tenemos por ejemplo la STS de 29 de noviembre de 1989 (RJA 8125) y en contra la que se cita en el informe del Secretario General, STS de 5 de febrero de 1988 (RJA 711); no lo es en el caso de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativo que tienen el deber de velar por la aplicación prevalente de la ley, si, como ahora se sostiene, el Plan y Acuerdo la infringen.

El artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, establece, con particular rotundidad, que "Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa". Dicha regla trae causa del artículo 117.1 de la CE según el cual están "sometidos únicamente al imperio de la ley".

Si no procedía el pago de la indemnización por jubilación anticipada tenían que haber sido expuestos todos los argumentos que justificaban tal negativa, y, por ende, también la ilegalidad del Plan y del Acuerdo por las razones que ahora se esgrimen.

Ello tiene consecuencias sobre el presente expediente, porque si la cuestión de su legalidad o ilegalidad ha salido de la esfera de la propia Administración, una cierta prudencia aconsejaría declarar improcedente el cauce de la revisión de oficio, puesto que, como enuncia el artículo 106.1 de la CE, son los tribunales los que "controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Sin embargo, estimamos que excepcionalmente es posible articular el procedimiento de revisión de oficio porque este eliminaría del mundo jurídico el Plan y el Acuerdo, mientras que lo que se decida en tales procesos solo tendrá efectos respecto al acto impugnado y para las partes.

En cualquier caso, se hace preciso advertir que, **si tales razones existían y no han sido invocadas, ello impedirá, cuando los pronunciamientos jurisdiccionales sean firmes y en sentido favorable a las pretensiones de los funcionarios policiales, su revisión**.

Tanto por la obligación que incumbe a la Administración de dar cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones de los Jueces y Tribunales por imperativo constitucional (artículo 118 CE), como por la imposibilidad jurídica de revisar lo declarado por una Sentencia con efecto de cosa juzgada, manifestación del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que constituye una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva (consagrada por el artículo 24.1 CE).

Una segunda puntualización es necesaria, **la nulidad del Plan y Acuerdo Regulador no conllevaría la nulidad de los actos declarativos de derecho mediante los que la Administración municipal ha reconocido al personal funcionario la procedencia del abono de la prima por jubilación anticipada**.

Si ni siquiera las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general afectan por sí mismas a actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales –*ex* artículo 73 de la LJCA–, menos aún la declaración de nulidad de una disposición general por la vía de la revisión de oficio puede tener ese efecto.

Tales actos, además, son actos declarativos de derechos, por lo que su revisión exigiría acudir al cauce legal correspondiente y superar los límites que pudieran impedir su revisión.

En tercer lugar, **la normativa que ha de tomarse como referencia viene constituida por la que estaba en vigor cuando se aprobaron tanto el Plan como el Acuerdo**.

Por lo que se refiere al Plan como indica su parte expositiva este se dicta al amparo de la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP) –añadida por la disposición adicional sexta de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo–, conforme a la cual, las "Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada".

La LMRFP habilita, por tanto, **tal género de prestaciones con motivo de la jubilación voluntaria anticipada, cuando estas van efectivamente ligadas a medidas organizativas y de racionalización de los servicios y los recursos humanos**.

De otro lado, ampara la adopción de tales medidas también el artículo 22 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la función pública vasca (en la redacción dada por el artículo 4.1 de la Ley 16/1997, de 7 de noviembre), al disponer lo siguiente en sus tres primeros párrafos:

> 1. Las Administraciones Públicas vascas, de acuerdo con su capacidad de autoorganización y mediando negociación con la representación del personal, podrán adoptar programas de racionalización de los recursos humanos adaptados a sus especificidades y referidos tanto a personal funcionario como laboral, que contendrán de forma conjunta las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito a que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal que fijen sus órganos de gobierno.
>
> 2. Los programas de racionalización de recursos humanos podrán incluir todas o alguna de las medidas establecidas en la normativa general de aplicación para los planes de empleo, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada e incentivos a la renuncia al servicio activo o baja definitiva en él.
>
> 3. Los programas de racionalización de los recursos humanos se regirán por lo dispuesto en esta ley y la normativa que cada Administración Pública vasca dicte.

Puede concluirse, por tanto, que las entidades locales vascas están expresamente amparadas para incentivar el acceso a la jubilación voluntaria anticipada, siempre que tales incentivos vayan asociados a medidas de racionalización de los recursos humanos. Tal habilitación legal es independiente de cuál sea la naturaleza del incentivo, si es retributivo o no.

Por lo que se refiere al Acuerdo, cuando se aprueba, estaba en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (EBEP). De su contenido hemos de resaltar dos ideas que inspiran su regulación, contenidas en su exposición de motivos: que "el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes"; en segundo lugar, que la dualidad de regímenes, contratación laboral y personal funcionario, suscita algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, por tal motivo, entre otras medidas, se permite "negociar en una misma Mesa las condiciones de empleo comunes al personal funcionario y al personal laboral".

En lo que ahora nos interesa, el artículo 14.n) del EBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la "jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables". El artículo 67.2 del EBEP contempla que "procederá la jubilación voluntaria, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable". Mientras que el artículo 67.3 del EBEP dispone que la jubilación forzosa se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad, lo que no será de aplicación "a los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación".

También hay que decir que, si bien se deroga el artículo 18 de la LMRFP, no sucede lo mismo con la disposición adicional 21ª de la LMRFP, que continúa vigente (disposición derogatoria Única), manteniéndose la posibilidad de aprobar programas de racionalización de recursos humanos y, por ende, cabe que pervivan los aprobados anteriormente, que no decaen por dicha norma posterior, si continúan en vigor, con las características ya definidas.

Para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral en cada una de las entidades locales, el artículo 36.3 del EBEP prevé la constitución de una Mesa General de Negociación.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto de negociación "en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso" se incluye en el artículo 37.1.g) e i) del EBEP "los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas" y los "criterios generales de acción social".

Se ha de añadir, asimismo, que la disposición final 4ª del EBEP prevé que, entre otros, el capítulo III (derechos retributivos) del título III, excepto el artículo 25.2, producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. En tanto ello no suceda, sigue en vigor el artículo 24 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP).

B) La revisión de oficio

El fundamento de la revisión se encuentra en lo previsto en el artículo 47.2 de la LPAC, por el que son "nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Sería más correcto, no obstante, identificar como causa de la misma lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, ya que, si bien el procedimiento a seguir es el vigente cuando se inicia el expediente de revisión, las causas deben ser las que se encontraban vigentes cuando el acto o la disposición fueron aprobados. De todas formas, a efectos sustantivos tal subsunción carece de trascendencia alguna, al tener ambos preceptos el mismo contenido.

La razón de esta regla reside, como destaca el Consejo de Estado (por todos, Dictamen 2124/1994, de 7 de diciembre), en el principio de seguridad jurídica, que se vería negativamente afectado si se aplicasen supuestos de nulidad con carácter retroactivo ("la retroactividad formal en la consideración de una causa no prevista en el tiempo en que fueron realizados los hechos, cuya revisión se pretende ahora, conllevaría efectos negativos e indeseables sobre la seguridad jurídica").

Antes de examinar si concurre la causa de nulidad invocada hay que recordar que esta Comisión viene manteniendo una línea restrictiva en la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho.

La posibilidad legal atribuida a las administraciones públicas de revisar de oficio sus propios actos y disposiciones en cualquier momento es una facultad excepcional que quiebra la seguridad jurídica y queda, por ello, reservada a supuestos de quebrantamiento del derecho extraordinariamente graves, ante los cuales dicha seguridad jurídica debe ceder, por resultar de todo punto inadmisible su presencia en el ordenamiento.

Esa singularidad de la vía exige un control estricto de la concurrencia del requisito y, sobre todo, en el caso de una disposición general es preciso que en modo alguno sea posible una interpretación conforme de la misma que excluya su nulidad.

Puede decirse que **las primas, indemnizaciones o compensaciones por jubilación voluntaria anticipada pueden tener un doble aval jurídico: uno explicito, el de la disposición adicional vigésimo primera de la LMRFP y artículo 22 de la LFPV, y otro implícito, porque en principio no se refieren expresamente a tales indemnizaciones las previsiones del EBEP, que regulan las materias eventualmente negociables, pero no es rechazable *ad limine* su posible subsunción en tales materias**.

En el primer caso, **la nulidad del Plan y del Acuerdo vendría motivada por vulnerar los términos legales que regulan los supuestos y condiciones que permiten su abono**.

En el segundo caso, **la nulidad del Plan y del Acuerdo sería consecuencia del establecimiento de un concepto retributivo no previsto en la ley**, infringiéndose simultáneamente, de forma directa, la reserva legal en materia de retribuciones de los funcionarios públicos y, de forma mediata, la competencia estatal, porque el Ayuntamiento no puede desconocer las normas básicas dictadas por el Estado.

La Administración municipal se centra en ese segundo motivo de nulidad, descartando, sin un análisis exhaustivo, que pueda tener amparo en un programa de racionalización de recursos humanos.

Pues bien, esta Comisión no debe excluir *a radice* que el Plan Estratégico de Recurso Humanos aprobado por el Ayuntamiento de Basauri merezca esa categorización. Entre otras razones, porque el propio Plan se manifiesta en ese sentido cuando invoca su fundamento legal. Es cierto que no es suficiente con ello y será preciso indagar en su contenido para dilucidar si puede merecer esa calificación.

Instrumento de racionalización y ajuste de la estructura, de mejora del rendimiento de los recursos humanos y optimización de los costes de personal:

Como ya hemos dicho anteriormente **el Plan incluye medidas referentes a la jubilación y a la segunda actividad** y las primeras, a nuestro entender, se comprenden a la vista de las segundas. Es preciso tomar el Plan como un todo, tal y como fue aprobado por el Pleno. La regulación de la segunda actividad tiene un indudable objetivo, dar respuesta a la situación singular de la Policía local.

Dicho sintéticamente, la disposición final 3ª de la LBRL preveía la aprobación reglamentaria de un estatuto específico para el personal de las policías municipales, teniendo en cuenta la Ley de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. El título V de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, dedicado a la Policía local, establece en su artículo 52.1 que "los Cuerpos de Policía Local son Institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los capítulos II y III del título I y por la sección cuarta del capítulo IV del título II de la presente Ley, con adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos".

Por su parte, la Ley 4/1992, de 17 de julio, de policía del País Vasco (LPPV), declara en su artículo 24.1 que, a los efectos previstos en esta ley, integran la Policía del País Vasco los cuerpos de policía dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las entidades locales del País Vasco, y su título V se ocupa de la Policía local. Por último, en lo que tiene de trascendente para este análisis, la disposición adicional segunda de la LPPV contempla que es de aplicación a los miembros de la Policía local lo dispuesto en los Títulos II y III, excepto el Capítulo VIII de este último, así como las disposiciones adicionales, transitorias y finales a ellos referentes.

Entre tales previsiones se incluyen los artículos 85, 86, 87 y 88 de la LPPV (que han sido modificados por la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco).

La segunda actividad se endereza a preservar la adecuada aptitud psico-física en la prestación de los servicios policiales y así se define en las normas que regulan la situación en el Estado y otras comunidades autónomas, por ejemplo, el artículo 1 de la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, por la que se regula la segunda actividad del Cuerpo Nacional de Policía (LSACNP), en la actualidad capítulo IV del título X de la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de régimen de personal de la Policía Nacional (LORPPN).

También hay una coincidencia generalizada en el panorama normativo estatal y autonómico sobre dos de las causas que determinan el acceso a la situación, el cumplimiento de la edad y la insuficiencia de aptitudes psicofísicas.

En su redacción original la LPPV preveía como causas determinantes del pase a dicha situación administrativa tanto el cumplimiento de la edad que para cada categoría se determine por ley del Parlamento Vasco, como la insuficiencia apreciable de las facultades psíquicas o físicas, habiendo quedado inédita la primera al no haberse dictado la ley que debía hacerla efectiva.

Es decir, la LPPV era consciente de la necesidad de dar un marco jurídico a la segunda actividad por edad, pero la ley que debía culminar dicho régimen no fue aprobada, consciente también el legislador autonómico de los problemas organizativos que ocasionaba su vigencia. No solo porque al cumplirse la edad abandonaban el servicio activo policial, sino también porque debían ser readscritos a otros puestos susceptibles de ser provistos por tales funcionarios policiales.

En el caso de la Policía Nacional, la ley aboca a los funcionarios policiales a una especie de situación de "prejubilación", quedando a disposición del Ministro del Interior para el cumplimiento de funciones policiales cuando razones excepcionales de seguridad ciudadana lo requieran en los términos que reglamentariamente se determinen (artículo 2.3 LSACNP y artículo 66.4 LORPPN), percibiendo cuando se encuentran sin destino la totalidad de las retribuciones básicas que correspondan a la antigüedad que se posea y a la categoría de pertenencia, así como un complemento de una cuantía igual al 80 por 100 de las retribuciones complementarias de carácter general de la referida categoría, percibiéndose, además, la totalidad de las retribuciones personales por pensiones de mutilación y recompensas (artículo 9 LSACNP y artículo 73.1 LORPPN).

Es decir, la LSACNP y la LORPPN optan por esa situación atípica para los funcionarios policiales, corriendo las arcas públicas de la Administración del Estado con el coste que lleva consigo, en vez de decidirse directamente por su jubilación (anticipada o forzosa).

En ese contexto, el Plan Estratégico parte de esa posible determinación por ley de la edad que prevé la LPPV, en cuyo caso, el pase es obligatorio (con la premisa de que lo será conforme a la legalidad vigente, lo cual ha supuesto su inaplicación), pero permite además, el pase a ins-

tancia del interesado, declarando que la misma es voluntaria (como lo es ahora en la policía nacional), de acuerdo con la siguiente escala de inspección (60 años) y básica (60 años y en cinco años llegar a los 55 años).

Y lo hace porque, como dice su parte expositiva, el colectivo se encuentra con una plantilla de avanzada edad que complica la correcta asunción de las funciones que por ley corresponden a este cuerpo y, por otro lado, teniendo en cuenta la alta tasa de incapacidad temporal motivada por imposibilidades físicas de los trabajadores para asumir las funciones policiales, el Plan persigue renovar y rejuvenecer la plantilla de Policía porque también "se asume el compromiso de que los puestos que queden vacantes porque su titular es asignado a otro puesto de trabajo declarado de segunda actividad, sea cubierto con otros efectivos mediante la realización de la Oferta Pública de Empleo correspondiente".

Claro que el reconocimiento de una segunda actividad voluntaria por edad conlleva dificultades organizativas para el municipio, porque será preciso determinar qué puestos podrán ser desempeñados por tales policías locales. Además, no solo tales funcionarios policiales en segunda actividad por edad han de ser readscritos a otros puestos pues también deben serlo los policías locales en segunda actividad aquejados de una insuficiencia apreciable de las facultades psíquicas o físicas.

Por ello, el Plan diseña también una serie de criterios:

> - Cuando el informe del Tribunal Médico a favor de una persona declarada en Segunda Actividad, sea para ocupar un puesto para el que no existan más candidatos el informe será vinculante para la Comisión Calificadora.
>
> - Cuando el informe del Tribunal Médico se realice a favor de más de un puesto para una misma persona la Comisión Calificadora realizará una propuesta a favor de uno de ellos previo estudio.
>
> - Cuando el informe del Tribunal Médico se realice a favor de varias personas para un mismo puesto, el orden de referencia será:
>
>> Primero: Aquellas personas que requieran su paso a una segunda actividad como consecuencia de accidente o enfermedad laboral relacionada con su trabajo.
>>
>> Segundo: Consecuencia de incapacidad física, mediante la realización de un Concurso Especifico que constará de dos fases:
>>
>> Tercero: Por edad.
>
> Si después de aplicar los tres criterios anteriores sigue habiendo más de un candidato idóneo para un mismo puesto de trabajo, se realizará un Concurso Específico que constará de dos fases.

Tales fases del Concurso específico incluyen una prueba de carácter obligatorio relacionada con las funciones del puesto y un concurso de méritos.

Como consideraciones añadidas el Plan señala que "en el supuesto de que existieran más reconocimientos del derecho a Segunda Actividad que puestos a ocupar en esta condición, y siempre que reúnan los requisitos del puesto, primará el informe que, al respecto, emita el Tribunal médico, relativo al orden de prioridad en la asignación de entre los empleados afectados". Asimismo, prescribe que "en la situación de segunda actividad se permanecerá hasta el pase a una nueva situación de jubilación u otra que no podrá ser la de servicio activo. Los puestos ocupados con carácter provisional por personal susceptible de adquirir de pleno derecho la condición de segunda actividad, no deben ser sacados a concurso, ni tener la caracterización de vacante, hasta que la adscripción sea definitiva".

No es aventurado afirmar, a la vista de su contenido, que el Plan incluye medidas de reasignación de efectivos y concursos de provisión limitados al personal de ámbitos determinados, incluso acierta a definir necesidades adicionales de recursos humanos que habrán de integrarse, en su caso, en la Oferta de Empleo Público, fijando, en definitiva, una o algunas de las medidas de los planes de empleo.

Si decíamos antes que los dos aspectos del Plan están unidos era porque la jubilación anticipada voluntaria constituye un remedio eficaz en esa situación y obedece a fines y razones objetivas. Hay una limitación de las facultades físicas de los policías derivada de la edad; a pesar de ello su régimen de jubilación es el general (en aquel momento), pero el Ayuntamiento tiene dificultades organizativas (su plantilla, medios y recursos son obviamente limitados) para reasignar a tales funcionarios al ejercicio de otras funciones.

Por ello, **si bien se articula la segunda actividad como medida encaminada a sortear los problemas derivados de la edad de la plantilla, lo cierto es que tiene consecuencias sobre el conjunto de servicios de la Administración local, que ha de emplear funcionarios seleccionados para realizar tareas policiales en tareas de otro tipo, y pese a ello tal medida puede ser insuficiente, al no haber voluntarios ni puestos suficientes que permitan la readscripción, siendo, sin duda, la jubilación anticipada una medida complementaria que puede resultar potencialmente más efectiva**.

Se califican expresamente de jubilaciones anticipadas "indemnizadas" porque al tratarse de una jubilación anterior a la jubilación ordinaria, conlleva una reducción de la pensión a percibir por el funcionario. Viene, pues, a mitigar el impacto económico que tendrá su jubilación anticipada.

Es cierto que tiene un coste económico para al ayuntamiento, como también lo tiene la falta de aplicación de tales incentivos, pues la prestación no será eficaz y eficiente, (i) al seguir los funcionarios policiales trabajando en activo, si no optan por la segunda actividad o habiendo optado por la misma no hay puestos suficientes, o (ii) al pasar a la situación de segunda actividad, realizando actividades ajenas a las policiales, con una edad que podría dificultar su adaptación.

En fin, el recurso a las jubilaciones anticipadas indemnizadas se revela en ese contexto como una medida ajustada a los objetivos que permiten la adopción de un programa de racionalización de recursos humanos, cuando se aplica a los funcionarios de la Policía local.

Más difícil resulta encontrar justificación cuando se proyecta sobre el conjunto de los funcionarios de carrera y personal laboral fijo del Ayuntamiento, si bien no podemos descartar absolutamente que pueda cumplir finalidades comunes cuando se trata de colectivos sobre los que la edad tiene también consecuencias significativas (brigada municipal) o se encuentran inmersos en profundas transformaciones tecnológicas que debe llevar a cabo la Administración en su proceso de digitalización (personal de oficinas), que se han agudizado desde la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que ha recibido un nuevo impulso con la LPAC: sintomático de tales problemas es la prórroga de la entrada en vigor de las previsiones relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico, que producirán efectos a partir del día 2 de octubre de 2020 (artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto).

Ahora bien, **es innegable que esa situación de la Policía local ha sido corregida con la aprobación del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre**, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, y más recientemente con las modificaciones de los artículos 85 a 88 llevada a cabo por la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco.

En el caso de los policías de la Comunidad Autónoma –tanto los funcionarios policiales de la Ertzaintza como de la Policía local– **la edad de jubilación anticipada se confunde con la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación, por la aplicación del coeficiente reductor, lo que conlleva que percibirán la pensión de jubilación que les corresponde sin minoración alguna** por el hecho de su anticipación en 5 años a su edad de jubilación forzosa o en 6 años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización.

La policía autonómica vio modificado el régimen de las primas por jubilación anticipada establecido en su Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo con el Acuerdo aprobado por Decreto 28/2010, de 26 de enero, que tenía por objeto "introducir las adaptaciones necesarias como consecuencia de la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que en materia de reducción de la edad de jubilación para los miembros del Cuerpo de la Ertzaintza, ha sido operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (...)".

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, en el apartado trece de la disposición final tercera, añadió una nueva disposición adicional –la cuadragésima séptima– al Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, en virtud de la cual, el personal de la Ertzaintza puede acceder a la jubilación a partir de la edad de sesenta años, o a la de cincuenta y nueve años, en los supuestos en que se acrediten treinta y cinco o más años de actividad efectiva y cotización en el Cuerpo de la Ertzaintza, o en los colectivos que quedaron incluidos en el mismo. En la actualidad, tal régimen singular se encuentra recogido en la disposición adicional 20ª del TRLSS.

Como esa reducción de la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación no implica en caso alguno una reducción de la pensión a que se tenga derecho, por cuanto que permite la jubilación con el 100 % de la misma, el sistema anterior de primas por jubilación anticipada, por ser incompatible con el nuevo régimen de jubilación, fue sustituido (artículo 11 del Decreto) por otro mediante el que se reconoce al personal funcionario de la Ertzaintza que se jubile a la edad de 59 o 60 años el derecho a la percepción de un importe que se corresponde con el equivalente a la cantidad, que por concepto de antigüedad, hubiera cobrado en el último año anterior a la fecha de jubilación.

Por su parte, el nuevo artículo 85 de la LPPV –introducido por la Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco, que entró en vigor el 10 de julio de 2019– ya no habla de una situación de segunda actividad por edad, porque con la nueva edad ordinaria de jubilación de los policías, tanto autonómicos, como locales, carece de sentido la situación tal y como fue concebida. Con la jubilación se volatilizan los problemas derivados de la edad de la plantilla de la Policía local, no es preciso que se queden sin actividad, pero percibiendo las retribuciones (Estado), o que sean readscritos a funciones que no son policiales (Comunidad Autónoma) ya que dejarán de prestar servicios.

Ello no obsta para que el legislador haya sido sensible a los condicionantes de la prestación derivados de la edad, incluso los que surgen con antelación a los 59 o 60 años, edad con la que tales funcionarios pueden jubilarse, de ahí que contemple que puedan solicitar, los que se encuentren en servicio activo, "pasar a desempeñar la modalidad de servicio activo modulado por la edad con el objetivo de prestar el servicio activo con las modificaciones de las condiciones de prestación del servicio pertinentes".

Decimos que la situación de servicio activo modulado es previa a la edad ordinaria de jubilación, que coincide con la anticipada, porque el artículo 85.3 de la LPPV prescribe que "la autorización del servicio activo modulado por razón de la edad estará condicionada al compromiso de la petición de jubilación voluntaria anticipada cuando se alcance la edad requerida para aquella de conformidad con el régimen de la Seguridad Social en su caso aplicable. El cumplimiento de tal compromiso podrá retrasarse si en el momento de cumplimiento de la edad de la jubilación anticipada no se cumple con los requisitos necesarios para percibir una pensión equivalente al cien por cien de su base reguladora".

A vista de este largo excurso, **la cuestión que se suscita queda circunscrita a si puede entenderse que perviven las indemnizaciones por jubilación voluntaria establecidas por el Plan Estratégico de Recurso Humanos de 2002, que debemos entender fueron prorrogadas por el Acuerdo regulador de 2008, al mantenerse los mismos condicionantes que llevaron a la aprobación del Plan, o, por el contrario, a raíz del Real Decreto 1449/2018 y, en todo caso, con la aprobación de la reforma de la LPPV para el personal de la Policía local, estas han decaído y devienen inaplicables**, al carecer de fundamento una indemnización por los perjuicios ocasionados por una jubilación anticipada cuando dicha jubilación anticipada no ocasiona tales perjuicios.

Es cierto que en la Ertzaintza se modificó el Acuerdo regulador, lo que no ha sucedido en el caso de la Policía local de Basauri, pero ello no impide concluir que el Plan y Acuerdo han

quedado, cuando menos, parcialmente derogados tácitamente (artículo 2.2 del Código Civil) en cuanto a su ámbito subjetivo –con respecto al personal de la Policía local– y en cuanto a su contenido material –al haber desaparecido jurídicamente la segunda actividad por edad– por normas posteriores en el tiempo que han revelado su carácter incongruente o contradictorio con la realidad que pretendían regular.

Ha dicho el Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 28 de junio de 2004 y de 19 de noviembre de 2008) que:

> Además de la titularidad o competencia de la potestad reglamentaria, tradicionalmente se consideran exigencias y límites formales del reglamento, cuyo incumplimiento puede fundamentar la pretensión impugnatoria: la observancia de la jerarquía normativa, tanto respecto a la Constitución y a la Ley (arts. 9.3, 97 y 103 CE), como interna respecto de los propios Reglamentos, según resulta del artículo 23 de la Ley del Gobierno; la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52.2 de la Ley 30/1992); y el procedimiento de elaboración de reglamentos, previsto en el artículo 105 CE y regulado en el artículo 24 LRJ y PAC. Y se entiende que son exigencias y límites materiales, que afectan al contenido de la norma reglamentaria, la reserva de ley, material y formal, y el respeto a los principios generales del Derecho. Pues, como establece el artículo 103 CE, la Administración está sometida a la Ley y al Derecho; un Derecho que no se reduce al expresado en la Ley sino que comprende dichos Principios en su doble función legitimadora y de integración del ordenamiento jurídico, como principios técnicos y objetivos que expresan las ideas básicas de la comunidad y que inspiran dicho ordenamiento.
>
> En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la “naturaleza de las cosas” o la esencia de las instituciones.

Esa incompatibilidad con el nuevo régimen legal de la jubilación de los funcionarios de la Policía local, que vuelve inaplicable el régimen de las primas por jubilación voluntaria anticipada, es compartida por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, a la vista de las sentencias dictadas en las que se planteaba un debate sustancialmente análogo (allí por referencia a los bomberos y miembros de la Ertzaintza) en cuanto al fondo del asunto, pudiendo ser citadas, por lo menos, para el caso de los bomberos, las sentencias nº 208/2011, de 4 de abril de 2011, y nº 70/2013, de 23 de enero de 2013, y en el de los Miñones de la Ertzaintza, nº 128/2013, de 27 de febrero de 2013, nº 137/2013, de 28 de febrero de 2013, nº 138/2013, de 28 de febrero, o la nº 474/2014, de 7 de octubre de 2014.

En esta última se lee lo siguiente:

> La cuestión que se debate, como se desprende del contenido de las resoluciones recurridas, de lo razonado por la sentencia apelada, del planteamiento del recurso de apelación y de la oposición del apelado, inciden en la incidencia que en la denominada prima de la jubilación tuvo la modificación del régimen de la jubilación del personal de la Ertzaintza, entre ellos de los Miñones. En las sentencias que hemos referido la Sala ha ratificado la desestimación de las pretensiones de los interesados y, por ello, ha confirmado la decisión

> de la Administración de rechazar la prima por jubilación, al concluir que el régimen de jubilación de la Ertzaintza a partir del 1 de enero de 2010, incluidos los Miñones, implicaba la exclusión de la prima por jubilación anticipada por edad al estar ante la edad ordinaria de jubilación.

En definitiva, **el Plan cuando fue aprobado no se encontraba incurso en ninguna ilegalidad; distinto es que con el paso del tiempo ha quedado derogado y, en todo caso, resulta inaplicable para los funcionarios de la Policía local**.

Concepto retributivo no previsto en la ley:

Lo ya señalado hasta ahora es suficiente para descartar la revisión de oficio del Plan y del Acuerdo por lo que se refiere a las **indemnizaciones por jubilación voluntaria anticipada**, pero, con las cautelas precisas, **debemos profundizar sobre la cuestión relativa a si se trata de un concepto retributivo no previsto en la ley, sin que pueda ser establecido en una norma reglamentaria** (como el Plan o el Acuerdo regulador), en tanto que la Comisión entiende que deben matizarse las conclusiones que se extraen de la doctrina jurisprudencial y, además, se encuentra obligada a ello por cuanto se pretende, asimismo, declarar la nulidad de la condición más favorable del Acuerdo Regulador relativo a la "jubilación forzosa", según la cual:

> A todos los/las trabajadores/as fijos, a la fecha de su jubilación, a partir de los 65 años, se les abonará una mensualidad. Para el cálculo de la cuantía se tendrán en cuenta los conceptos retributivos fijos y periódicos de la mensualidad que corresponda al/la trabajador/a (no se incluirá ni las pagas extraordinarias ni la antigüedad).

Como ya hemos dicho anteriormente, y ahora reiteramos, entre las materias objeto de negociación se incluyen en el artículo 37.1.g) e i) del EBEP "los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas", y los "criterios generales de acción social".

La Comisión debe reconocer que la argumentación de la Administración municipal cuenta con una sólida fundamentación, a la vista de la evolución de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el tema, aunque la misma ha resultado errática y podría variar en el futuro.

Podríamos distinguir, de un lado, la doctrina favorable a su abono, para lo cual seguiremos la que expone en su informe el Secretario general municipal:

> La STS de 28.07.2006, Secc. 7ª (RJA 2006/8553), que analizó la impugnación de un acuerdo de una Diputación, manifestó escuetamente en su F°J° 9°:
>
> > "El artículo 48 del Acuerdo funcionarial regula la Jubilación voluntaria incentivada y lo hace mediante la previsión de una cantidad variable, fijada en función del tiempo que le falte al funcionario para alcanzar la edad de 65 años, que se entregará a quienes decidan jubilarse voluntariamente entre los 60 y 65 años de edad.

> En este caso la impugnación es igualmente infundada porque tampoco cabe hablar de retribución (por esa razón que se viene repitiendo) y porque, como recuerda la Excma. Diputación, la disposición adicional vigesimoprimera de la Ley 30/1984 habilita a las Corporaciones locales para establecer incentivos a la jubilación anticipada como sistema de racionalización de sus recursos humanos."

Existe algún otro pronunciamiento como la STS de 20.02.2008 (RJA 2008\2123), también de la Sección 7ª, que señaló:

> "Al premio a los servicios prestados que establece para las situaciones de jubilación forzosa o invalidez permanente absoluta le es de aplicación lo que acaba de señalarse en relación al anterior artículo 33. Sin embargo, el premio que regula para los que se jubilen antes de los 65 años estaría amparado por la habilitación, dispuesta por la disposición adicional Vigesimoprimera de la Ley 30/1984, para el establecimiento de incentivos a la jubilación anticipada como medio de racionalización de recursos humanos."

La Sentencia a mi juicio más importante que amparaba este tipo de primas era la STS, sala de lo contencioso-administrativo, también Sección 7ª, de 20.12.2013 (RJA 2013\8238) que analizó extensamente una impugnación de la Abogacía del Estado a un acuerdo de condiciones del Ayuntamiento de Valencia. En su fundamento jurídico 9°, dice:

> "2.- Toda medida de acción social, corno lo son las previstas en los artículos 27, 28, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 58 y 60 del Acuerdo sobre Personal Funcionario impugnados por el Abogado del Estado, tiene un coste económico, pero ello no conlleva la necesidad de considerarlas retribuciones porque su razón de ser y su régimen de devengo es muy diferente.
>
> Las retribuciones son la contraprestación directa del trabajo profesional desarrollado, y se devengan por la totalidad de los empleados públicos con regularidad periódica en un mismo importe; mientras que las medidas de acción social no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad. La propia regulación tributaria en materia de IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo. Y hay una última razón nada desdeñable: toda medida de acción social tiene un coste económico, como ya se ha adelantado, por lo que equiparada con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.
>
> Es cierto que la falta de una regulación más detallada del contenido de estas medidas ha suscitado dudas sobre la identificación de las mismas, y ha generado por ello pronunciamientos de esta Sala no siempre coincidentes. Más la posible contradicción debe decidirse por la actual solución con base en las razones que acaban de apuntarse."

> La propia Sentencia expuesta reconoce pronunciamientos “no siempre coincidentes” (es decir, contradictorios, al menos en apariencia) y, de hecho, contiene un voto particular que no reproduzco y que acredita la, cuando menos, disparidad de criterios al respecto en la propia Sala.
>
> Esta última Sentencia con todo era la que permitía considerar que este tipo de primas por jubilación anticipada gozaba de apariencia suficiente de legalidad.

Respecto a la doctrina desfavorable a su abono, dice así el informe del Secretario General municipal:

> La actual doctrina jurisprudencial pivota sobre la STS n° 459/2018, de 20 de marzo (RJA 2018\155) que versó sobre un recurso interpuesto por el servicio jurídico de la Comunidad Autónoma de Canarias contra la previa Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife que había estimado parcialmente la impugnación del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos y su personal funcionario sobre Condiciones de Trabajo, Retribuciones y Prestaciones Sociales aprobado en sesión del 26 de abril de 2011. En lo que aquí interesa, la Sentencia de instancia no anuló el acuerdo en lo relativo de las primas de jubilación; por lo que fue objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.
>
> La Sentencia de instancia, consideró en síntesis que “el premio por jubilación forzosa no es sino una mejora voluntaria en las prestaciones por jubilación (artículo 39 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio), que puede ser pactado en el marco de la negociación colectiva al amparo del artículo 37.1 e) del Estatuto Básico del copleado Público, que se refiere a ‘los planes de Previsión Social Complementaria’, y apartado g) ‘los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas’”. Siguió considerando que no había ninguna razón para hacer una interpretación restrictiva de estos preceptos, excluyendo la posibilidad de establecer regímenes de previsión social complementarios, y diferenciando en esto el régimen de los funcionarios de aquél de los empleados laborales de las administraciones públicas.
>
> Sin embargo, el Tribunal Supremo, tras exponer los argumentos de las partes en sede casacional, considera que los premios de jubilación previstos por el acuerdo de 26.04.2011 son remuneraciones, en estos términos (el subrayado es mío):
>
> “El juicio de la Sala. Los premios de jubilación previstos por el Acuerdo de 26 de abril de 2011 son remuneraciones.
>
> El escrito de oposición del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos alude a la sentencia de la Sección Séptima de esta Sala de 20 de diciembre de 2013 (R12013, 8238), dictada en el recurso de casación 7064/2010 pues ve en ella la consumación de la conformidad a Derecho del pronunciamiento al que llega la Sala de Santa Cruz de Tenerife sobre los premios de jubilación contemplados por los artículos 21 y 22 del Acuerdo de 26 de abril de 2011.
>
> Pues bien, esa sentencia del Tribunal Supremo, que la de instancia no menciona pero sí la que ésta sigue, o sea, la dictada en el recurso n.° 120/2014 el 29 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 63289), ciertamente admite la posibi-

lidad de negociar cuestiones referidas a los funcionarios jubilados a la vista del artículo 37.1 g) del Estatuto Básico del Empleado Público (RCL 2007, 768). También señala que, si bien toda medida de acción social tiene un coste económico, esa circunstancia no significa que deban todas ser consideradas retribuciones ya que su justificación y su régimen de devengo son muy diferentes. Dice que no cabe atribuir a estos desembolsos la consideración de 'retribuciones' pues se trata de medidas asistenciales que 'no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial, que se generan o devengan cuando se producen contingencias que colocan al beneficiario en una singular o desigual situación de necesidad'.

Asimismo, en esa sentencia se observa que

'La propia regulación tributaria en materia de IRPF viene a admitir la diferencia entre una y otras, pues si bien señala que los rendimientos del trabajo son un componente de la renta gravada, dentro de ese concepto genérico separa lo que son propiamente retribuciones (sueldos y salarios) y lo que constituyen otras clases de devengos económicos o prestaciones provenientes del trabajo. Y hay una última razón nada desdeñable: toda medida de acción social tiene un coste económico, como ya se ha adelantado, por lo que equipararla con las retribuciones comportaría vaciar de contenido esta diferenciada materia negociable que señala la ley.'

Ahora bien, en esta ocasión la Sección Séptima de esta Sala se pronunció en los términos que acabamos de recordar sobre diversas medidas, de muy diferente naturaleza. Una era la ayuda a la jubilación anticipada pero no hace una consideración separada para ella sino que los razonamientos anteriores se refieren, conjuntamente, a extremos como vacaciones, licencias y permisos, prestaciones sanitarias, supuestos de incapacidad, ayudas para sepelio o incineración, discapacidades, becas de orfandad, seguros, ayudas para guardia y custodia de mayores y matrículas. Es decir, esa sentencia alude a una variada gama de supuestos y razona en términos generales sobre todos ellos sin detenerse en la consideración individualizada de cada uno.

En cambio, con anterioridad la misma Sección Séptima ha hecho pronunciamientos expresamente dirigidos a los premios de jubilación y ha señalado que no son conformes a Derecho. Así, la de 9 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 6586) (casación n.° 3565/2007), con cita de las anteriores de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 3048) (casación n.° 4228/06) y de 12 de febrero de 2008 (casación n.° 4339/2003) ha dicho que esos premios infringen la disposición adicional cuarta del Real Decreto Legislativo 781/86 y la disposición final segunda de la Ley reguladora de las bases de régimen local y no se pueden amparar en el artículo 34 de la (sic) porque no atienden a los supuestos previstos en el precepto pues no son retribuciones contempladas en la regulación legal, ni un complemento retributivo de los definidos en el artículo 5 del Real Decreto 861/1984 y tampoco se ajustan a las determinaciones del artículo 93 de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local.

Desde luego, como dice la sentencia de 20 de diciembre de 2013 (casación n.° 7680), no están excluidas de la negociación que contempla el artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público las cuestiones relacionadas con las clases pasivas ni con los funcionarios jubilados. Es igualmente verdad que toda medida asistencial puede comportar costes económicos y que eso no significa que deban ser consideradas todas retribuciones. No obstante, entiende la Sala que los premios de jubilación previstos en los artículos 21 y

> 22 del Acuerdo de 26 de abril de 2011 del pleno del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos no son medidas asistenciales.
>
> Se trata de remuneraciones distintas de las previstas para los funcionarios de las corporaciones locales por la legislación básica del Estado. Se debe reparar en que estos premios no responden a una contingencia o infortunio sobrevenidos sino que se devengan simplemente por la extinción de la relación de servicio funcionarial cuando se alcanza la edad de la jubilación forzosa o la necesaria para obtener la jubilación anticipada. No se dirigen pues a compensar circunstancias sobrevenidas de la naturaleza de las que inspiran las medidas asistenciales —esto es, determinantes de una situación de desigualdad— sino que asocian a un supuesto natural, conocido e inevitable de la relación funcionarial, por lo demás no específico del Ayuntamiento de Icod de Los Vinos sino común a toda la función pública, una gratificación.
>
> Suponen, pues, una alteración del régimen retributivo de los funcionarios de las Administraciones Locales que carece de cobertura legal y de justificación y vulnera los preceptos invocados por el Gobierno de Canarias: los artículos 93 de la Ley reguladora de las bases del régimen local, 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y 1.2 del Real Decreto 861/1986 (RCL 1986, 1368). Así, pues, el motivo debe ser estimado y la sentencia recurrida anulada.

Sigue diciendo el informe que:

> Por otro lado, esta Sentencia ha sido recientemente reiterada en la STS n° 347/2019, de 14 de marzo, de la misma Sección 4ª (RJA 2019\1079), en el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la previa Sentencia del TSJ de Andalucía que había estimado parcialmente su impugnación contra un acuerdo del Ayuntamiento de Chiclana de la Frontera, pero no anuló el apartado referido al derecho al percibo de una recompensa de jubilación de 5 mensualidades integras, siempre que cuenten con más de diez años de servicios prestados a este Ayuntamiento o Administración Pública.

No reproducimos el contenido de esta sentencia de 2019 porque se limita a seguir la misma lógica argumental que la expuesta por la STS n° 459/2018, de 20 de marzo.

Lo primero que debemos decir, no obstante, es que, en modo alguno analizan la procedencia de las compensaciones o indemnizaciones por razón de jubilación voluntaria anticipada ligadas a un programa de racionalización de recursos humanos

En segundo lugar, que la segunda no se pronuncia expresamente sobre tales compensaciones o indemnizaciones derivadas de la jubilación voluntaria anticipada, sino sobre una recompensa por jubilación.

En tercer lugar, que la primera de las Sentencias coloca en la misma situación al funcionario cuya relación funcionarial se extingue al alcanzar la edad de jubilación forzosa y aquel que pierde dicha condición con motivo de una jubilación voluntaria anticipada.

Como hemos tenido ocasión de exponer tal situación no es equiparable, porque la jubilación voluntaria anticipada no garantiza el abono del 100 % de la pensión que correspondería al funcionario si este permaneciera en activo hasta cumplir la edad legal de jubilación.

Pero lo que impide colegir que existe una doctrina jurisprudencial que se ha manifestado de forma clara e inequívoca sobre el supuesto que se trae a examen, grado de certidumbre que sería exigible para acordar la nulidad de normas por la vía excepcional de la revisión de oficio, es que, si la sentencia de 2013 incluye todas las medidas en el ámbito de la asistencia social sin distinguir entre ellas, cuando algunas de ellas no lo son, las sentencias de 2018 y 2019 entienden correctamente que hay que distinguirlas, pero no repara en el hecho de que, no siendo las indemnizaciones por jubilación anticipada medidas de asistencia social, pueden sin embargo encajar entre las prestaciones asistenciales.

El EBEP separa la "determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas", y los "criterios generales de acción social". Que son dos cosas distintas se infiere del hecho de que aparecen referenciadas en letras distintas para aludir a un propio contenido que queda así delimitado. Por ello, no resulta aventurado afirmar que existe un campo para las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas y otro para la asistencia social, que no tienen obviamente que coincidir.

Tampoco puede excluirse que entre las primeras quepa subsumir las conocidas como **mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general de seguridad social**, que no toman como presupuesto una contingencia o un infortunio sobrevenidos, para satisfacer alguna necesidad consecuencia de situaciones especiales de los trabajadores, que es precisamente lo que caracteriza a las medidas de asistencia social, como acertadamente explican las sentencias del Tribunal Supremo de 2018 y 2019.

Antes que nada, para abordar si es posible esa categorización, resulta útil recordar las consideraciones previas recogidas por la STS de 20 de septiembre de 2013:

> La primera es que la existencia entre los empleados públicos de dos diferentes regímenes de vinculación profesional, el funcionarial y el laboral, responde a la conveniencia de ofrecer a las Administraciones opciones o alternativas distintas para adecuarlas a las específicas necesidades que demande su mejor funcionamiento.
>
> La segunda es la necesidad de subrayar que esas dos alternativas tienen un amplio espacio de diferenciación, pero también un límite, como es el de procurar que lo que son postulados constitucionales comunes a todos los empleados por cuenta ajena se traduzcan en la existencia de materias que estén regidas por una regulación lo más homogénea posible. Así ocurre con la acción sindical inherente al derecho fundamental de libertad sindical (artículo 28.1 CE) y con la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE); y una muestra de esta homogeneización a nivel legislativo es el artículo 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que declara su aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario, del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas.
>
> La tercera es la necesidad de destacar que la negociación colectiva en el ámbito de la función pública, aunque no tenga la misma significación y alcance que el que le corresponde en el ámbito laboral, es una expresión de la acción

> sindical y, por ello, está directamente relacionada con el derecho fundamental de libertad sindical.
>
> Y la cuarta es la conveniencia de resaltar que, en lo que sean regulaciones sobre materias similares ligadas a postulados constitucionales, las diferenciaciones entre una y otra clase de empleados públicos deberán ser interpretadas restrictivamente.

Cabría añadir, únicamente, que esa homogeneización de régimen es ampliamente conocida en materia de incremento de retribuciones que se encuentra sujeta a la ley presupuestaria y viene también propiciada por la normativa europea, por ejemplo, al ser aplicable a ambos colectivos 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.

Pues bien, conviene recordar que la jubilación forma parte de las contingencias protegidas por el régimen general de la Seguridad Social y que el artículo 41 de la CE, incluido entre los principios rectores de la política social y económica, literalmente, señala que "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".

Si la Seguridad Social garantiza prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, como es el caso de la jubilación, pero además consiente mejoras voluntarias de la acción protectora del régimen general (en la actualidad artículo 238 del TRLSS), puede deducirse que tales mejoras podrían tener un cauce para su aprobación en la previsiones relativas a las materias que pueden ser objeto de negociación colectiva en la Mesa General de Negociación que se debe constituir en cada Administración local.

Además, ello evitaría que se produjera una diferencia de trato difícil de justificar entre el personal laboral y el personal funcionario, cuando ambos se encuentran al servicio del ayuntamiento y cuentan con la misma protección en caso de jubilación, la correspondiente al régimen general de la Seguridad Social en el que se encuentran afiliados.

Que las indemnizaciones por jubilación constituyen prestaciones sociales, como mejoras de la acción protectora del régimen general de la seguridad social, lo ha reconocido de forma diáfana la también reciente STS (Sala de lo social) nº 632/2019, de 13 de septiembre de 2019 (RJ 2019/3941), con ocasión del convenio colectivo suscrito por una sociedad mercantil estatal, cuyo capital social íntegramente es de titularidad pública:

> La naturaleza de la indemnización litigiosa es la de una mejora de la Seguridad Social por los siguientes motivos:
>
> Primero: Se concede en el momento en el que el trabajador cesa en el trabajo porque accede a la jubilación y también en los supuestos de jubilación parcial, es decir, su concesión no es una contraprestación a los servicios laborales del trabajador sino que es un incentivo para que los trabajadores accedan a la jubilación.

> Segundo: su concesión no está supeditada a la prestación laboral de un determinado número de años a la empresa, sino que el único requisito es acceder a la jubilación, sea ordinaria, sea parcial.
>
> Tercero: Su importe no se fija en función del salario que viniera percibiendo el trabajador, sino que el módulo para calcularlo se establece en una cuantía igual para todos los trabajadores, que se fija en función de la edad a la que el trabajador accede a la jubilación, de tal manera que cuanto más temprana es la edad de acceso a la jubilación, mayor es el módulo para fijar la indemnización.
>
> Cuarto: La indemnización por jubilación parcial se completa cuando el trabajador accede a la jubilación ordinaria, momento en el que se tiene en cuenta lo que le corresponde por esta jubilación y se descuenta lo ya percibido por jubilación parcial.
>
> Quinto: No tiene naturaleza de acción social ya que, tal y como aparece definido dicho concepto en el artículo 18, cuatro del Convenio Colectivo, son beneficios, complementos o mejoras distintos a las contraprestaciones por el trabajo realizado cuya finalidad es satisfacer determinadas necesidades consecuencia de circunstancias personales de los trabajadores y la indemnización por jubilación o, en su caso, jubilación parcial, no satisface ninguna necesidad consecuencia de situaciones especiales de los trabajadores, sino que es una suerte de incentivo o complemento a la jubilación.

En cualquier caso, incluso en el supuesto de que resulten materialmente retribuciones, de clase extrasalarial, porque en general las retribuciones (al igual que los salarios) constituyen una contraprestación directa por el trabajo desarrollado —tan es así que el artículo 30.1 del EBEP y artículo 81.4 de la LFPV prevén su deducción proporcional por la parte de jornada no realizada—, una interpretación acorde con los principios que lucen en el artículo 3 del Código Civil —a la vista del contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, debiendo ponderarse asimismo la equidad en la aplicación de las normas— aboga por considerar que **resultan jurídicamente viables tales estipulaciones convencionales**.

Es cierto que sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos pende una reserva de ley establecida por el artículo 103.3 de la CE.

Sin embargo, esa reserva no es absoluta. La STC 99/1987, de 11 de julio, admite una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que las remisiones "sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Desde luego, hay que pensar que cuando el legislador estatal crea en cada entidad local una Mesa General de Negociación y le atribuye un margen de negociación para aprobar prestaciones sociales del personal funcionario (incluso conjuntamente para el personal laboral y

funcionario), es obvio que les está reconociendo un margen de decisión, al estar presente un interés local.

Puede decirse **que el EBEP es de forma simultánea manifestación del régimen común establecido en materia de negociación colectiva de los funcionarios públicos**, aplicable en la función pública local, al tratarse de una regulación que trasciende el interés municipal, **y norma que da cumplimiento a la reserva de ley, remitiendo al Pacto o el Acuerdo la optimización en el cumplimiento de las finalidades propuestas por la propia ley en materia de prestaciones sociales**.

De otra parte, no cabe sino reconocer que tales previsiones sobre una indemnización por jubilación anticipada están recogidas en otros Acuerdos de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma, como señala el informe del Secretario General del ayuntamiento ("presuntamente, una inmensa mayoría, por cuanto salvo error por mi parte, se venían recogiendo desde el Udalhitz").

E, incluso, en la Administración General de la Comunidad Autónoma, distinto es que su aplicabilidad quedara suspendida por la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con el artículo 19.11 de la Ley 6/2011, de presupuestos para el año 2012, suspensión sucesivamente prorrogada por las siguientes leyes de presupuestos, hasta que el actual artículo 19.12 de la Ley 13/2019, de 27 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2020, prevé que:

> Quedarán también suspendidos en su aplicación los artículos y cláusulas en los que se regulan premios, primas, indemnizaciones y cualquier tipo de prestación económica que se perciba con la jubilación voluntaria, cualquiera que fuera su denominación.
>
> Dicha suspensión afectará las jubilaciones voluntarias del personal empleado público cuya fecha de efectos se produzca entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2020.
>
> No obstante, el Gobierno procederá durante el ejercicio 2020 a regular las condiciones, requisitos y cuantías de las prestaciones económicas destinadas a incentivar la jubilación con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria, tras un proceso específico de negociación colectiva con la representación del personal en la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dentro del marco de establecimiento y regulación de las medidas oportunas para la renovación y el rejuvenecimiento de las plantillas del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, atendiendo a las circunstancias específicas de cada colectivo afectado y con respeto a los principios de equidad, igualdad de trato y no discriminación.

Tales previsiones se encuentran, en suma, recogidas en los acuerdos reguladores de los municipios de la Comunidad Autónoma (sin que hasta la fecha ninguno haya instado su revisión), y el legislador vasco parte de un reconocimiento de la legalidad general de tales premios, primas, indemnizaciones y cualquier tipo de prestación económica que se perciba con la jubilación voluntaria, cualquiera que fuera su denominación, de lo contrario no podría decretar la suspensión de su abono en la Administración General de la Comunidad Autónoma.

Incluso no es inoportuno recoger, precisamente, por lo que se refiere al **premio por jubilación forzosa por importe de un mes de mensualidad** —que constituye la segunda de las medidas cuya nulidad se pretende—, que **en el Estado también hay un entendimiento favorable a considerar tales primas como prestaciones sociales cuya determinación no precisa de su inclusión expresa en la ley**.

El artículo 131 del Reglamento general del mutualismo administrativo, aprobado por el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, otorga a los mutualistas que se jubilen con carácter forzoso por razón de edad una prestación económica que consiste "en la cantidad que resulte de multiplicar el importe íntegro de una mensualidad ordinaria de las retribuciones básicas que le correspondan al funcionario en el momento de producirse su jubilación por un coeficiente, que se fijará y revisará, en su caso, mediante orden del Ministro de Administraciones Públicas, en función de las disponibilidades y previsiones económicas de la Mutualidad General". Nada dice sobre tales subsidios el Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio.

Aunque no sujetos al EBEP, como sí lo están los funcionarios civiles del Estado afiliados al régimen de clases pasivas, cabe mencionar asimismo, que el artículo 103 del Real Decreto 1026/2011, de 15 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del mutualismo judicial, prevé para los mutualistas que se jubilen con carácter forzoso por razón de edad el derecho a un subsidio de jubilación a cargo de la Mutualidad General Judicial (apartado 1), que "consistirá en una cantidad que ascenderá al 200 % de las retribuciones básicas de la última mensualidad completa percibida en activo por el mutualista" (apartado 2). Tampoco existe mención alguna a tal subsidio en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio.

En definitiva, aun en el caso de que tal prestación social sea una retribución extrasalarial, el que no haya sido expresamente prevista en ley no ha constituido un obstáculo para que se haya podido aprobar en vía reglamentaria y proceder a su abono a los funcionarios jubilados forzosamente.

Es conocido que la prestación por jubilación forzosa facilita o mitiga la transición económica inherente al hecho de dejar el servicio activo y recibir una pensión de jubilación, con la pérdida de poder adquisitivo que conlleva, y, a nuestro juicio, si nada impide en el Estado otorgar una ayuda o beneficio por la concurrencia de dicha contingencia, especialmente a quienes han cumplido largas carreras de cotización, razones de equidad justificarían asimismo que puedan operar en el ámbito local medidas afines dirigidas a subsidiar igualmente dicha pérdida.

Epílogo:

De forma recapitulativa, como hemos defendido anteriormente, por lo que se refiere a **las indemnizaciones por jubilación voluntaria anticipada**, a juicio de esta Comisión, **ni el Plan ni el Acuerdo regulador, cuando se aprobaron, se encontraban incursos en una causa de nulidad de pleno derecho, por lo que no procede su revisión de oficio**.

Sin embargo, con la aprobación del Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración local, **se produjo su derogación tácita parcial, por lo que no resulta de aplicación a los funcionarios de la Policía local.**

En cuanto a la prima por jubilación forzosa, no cabe rechazar su viabilidad jurídica, como mejora de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social, que se puede acordar en la Mesa de Negociación como prestación social, ni su aplicabilidad, al haber sido aprobada de forma expresa y formal por el Pleno municipal.

La seguridad jurídica requiere que el ayuntamiento proceda a derogar de forma expresa el Plan de Racionalización, así como las previsiones del Acuerdo regulador contenidas en los artículos 86 y 87 y apartado denominado "jubilaciones anticipadas" de las condiciones más beneficiosas del Acuerdo Regulador de las Condiciones de Trabajo del Personal del Ayuntamiento de Basauri, al ser incompatibles con las modificaciones legales habidas en materia de Seguridad Social respecto a la jubilación anticipada del personal funcionario sujeto al régimen general ─artículo 208.1.a) y disposición transitoria séptima del TRLSS─, y en materia de segunda actividad por edad en el ámbito de la Policía local del País Vasco ─Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de policía del País Vasco─.

En la medida en que tal Plan y Acuerdo fueron fruto de la negociación colectiva, podrá decretarse expresamente su suspensión, en tanto se constituye la Mesa General de Negociación para tratar ese asunto y, en su caso, acordar su sustitución por otra regulación.

En todo caso, no es inoportuno señalar, asimismo, que, **si el abono de las indemnizaciones por jubilación anticipada, por su número e importe, conlleva un grave quebranto para las arcas municipales**, el artículo 38.10 del TRLEBEP permite al Pleno municipal, **excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, suspender o modificar el acuerdo firmado**, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Eso sí, previamente se tendrá que informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

Supuesto también previsto por el artículo 32 del TRLEBEP respecto a los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, en el que se añade que se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las administraciones públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

DCJA 63/2020 párrs. 55 a 170

Véase DCJA 159/2020 párrs. 174 a 230

Véase DCJA 159/2020 párrs. 53 a 76

La Administración local arguye que en la elaboración del acuerdo se ha incurrido en una omisión procedimental, pues no consta en el expediente del acuerdo regulador ni el informe de la Intervención General municipal, ni de la Secretaría General municipal, ni de la Jefatura de la dependencia a la que correspondía tramitarlo (Área de Personal), **lo que debe conducir rectamente a la nulidad de los artículos 92, 93 y 93 bis del acuerdo regulador**.

Es preciso objetar a ese planteamiento, *ad limine*, su falta de congruencia porque, **si tal defecto afecta al acuerdo, la nulidad sería extensiva a todo él en su conjunto**.

No hay ningún argumento que explique por qué los artículos 92, 93 y 93 bis sí se ven afectados mientras que los demás han de mantener su vigencia, aparentemente, al estar plenamente acomodados a la ley.

En el examen de las concretas omisiones, la participación de la Concejala Delegada del Área de Personal y jefe del Servicio de Personal se encuentra debidamente acreditada, habiendo participado en la sesión de negociación de 15 de enero de 2019 —suponemos que fueron los que manifestaron la voluntad favorable del ayuntamiento a su concertación—, y elevaron el proyecto de acuerdo a la Comisión Informativa de Recursos Humanos y Seguridad Ciudadana celebrada el 24 de enero de 2019.

En cuanto a las otras omisiones, ya adelantamos que **en sede de revisión de oficio no consideramos que pueda ser declarado nulo el acuerdo por la falta de intervención preceptiva del secretario e interventor porque ello no constituye una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para su aprobación**.

Analizaremos, primero, las **normas que regulan la elaboración de disposiciones generales locales** y, posteriormente, las que disciplinan el ejercicio de las funciones de Secretaría e Intervención.

El único precepto de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), que se ocupa de la primera cuestión es el artículo 49, que establece el procedimiento para la aprobación de las ordenanzas locales, sin que aluda a tales informes.

Tampoco alude a un informe preceptivo de la Intervención el artículo 17 del Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales (TRLRHL), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, destinado a normar la elaboración, publicación y publicidad de las ordenanzas fiscales.

Puede atenderse también a la normativa contenida en el título VI de la LPAC, que tiene inicialmente la vocación de establecer reglas que han de regir el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las administraciones locales. No vamos a entrar a analizar detenidamente su contenido, baste con referir que nada se dice sobre la exigencia, especifica, de un informe jurídico previo emitido por la Secretaría General o de fiscalización previa emitido por la Intervención municipal.

Otra cosa es que, entre los principios de buena regulación, el artículo 129.7 de la LPAC señale que, cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Pero, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 55/2018, de 24 de marzo: "Los artículos 129 y 130.2 de la Ley 39/2015 no regulan las fases del procedimiento administrativo de elaboración de normas ni siquiera establecen la estructura general del iter procedimental. Se limitan a recoger directrices a las que deben responder las políticas, cualquiera que sea su signo, de los diferentes niveles de gobierno".

Por último, la **disposición adicional primera.1 de la LPAC** otorga, en todo caso, prevalencia a los procedimientos administrativos especiales conexos con el ejercicio de competencias materiales sustantivas, ya que "los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales".

En este caso, **ello llevaría a la aplicación preferente del procedimiento dispuesto por el TRLEBEP para la aprobación de los acuerdos de regulación de condiciones de trabajo, que contempla los trámites que es preciso cumplimentar para concertarlos**.

Según el artículo 34.6 del TRLEBEP, el proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical. A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan.

Obviamente, la Administración se encuentra representada en la Mesa por el órgano, área o dependencia a la que encargue el desarrollo de las actividades de negociación, que contará, sin duda, con el asesoramiento técnico preciso.

En cuanto al propio proceso negociador, el artículo 34.7 del TRLEBEP señala que ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación.

Como resultado de esa negociación pueden alcanzarse acuerdos, que, a tenor del artículo 38.3 del TRLEBEP, han de versar sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las administraciones públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos.

Dicho precepto añade además que:

> Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente.

> Si los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de ley que, en consecuencia, sólo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Generales o las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa. No obstante, en este supuesto, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o asambleas legislativas de las comunidades autónomas del correspondiente proyecto de ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado.
>
> Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el proyecto de ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes.

Puede decirse, por tanto, que **tales acuerdos tienen un *iter* procedimental concreto, sin que la ley que los regula imponga una participación obligatoria del interventor o secretario municipal para que el acuerdo sea válido y eficaz**.

Si observamos ahora las funciones del secretario e interventor, es cierto que el artículo 92 bis de la LBRL declara que tales funciones públicas son necesarias en todas las corporaciones locales y que su responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

Si bien en la LBRL no hay previsiones específicas sobre tales funciones cuando se desarrollan en las poblaciones de régimen común, sí existen para los municipios de gran población. Así, el artículo 122.5.e) de la LBRL, cuando indica los supuestos en que será preceptivo por parte del secretario general el asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones. A su vez, el artículo 133.h) de la LBRL dispone que todos los "actos, documentos y expedientes de la Administración municipal y de todas las entidades dependientes de ella, sea cual fuere su naturaleza jurídica, de los que se deriven derechos y obligaciones de contenido económico" estarán sujetos al control y fiscalización interna por la Intervención General.

La primera previsión es sustancialmente coincidente con el régimen del artículo 54.1.b) del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril. Conforme a su literal, será necesario el informe previo del secretario y, además, en su caso, del interventor o de quienes legalmente les sustituyan para la adopción de los siguientes acuerdos: a) en aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse; b) siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial.

El mismo contenido tiene el artículo 173 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

Entre las materias que el artículo 47.2 de la LBRL exige una mayoría especial —voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros— se encuentra la de aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la corporación (letra f), pero no incluye el

acuerdo regulador de condiciones de trabajo, sin que, como hemos indicado, esté prevista en el artículo 38.3 del TRLEBEP para su ratificación por el Pleno.

La segunda previsión atiende el régimen del artículo 214 del TRLRHL, cuyo contenido reproduce el artículo 67 de la Norma Foral de Bizkaia 10/2003, de 2 de diciembre, presupuestaria de las entidades locales (NFPEL).

La función interventora tiene por objeto fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquellos se deriven y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso (apartado 1), función que comprenderá: a) la intervención crítica o previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos u obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos de valores; b) la intervención formal de la ordenación del pago; c) la intervención material del pago; d) la intervención y comprobación material de las inversiones y de la aplicación de las subvenciones (apartado 2).

Si bien se refiere, sin duda, a la fiscalización previa de los actos, respecto a las disposiciones generales, habrían de encajar estas en el concepto de "documento o expediente", pese a su trascendencia y especificidad.

Respecto a las restantes normas que se citan en la propuesta —Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación Nacional, y Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local—, su inclusión en normas reglamentarias dificulta —si no impide— calificar a la omisión alegada como una infracción que quepa subsumir en una causa de nulidad por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Pese a ello, y aun profundizando en la omisión, cabe señalar que, conforme al artículo 3.3.d) del Real Decreto 128/2018, la función de asesoramiento legal preceptivo de la Secretaría comprende, en todo caso, la emisión de informe previo en el supuesto de "Aprobación o modificación de Ordenanzas, Reglamentos y Estatutos rectores de Organismos Autónomos, Sociedades Mercantiles, Fundaciones, Mancomunidades, Consorcios u otros Organismos Públicos adscritos a la Entidad Local".

Ahora bien, **un acuerdo regulador, si bien es una norma local, como hemos señalado, estrictamente no es una ordenanza ni un reglamento, sino algo distinto**.

En el examen del expediente, **lo que sí se encuentra acreditado es que el secretario estuvo presente en el Pleno en el que se aprobó el acuerdo y ejerció plenamente sus funciones de preparar los asuntos que iban a ser incluidos en el orden del día, así como asistir y levantar acta de la sesión** [artículo 3.2.a) y d) del Real Decreto 128/2018], **sin que conste que manifestara objeción alguna al expediente ni su rechazo a tratar el asunto por la falta de su informe preceptivo**.

La doctrina jurisprudencial, además, se inclina por considerar la omisión del informe del secretario ─salvo que existan circunstancias muy concretas─ en el terreno de las irregularidades no invalidantes, lo que sería el caso pues el acuerdo cumple los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y no da lugar a indefensión de los interesados (STS de 23 de mayo de 2017-RJ 2017\2461).

Por lo que se refiere a la función de control y fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria, según el artículo 4.1 del Real Decreto 128/2018, se ejercerá en los términos de la normativa que desarrolla el artículo 213 del TRLRHL y comprenderá la función interventora (letra a) y el control financiero en las modalidades de función de control permanente y la auditoría pública (letra b).

Ese desarrollo es objeto del Real Decreto 424/2017 y, en el ámbito de Bizkaia, del Decreto foral de la Diputación Foral de Bizkaia 117/2018, de 22 agosto, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local de Bizkaia.

En lógica correspondencia con las dos formas de ejercicio señaladas, vienen a completar los términos en los que se despliega tanto la función interventora como la función de control financiero, sin que resulte preciso descender sobre dicha regulación. Es suficiente con consignar que solo se puede extraer la exigibilidad de la función interventora sobre el acuerdo mediante una labor interpretativa y de subsunción, que nos aleja de lo que debe ser una infracción clamorosa del procedimiento legal que provoque una nulidad radical del acuerdo.

De forma añadida, tras insistir en la idea de que el contenido económico del acuerdo no se limita a las posibles consecuencias derivadas de la aplicabilidad de los artículos 92, 93 y 93 bis, lo cierto es que cuando las expectativas generadas por los mismos se han materializado, con el reconocimiento del derecho individualizado, se ha llevado a cabo la correspondiente labor de fiscalización previa, lo que ha permitido al interventor formular informe de observaciones (folios 145 a 151), exponiendo su parecer sobre tales previsiones.

En definitiva, a los únicos efectos de la revisión de oficio del acuerdo, consideramos que en este caso **el hecho de que no fuera informado por la Secretaría e Intervención municipal podría constituir una infracción de procedimiento, pero no una infracción que provoque la nulidad radical del acuerdo**.

En tanto **que también se esgrime como motivo de nulidad del acuerdo su no "publicación definitiva, ni ratificación; ni remisión a Autoridad ni Diario Oficial"**, cabe señalar que el acuerdo alcanzado en la Mesa de Negociación fue ratificado por el Pleno municipal de 31 de enero de 2019, por el que aprueba el Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal del Ayuntamiento de Barakaldo, para el periodo 2018-2010. Dicha aprobación es la que dio plena validez y eficacia al acuerdo.

En relación a su publicación definitiva, según consta en el expediente, no fue objeto de inclusión en el Boletín Oficial de Bizkaia, solo lo fue el anuncio de la aprobación inicial para información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias, con la advertencia de que, si no se presentaba

ninguna reclamación, “se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo provisional anteriormente señalado”.

El artículo 131 de la LPAC prevé que “las normas con rango de ley, los reglamentos y disposiciones administrativas habrán de publicarse en el diario oficial correspondiente para que entren en vigor y produzcan efectos jurídicos. Adicionalmente, y de manera facultativa, las Administraciones Públicas podrán establecer otros medios de publicidad complementarios”.

Del referido tenor literal se extrae que **la publicación en el diario oficial es requisito para que las normas tengan plenos efectos jurídicos, pero la publicación no es condición de validez de las mismas**.

De faltar la publicación, el acuerdo sería válido, pero no tendría eficacia, lo cual, por otro lado, es fácilmente subsanable.

De igual forma, **el artículo 38.6 del TRLEBEP señala que los acuerdos, una vez ratificados, “deberán ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito competencial”**.

En este caso, la propia disposición final segunda del acuerdo regulador, que se titula “Registro y Publicación”, ya dispone que el acuerdo se registrará, depositará y publicará de conformidad con lo que dispone el artículo 36 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

Este precepto señalaba que “los Acuerdos aprobados y los Pactos celebrados se remitirán a la oficina pública a que hace referencia el artículo 4 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y serán de inmediato publicados en el «Boletín Oficial del Estado» o diarios oficiales correspondientes”.

Tal previsión, sin embargo, se encuentra derogada por la disposición derogatoria única.c) del TRLEBEP, sin que la Oficina Pública de Depósito de Estatutos de las Organizaciones Sindicales y Empresariales, regulada por el Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales, mencione tales acuerdos.

En la medida en que el acuerdo es simultáneamente acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario y convenio colectivo, en cuanto a este segundo contenido sería de aplicación el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, así como el Decreto 9/2011, de 25 de enero, del registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo del País Vasco. Como acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario, por el contrario, ha de ser cada Administración la que determine a que oficina pública debe remitirse.

En cualquier caso, **tal remisión y publicación constituiría, a lo sumo, requisito de eficacia del acuerdo, pero no condición para su validez**.

DCJA 159/2020 párrs. 98 a 145

En este caso, **se echa en falta también una explicación que justifique la alegada vulneración del acuerdo por haberse incumplido los límites de incremento fijados por el Estado para el personal de las corporaciones locales y organismos de ellas dependientes. Tal conclusión no se obtiene de la mera relación de las normas que son de aplicación**.

En principio, hay que descartar la aplicabilidad del artículo 21 del TRLEBEP ya que forma parte del capítulo III del título V, por lo que solo producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP (disposición final cuarta.1).

Eso no significa que el Estado no pueda imponer límites de incremento en los gastos de personal de las corporaciones locales y organismos de ellas dependientes.

En ese sentido, es pertinente la cita que se hace en la propuesta del artículo 18. dos de Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para el año 2018, articulo 3.dos de Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, y artículo 3.dos del Real Decreto-ley 2/2020, de 21 de enero de 2020, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito de! sector público.

Todos ellos se enmarcan en la competencia del Estado para definir las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, e invocan los artículos 149.1.13.ª y 156.1 de la Constitución.

Es común a tales previsiones la fijación de un incremento global que no podrán superar las retribuciones del personal al servicio del sector público, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo.

Por su parte, los dos últimos preceptos incorporan también una acotación relevante. En concreto, el artículo 3.dos de Real Decreto-ley 24/2018 determina lo siguiente: "y sin considerar a tales efectos los gastos de acción social que, en términos globales, no podrán experimentar ningún incremento en 2019 respecto a los de 2018. A este respecto, se considera que los gastos en concepto de acción social son beneficios, complementos o mejoras distintos a las contraprestaciones por el trabajo realizado cuya finalidad es satisfacer determinadas necesidades consecuencia de circunstancias personales del citado personal al servicio del sector público".

Y el artículo 3.dos del Real Decreto-ley 2/2020 adiciona, a su vez, lo siguiente: "Los gastos de acción social, en términos globales, no podrán experimentar ningún incremento en 2020 respecto a los de 2019. A este respecto, se considera que los gastos en concepto de acción social son beneficios,

complementos o mejoras distintos a las contraprestaciones por el trabajo realizado cuya finalidad es satisfacer determinadas necesidades consecuencia de circunstancias personales del citado personal al servicio del sector público".

También, todos los artículos citados (de la ley de presupuestos y reales decretos-leyes) contienen un apartado 8, según el cual, "los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados en este artículo deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo".

Como es natural, **si tales acuerdos, convenios o pactos son posteriores a la norma que establece el límite, serán nulos, pero, si son anteriores, la ley parte de su validez y eficacia, por lo que deberán experimentar la oportuna adecuación, produciéndose en caso contrario una ilegalidad omisiva, al incumplirse la obligación legal**. En cualquier caso, **las cláusulas que se opongan devienen inaplicables**, al quedar desplazado el acuerdo, pacto o convenio por la norma posterior básica, inaplicabilidad que, en principio, queda limitada al año sobre la que se proyecta el límite.

Partiendo de tal régimen y tomando en consideración que el acuerdo (31 de enero de 2019) es posterior a la Ley 6/2018 y Real Decreto-ley 24/2018 (28 de diciembre de 2018), el ayuntamiento se encontraba obligado a cumplir los topes establecidos por dicha ley y real decreto-ley.

Ahora bien, analizados **los artículos 92, 93 y 93 bis del acuerdo, nada disponen sobre incrementos retributivos,** estando el entero contenido del capítulo V del título II dedicado a aquellos, sin que se haya formulado tacha de legalidad alguna respecto al mismo.

Desde el examen de esta causa de nulidad, **podría tener visos de prosperibilidad la revisión si las mejoras asistenciales** contenidas en el título tercero del acuerdo (no solo las previstas en el artículo 92, 93 y 93 bis) **contemplaran en los años 2019 y 2020 un incremento en los gastos en concepto de acción social respecto a los causados en el año 2018.**

Para ello tenemos en cuenta la doctrina de la STC 25/2020, de 13 de febrero, en la que se resolvió un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación a un artículo de la Ley 7/2018, de 28 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El precepto impugnado era el artículo 47, dedicado a la "Acción Social y premios de jubilación y permanencia", y establecía un fondo de acción social en el que se distinguía créditos destinados, por un lado, a los gastos derivados de las pólizas de seguros concertadas que cubren los riesgos de fallecimiento o invalidez permanente del personal al servicio de la Administración pública de la comunidad autónoma y, por otro lado, a efectos de que se puedan convocar, reconocer y abonar, durante 2019, ayudas de acción social reglamentariamente establecidas, destinadas al personal al servicio de la Administración pública de la comunidad autónoma, previa negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de Empleados Públicos.

El precepto de contraste era el artículo 3.dos de Real Decreto-ley 24/2018, y la vulneración consistía en que suponía en el año 2019 un incremento en los gastos de acción social respecto a los del año 2018.

La STC 25/2020 rechaza que solo puedan establecerse medidas de contención de gastos de personal que afecten en exclusiva a las retribuciones, pudiendo hacerse extensivas con igual grado de vinculatoriedad a los gastos de acción social. En el año 2018, además, se permitió un incremento de las retribuciones, pero no de los gastos de acción social, sin que ese distinto tratamiento fuera objetado por el alto Tribunal porque son "criterios que pertenecen a la esfera de la acción política, a la orientación de la política general del Estado, y que, por tanto, este Tribunal no puede valorar, de conformidad con el control estrictamente jurisdiccional que tiene encomendado (art. 27.1 LOTC)".

Dicha sentencia asume que tales prestaciones de acción social no encajan en el concepto legal de retribuciones y para ello acude a una definición consagrada por el propio Estado:

> Según su definición más extendida, contenida en el plan general de acción social aprobado el 14 de marzo de 1995 por la comisión paritaria de salud laboral y acción social, creada en el acuerdo administración-sindicatos de 15 de septiembre de 1994 («Boletín Oficial del Estado» de 20 de septiembre), la acción social es «el conjunto de actividades encaminadas a la consecución de un sistema general de bienestar social, entendido como un valor social que persigue la disponibilidad, a favor de todos los empleados públicos, de aquellos medios que sean precisos para satisfacer las demandas comúnmente aceptadas como necesidades, siempre que no se encuentren recogidas dentro de los sistemas mutualistas o de Seguridad Social, y teniendo como objetivos fundamentales los principios de igualdad, globalidad y universalidad» (recoge esta definición el apartado primero del acuerdo de 27 de julio de 2011 de la mesa general de negociación de la Administración General del Estado sobre criterios comunes aplicables a los planes de acción social en la Administración General del Estado, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 8 de agosto de 2011). Aun cuando entre las medidas de acción social pueden incluirse ayudas «de carácter colectivo» o «en especie» tales como guarderías, comedores o sistemas de transporte gestionados por la administración, su concepto estricto se refiere exclusivamente a las ayudas «de carácter individual o personal» y contenido pecuniario (apartado tercero del referido acuerdo).

Por lo que luego se dirá sobre la naturaleza jurídica del gasto incluido en los artículos 92, 93 y 93 bis del acuerdo, es interesante recordar que el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre criterios comunes aplicables a los planes de acción social en la Administración General del Estado, dispone en su apartado 2, letra C).3, que en caso de "fallecimiento, jubilación, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez a lo largo del periodo de cobertura las/los solicitantes tendrán derecho, además de las establecidas en los párrafos anteriores, a las ayudas de fallecimiento y/o jubilación que en su caso se establezcan".

Además de incluir la citada definición de acción social y para "delimitar este concepto con mayor precisión", concreta en el punto 3 los tipos de ayudas que se consideran incluidas en el mismo,

figurando dentro del epígrafe 3.2, “Área de apoyo al Bienestar social”, punto 10, las “Ayudas de Jubilación”.

En definitiva, siendo relevantes las normas de contraste ofrecidas, sin embargo, **no podemos concluir que los artículos 92, 93 y 93 bis del acuerdo, que no establecen incremento alguno concreto, vulneren la normativa básica estatal** y sean, por ello, ilegales.

En todo caso, habrá que preservar que en los años 2029 y 2020 no se rebasen los gastos de acción social del año 2018 ─lo único que sabemos es que las indemnizaciones por jubilación anticipada alcanzaron unos 750.000 euros en el año 2019 y se espera que alcancen la cantidad de 300.000 euros en el año 2020─.

En cualquier caso, **al margen de las medidas de contención del gasto impuestas por el Estado, el ayuntamiento cuenta con una vía para, *motu proprio*, llevarlas a cabo y lograr que quede suspendida y, sin efecto, la aplicación de previsiones contenidas, asimismo, en tales instrumentos de origen negocial**.

Los arts. 32.2 y 38.10 del TRLEBEP permiten que, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas puedan suspender o modificar el cumplimiento de convenios, pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, informando a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Entre otras, se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las administraciones públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

Como ha dicho la STC 127/2019, de 31 de octubre, las dos normas:

> se refieren a la misma cuestión y establecen una regulación similar, si bien dicha normativa también atiende al hecho de que en las administraciones públicas pueden prestar servicios dos tipos de personal, funcionarial y laboral, que se regirán en cada caso por sus propias normas reguladoras. Esta diferenciación entre personal laboral y personal sujeto al régimen funcionarial que justifica el tratamiento de la cuestión en dos preceptos distintos del TRLEEP obedece a que las dos regulaciones, pese a su similitud, responden a títulos competenciales diferentes. En cuanto tiene por destinatarios al personal laboral del sector público y a los acuerdos suscritos en relación con este tipo de personal, el art. 32.2 TRLEEP ha de entenderse dictado al amparo de las competencias estatales en materia de legislación laboral (en un sentido similar, STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7, allí respecto a la fijación de una jornada mínima para los trabajadores del sector público), mientras que el art. 149.1.18 CE fundamentaría la regulación equivalente del art. 38.10, referido a los pactos o acuerdos que afecten a los funcionarios públicos.

Actuándose dentro de los límites y condiciones establecidos por ambos preceptos, a la luz de la STC 127/2019 **no puede discutirse la capacidad del ayuntamiento para, en ejercicio de**

sus potestades de autoorganización y disponibilidad de sus propios recursos, diseñar su política en materia de gastos de personal.

Pero, como es obvio, este expediente de revisión no está dirigido a enjuiciar tal supuesto, ya que **no ha sido la vía escogida por el ayuntamiento para la suspensión e inaplicabilidad del acuerdo**.

DCJA 159/2020 párrs. 147 a 173

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

La interesada alude como fundamento de su pretensión a la vulneración de principios constitucionales, de entre los cuales identifica el de interdicción de la indefensión, por **infracción del derecho de defensa** contemplado en el artículo 24.2 CE. Esto nos conduce al supuesto de nulidad previsto en el apartado a) del artículo 47.1 LPAC, referido a los actos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

A modo preventivo, hemos de comenzar por recordar que, para subsumir en tal precepto una pretendida violación, **no basta obviamente con la invocación de tal motivo, sino que ha de darse la concurrencia inequívoca de la violación de un derecho fundamental y que esta afecte medularmente al contenido del derecho**.

En el caso del ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador y su relación con el artículo 24.2 CE, el **Tribunal Constitucional** se ha pronunciado con claridad al respecto en más de una ocasión (Sentencias ─STS─ 54/2003, de 24 marzo, 219/2007, de 8 de octubre o 226/2007, de 22 de octubre; entre otras).

Para recapitular esa doctrina, basta con recoger lo señalado, por ejemplo, en su **sentencia 157/2007, de 2 de julio**, en la que afirma que ese derecho "presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga. En este sentido, el Pleno de este Tribunal en la STC 291/2000, de 30 de abril (RTC 2000, 291), ha declarado, con base en la referida doctrina constitucional sobre la extensión de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que los posibles defectos en la notificación o emplazamiento administrativo, cuando se trate, como en este supuesto acontece, de un acto administrativo sancionador, revisten relevancia constitucional desde la perspectiva del art. 24 CE".

También se ha referido a la necesidad de que la Administración emplace personalmente a todos los interesados siempre que ello sea factible, por ser conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan u obren en el expediente administrativo, **estableciendo una serie de requisitos para que la falta de ese emplazamiento revista relevancia constitucional**.

En concreto, los requisitos contemplados son tres: **i) que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte; ii) que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente; y iii) que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente.**

Esa misma línea ha sido recogida por el **Tribunal Supremo** que en su **Sentencia de 16 de diciembre de 2015** (Recurso de casación para la unificación de doctrina 1302/2014) se expresa confirmando la situación de indefensión de los interesados cuando "Así resulta desde el análisis de la notificación edictal o por comparecencia, desde la perspectiva del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836), como recogimos en la Sentencia de 19 de marzo de 2013 (JUR 2013, 119160) (recurso 540/12), de conformidad con las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7216), (recurso de casación para unificación de doctrina 36/06) y 22 de noviembre de 2012 (recurso de casación para unificación de doctrina 2125/11), recordando que 'Como una constante jurisprudencia enseña la notificación edictal o por anuncios es rigurosamente excepcional, en tanto que debilita las posibilidades materiales del destinatario del acto de conocer su contenido y reaccionar frente a él'".

El Consejo de Estado ha venido, asimismo, **considerando que pueden integrarse en el supuesto del apartado a) del artículo 47.1 LPAC** (antiguo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) **aquellas actuaciones administrativas que generen indefensión, aun cuando la base constitucional del derecho a la no indefensión esté enunciada a propósito de la tutela judicial efectiva** (artículo 24 de la Constitución), **lo que es especialmente relevante en relación con actuaciones que tengan un carácter gravoso o desfavorable para el administrado** (dictámenes 509/2010 o 309/2012).

D) El concreto supuesto sometido a revisión

Se insta por parte de doña MDGN la **revisión de una sanción administrativa**, por importe de 3.001 euros, impuesta por una infracción tipificada como grave en el artículo 84.i) de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda. La infracción tipificada consiste en no destinar la vivienda de protección pública a residencia habitual y permanente de los propietarios o de los titulares de la obligación de ocuparla, cuando ello se realice sin la debida autorización administrativa.

El Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda rechaza la nulidad de la sanción por el motivo solicitado alegando que durante la instrucción de expediente sancionador se intentó sin éxito en dos días y horarios diferentes el emplazamiento personal de la interesada en la vivienda protegida en torno a la cual la Administración considera cometida la infracción. Posteriormente, añade, fue notificada a través del BOE, tanto la fase preliminar como la propuesta de resolución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la LPAC. Con ello, considera que se ha respetado el derecho de audiencia de la interesada, por lo que no se ha causado la alegada indefensión.

La interesada, por su parte, considera que sí ha existido indefensión por cuanto no ha tenido conocimiento de la instrucción de la sanción, ni de su imposición, hasta que se produjo el embargo en su cuenta bancaria del importe correspondiente a la multa impuesta, más los recargos e intereses correspondientes, por un importe total de 3.651,28 euros.

Alega asimismo que durante la tramitación del expediente sancionador incoado por el mismo motivo en el año 2013 señaló como domicilio a efectos de notificaciones el del despacho del abogado, al cual otorgó su representación para dicho expediente, y al cual atribuye también esa representación en este expediente, aportando apoderamiento general para pleitos.

Pues bien, hemos de comenzar por constatar la evidencia de que todos los intentos de emplazamiento personal de la interesada realizados por el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, en relación con el expediente sancionador cuya resolución se insta la revisión, resultaron infructuosos.

Tampoco resulta discutido que todos esos intentos de notificación personal se produjeron en la vivienda protegida sobre la que se había cometido supuestamente la infracción objeto de sanción, y que la Administración realizó alguna otra actividad, aunque igualmente ineficaz, dirigida a localizar un domicilio alternativo a la vivienda protegida.

Como tercer elemento fáctico a tener en cuenta cabe igualmente destacar que en ningún momento se intentó practicar la notificación en la dirección señalada en el expediente sancionador tramitado en el año 2013, incoado por el mismo motivo, y en el cual la imposición de la multa quedó suspendida al ofrecerse a la Administración la compra de la vivienda protegida.

A partir de estos tres hechos esenciales constatados, se ha de comprobar su acomodo a la doctrina anteriormente señalada en torno a la incidencia del derecho previsto en el artículo 24.2 CE en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

Para ello, esta Comisión considera **necesario analizar la actuación de la Administración actuante y de la propia interesada y contrastarlas para determinar si actuaron con la debida diligencia para poder llevarse a cabo el emplazamiento personal**.

La interesada ha aclarado que tiene fijada su residencia en …. De ahí el fracaso de los intentos del departamento a la hora de localizar su domicilio en el estado. No consta, sin embargo, que la Administración tuviera conocimiento de ese domicilio hasta la presentación del contrato privado de compraventa de la vivienda en cuestión para su visado en la Delegación Territorial de Vivienda de …; hecho que se produjo el mismo día 23 de abril de 2018 en el que se dictó la resolución cuya anulación se pretende.

La interesada, no obstante, tampoco ha considerado como una opción la notificación en su domicilio en …, sino la utilización del domicilio establecido a efectos de notificaciones en el expediente sancionador tramitado en el año 2013, cuya ejecución fue suspendida tras haber ofrecido la adquisición de la vivienda a la propia Administración.

La propuesta de resolución del departamento descarta esta opción al considerar que se trata de dos expedientes diferenciados, instruidos en fechas distanciadas en el tiempo, que no permiten presumir que la interesada mantuviera como representante al mismo abogado durante ese plazo.

La Comisión, sin embargo, considera preciso analizar en este caso la relación existente entre ambos expedientes sancionadores para juzgar si en este caso la Administración ha actuado con la debida diligencia en relación con el emplazamiento de la interesada durante la instrucción del expediente sancionador incoado en diciembre de 2017.

Entre la documentación aportada por la persona interesada en su solicitud de revisión de la sanción constan parciamente los escritos presentados en el expediente sancionador incoado en el año 2013, de referencia EB2- 0048/13-DL, documentos que damos por veraces en la medida en que no han sido puestos en cuestión por la Administración. En uno de esos escritos, doña MDGN designa como domicilio a efectos de notificaciones la dirección del despacho profesional del letrado que le representaba. En otro de esos documentos, además de designar el mismo domicilio a efectos de notificaciones, afirma adjuntar poder notarial a favor del mismo abogado; poder que entendemos se refiere a un poder general que vuelve a adjuntar en la solicitud de revisión y que fue otorgado ante notario en el año 2008.

La Administración, por tanto, **no desconocía el apoderamiento general para pleitos otorgado a favor del letrado que representa a la interesada en el marco de un procedimiento sancionador anterior, instruido por la misma infracción** que, según se desprende del expediente, se ha mantenido de forma continuada hasta el año 2018.

En cuanto a la relación entre ambos expedientes, en condiciones normales, el hecho de que se trate de expedientes distintos y distanciados en el tiempo podría constituir un obstáculo para la Administración a la hora de trasladar o recuperar ciertos datos de un expediente sancionador que no se encuentra vivo, para su utilización en la instrucción de un expediente sancionador posterior.

Sin embargo, **la Comisión estima** que en este caso esta circunstancia tampoco puede ser alegada por la Administración dada **la innegable relación existente entre ambos expedientes**. Ambos han sido **instruidos como consecuencia de la misma infracción —no destinar la vivienda a residencia habitual—** y se da igualmente la circunstancia de que la propia resolución sancionatoria objeto de revisión menciona, como antecedente del expediente que da lugar a la resolución que se ha instado a revisar, el expediente sancionador instruido en el año 2013 y su resultado. Con ello, como decimos, no es posible negar la relación existente entre ambos expedientes y su conocimiento por parte de la Administración al incoar el procedimiento sancionador en el año 2017.

La Administración, por tanto, **ha tenido a su disposición el apoderamiento señalado y la identificación de un domicilio a efectos de notificaciones, pero el emplazamiento personal no se intentó en ese domicilio**, lo que pone en cuestión la diligencia con la que se actuó a la hora de efectuar ese emplazamiento personal. Cierto es que la persona interesada puede renunciar en cualquier momento a esa representación sin tener que comunicárselo a la Administración, pero, no teniendo noticia alguna al respecto, y dado, insistimos, que el propio departamento contempla como antecedente relacionado con la infracción el expediente incoado y tramitado en el año 2013, no resulta razonable desatender la representación otorgada en el primer expediente e ignorar el lugar identificado en el primer expediente a los efectos de notificaciones.

Al anterior razonamiento cabe añadir que **la Administración también era consciente de la escasa eficacia de los intentos de comunicación en la vivienda protegida, dada la infracción cometida**. Es decir, **se trató de comunicar con la interesada en un domicilio en el que se había constatado que permanecía vacío desde hacía varios años**.

En último término, tampoco parece suficiente, en las citadas circunstancias, con descartar otro empadronamiento en el Instituto Nacional de Estadística, sin haber agotado las posibilidades que ofrecían los datos que ya disponía la Administración.

No cabe, sin embargo, presumir esa falta de diligencia en la interesada ya que esta había establecido un cauce de comunicación válido a los efectos de un procedimiento sancionador incoado por el mismo órgano y con motivo de la misma infracción, **habiéndose acreditado que ese dato se encontraba en poder de la Administración en un expediente que, lejos de ser desconocido por la Administración, se trae a colación en la misma resolución que ahora se pretende combatir**.

Se cumplen así los requisitos a los que nos hemos referido para considerar que la falta de emplazamiento personal en un procedimiento administrativo de carácter sancionador tenga relevancia constitucional: i) la resolución sancionadora recaída en el procedimiento administrativo sancionador afecta de manera gravosa a sus derechos e intereses legítimos; ii) no cabe apreciar en la persona interesada una falta de diligencia determinante de la situación de indefensión padecida, pues ningún dato existe en las actuaciones que permita afirmar que tuvo conocimiento del procedimiento administrativo sancionador antes de que hubiera concluido su ejecución, a través de la vía de apremio; y iii) el expediente permite constatar que el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda dispuso tanto del apoderamiento concedido como de la designación como domicilio a efectos de notificaciones de la dirección del abogado al que había otorgado dicho apoderamiento.

La Comisión estima, en definitiva **que la Administración**, al no haber emplazado personalmente a la persona interesada en la revisión pese a tener conocimiento, o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del domicilio designado a efectos de notificaciones, **no ha actuado con la diligencia que le era exigible, generando en aquella una situación de indefensión constitucionalmente relevante, vulnerando el artículo 24.2 CE, al impedirle ejercer su derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador.**

En términos del propio Tribunal Constitucional (STC 145/2004, de 13 de septiembre, reiterando la doctrina de la STC 54/2003, de 24 de marzo), "'la sanción se ha impuesto de plano (…), esto es, sin respetar procedimiento contradictorio alguno y, por tanto, privándole de toda posibilidad de defensa durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador (STC 291/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 291], F.12)', siendo reiterada doctrina de este Tribunal desde la STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18), que los 'valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 CE (RCL 1978, 2836) no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración... pueda inferir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión', pues 'la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto implicado

tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga' (F. 3)".

Por todo ello, y en contra de lo establecido en la propuesta de resolución del departamento consultante, la Comisión estima que **procede declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Director de Planificación y Procesos Operativos de Vivienda de 23 de abril de 2018, por la que se impone una multa a doña MDGN** por una falta grave en relación con el régimen de las viviendas de protección oficial, y de las posteriores actuaciones de ejecución de dicha sanción.

No obstante, la apreciación por parte de esta Comisión de la nulidad de esas actuaciones no implica un pronunciamiento sobre los hechos calificados como infracción, y por los que se ha impuesto la sanción que, en caso de no estar prescritos, pueden dar lugar a la incoación de un nuevo procedimiento en el que deberá salvaguardarse el derecho de defensa de la interesada.

DCJA 5/2020 párrs. 34 a 66

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

Al respecto, cabe destacar que **gran parte de la doctrina y de los órganos consultivos**, entre ellos el Consejo de Estado, **consideran que la existencia de un procedimiento especialmente previsto en la LCSP ha contribuido a que la administración no pueda elegir discrecionalmente el procedimiento al que debe someter la cuestión, que pasa por declarar la nulidad, liquidar e indemnizar**. Siendo así, "el expediente de 'convalidación de gasto' o reconocimiento extrajudicial de deuda, se presenta pues como un instrumento de gasto para hacer efectiva la liquidación prevista en el apartado 1 del artículo 35 de la LCSP, que trae causa en la resolución de un expediente de revisión de oficio y su finalidad es evitar el enriquecimiento injusto".

No obstante, también **existen determinadas opiniones que se decantan por no acudir a la vía de la revisión cuando se trata de prestaciones ya ejecutadas** —"no hay razón para exigir que, antes de aplicar el enriquecimiento injusto, se deba declarar formalmente la nulidad del contrato y, menos aún, para imponer que la Administración haya debido antes revisar de oficio el contrato o impugnarlo en recurso de lesividad"— o, incluso, otras posturas que abogando por una economía procesal consideran que los vicios de los que adolezca el contrato se pueden subsanar vía convalidación, y solo sería adecuado proceder a la revisión de oficio cuando la cuantía de la prestación ejecutada por la contratación irregular se estime superior a la que habría de abonarse de acudir a la vía de la indemnización.

Finalmente, también existe algunas opiniones que, a pesar de estimar adecuada la revisión de oficio recogida en el artículo 41.1 de la LCSP, abogan, sobre todo en el caso de contratos ya ejecutados, por aplicar los límites de la revisión regulados en el artículo 110 de la LPAC, para analizar la conveniencia de utilizar el procedimiento de revisión de oficio.

Es evidente que la rica casuística que se puede suscitar complica la formulación de un criterio exclusivo que pueda satisfacer la resolución de todos los casos que se pueden plantear. Por ello, **parece que lo más adecuado será valorar las circunstancias concretas de cada contratación irregular para optar por la solución más adecuada. De cualquier forma,** parece importante salvaguardar en todos los casos que **ninguna de las vías elegidas eximirá de la exigencia de las responsabilidades que, en su caso, pudieran derivarse de la actuación administrativa irregular.**

Así las cosas, para analizar la posible concurrencia del vicio de nulidad previsto en la letra e) del artículo 47.1 de la LPAC entendemos necesario realizar un análisis general del **régimen jurídico de los contratos de obras**, previsto en la normativa de contratación, aplicable al supuesto examinado.

Como punto de partida debemos señalar que **la normativa sobre contratación pública contempla la posibilidad de utilizar la contratación verbal, pero únicamente para los supuestos en los que el contrato tenga carácter de emergencia** (artículo 37.1 LCSP) derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional (artículo 120 LCSP).

Por tanto, en el resto de los casos, para la celebración de los contratos se deberá seguir la tramitación establecida en la LCSP. **En el supuesto que nos ocupa**, teniendo en cuenta la cuantía y la naturaleza del contrato, **la adjudicación se debería haber producido tras la tramitación de un contrato menor** (artículo 118 LCSP).

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación del umbral correspondiente, en este caso 40.000 €. Asimismo, se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes.

En cuanto a su adjudicación, de acuerdo a lo dispuesto en el 131.3 de la LCSP, "Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación". Como complemento de lo anterior el artículo 40 de la Norma municipal presupuestaria del Ayuntamiento detalla que, en los contratos menores, "siempre que sea posible, y especialmente en los contratos de obra, asistencia y servicio, se consultará con tres empresas capacitadas para la ejecución del contrato, acompañándose las correspondientes ofertas".

En cuanto a la segunda causa de nulidad alegada, ya hemos visto que el contrato menor, igualmente, **deberá contar con la acreditación de la existencia de crédito y documento de aprobación del gasto con carácter previo a su ejecución**.

En este caso, tal y como ha puesto de manifiesto el interventor municipal, **se ha omitido la función interventora**, que requiere que el reconocimiento de obligaciones o la liquidación del

gasto, en su caso, deberá contar con el preceptivo informe con el fin de asegurar y comprobar, antes de que se dicte la correspondiente resolución, que las obligaciones se ajustan a la ley o a los negocios jurídicos suscritos por las autoridades competentes y que la persona o entidad acreedora ha cumplido o garantizado, en su caso, su correlativa prestación.

En el presente supuesto, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes dado que nos encontramos ante un contrato menor en el que los trámites que se deben completar, como hemos visto, son mínimos, la carencia o insuficiencia de crédito, más que jugar como una causa autónoma prevista en el 32.c) de la LCSP, parece más adecuado considerarla como una fase del procedimiento que no se ha seguido, por lo que debe encuadrarse dentro de los elementos constitutivos de la causa de nulidad prevista por el artículo 47.1.e) de la LPAC.

Teniendo en cuenta lo anteriormente manifestado, cabe señalar que **en el presente supuesto**, a pesar de observarse que no se ha seguido el procedimiento legalmente prescrito, **existen una serie de circunstancias concurrentes que nos conducen a matizar la conveniencia de la vía elegida**.

Entre dichas circunstancias hay que tener en cuenta que, según se desprende del expediente, **parece que existían circunstancias de urgencia o grave peligro que hacían necesaria una respuesta inmediata** y que podían haber facilitado la utilización de una vía de adjudicación más expedita y en la que hubiera estado justificado, incluso, la contratación verbal.

Por otra parte, se trata de una prestación única que se ejecuta y se agota en sí misma. Además, según los informes técnicos, se ha ejecutado correctamente y el precio se enmarca entre los adecuados del mercado.

También merece ser destacado que **se aprecia que, en todo momento, los comportamientos de las partes se han desarrollado bajo la buena fe, con la intención de buscar la solución a un problema** existente derivado de un temporal que ocasionó corrimientos de tierra que, incluso, llegaron a cortar vías públicas.

En todo caso, y sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de las actuaciones que han quedado reseñadas, no se desprende, en el expediente, una actitud culpable que pueda originar una indemnización de daños y perjuicios, ni tampoco la misma ha sido reclamada por la empresa adjudicataria.

Unido a lo anterior, en cuanto a la situación presupuestaria **se observa la existencia previa de una partida específica, pero con una dotación insuficiente, que posteriormente**, en abril de 2019, **ha sido objeto de una modificación presupuestaria para dotarla del crédito suficiente** para hacer frente a las obligaciones derivadas de la prestación ejecutada.

Por todo lo anterior, del contraste de los preceptos citados con los hechos recogidos en el expediente administrativo, **no parece que la vía de la revisión de oficio, de carácter excepcional y que está reservada a supuestos de quebrantamiento del derecho extraordinariamente graves, ante los cuales dicha seguridad jurídica debe ceder por resultar de**

todo punto inadmisible su presencia en el ordenamiento jurídico, deba ser la escogida para satisfacer la indemnización que corresponde al contratista.

DCJA 55/2020 párrs. 41 a 59

D) Nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

Constituye el objeto de esta revisión la transmisión de la titularidad concesional demanial de una plaza de aparcamiento, al entender el ayuntamiento que la persona a favor de la cual se ha aprobado dicha transmisión carece de un requisito esencial para recibirla, ya que se aprobó sin la previa intervención del resto de herederos legitimarios de la fallecida titular del derecho, doña OZO.

El régimen de adjudicación y transmisión de las plazas de aparcamiento municipal en régimen de concesión se encuentra regulado en el Ayuntamiento de Bilbao en la **Ordenanza reguladora de los edificios de aparcamientos de titularidad municipal** destinados a vecinos residentes y a régimen de rotación.

En cuanto a la transmisión por fallecimiento de su titular, el apartado d) de su artículo 55 establece lo siguiente:

> Artículo 55.- Excepción al Orden del Listado de Espera
>
> (…)
>
> d) Para aquellos supuestos de fallecimiento del titular de derechos y así conste en la base de datos gestionada por el área municipal competente en la materia de aparcamientos.
>
> Quiénes fueran sus herederos deberán solicitar, en plazo máximo de 3 meses, la transmisión de la posición jurídica referida de acuerdo con la normativa civil correspondiente, presentando cuanta documentación fuere requerida por los servicios técnicos municipales, e indicando la persona destinataria de aquella titularidad, quien deberá reunir las condiciones establecidas en la presente ordenanza, y en los pliegos de referencia, respecto de quienes pueden acceder al listado de residentes.
>
> En este último supuesto, la ausencia de dichas condiciones determinará necesariamente la transmisión de la posición jurídica adquirida y ello de conformidad con el procedimiento establecido al efecto, lo cual se realizará de oficio por la propia Administración Municipal, en caso de existir listado de espera vinculado al estacionamiento, una vez constatada dicha circunstancia.
>
> Asimismo, constatado el fallecimiento de un titular de derechos y ante la ausencia de comunicación alguna en el plazo señalado anteriormente por parte de sus herederos respecto de la persona heredera a la que quepa vincular

> la parcela de garaje municipal, la Administración Municipal ofrecerá un plazo máximo de 1 mes para que aquellos comuniquen una decisión al respecto. El heredero señalado, de reunir las condiciones exigidas, se subrogará en la posición jurídica del anterior titular. De no reunirse, se estará a lo señalado anteriormente.
>
> La no contestación en el referido plazo conllevará necesariamente que la Administración Municipal, de oficio, rescate la posición jurídica que ocupaba la persona fallecida para ser vinculada con quién ocupe el primer lugar del listado de espera existente al efecto, quién depositará en la tesorería municipal la cantidad económica que fije la resolución municipal pertinente y ello a disposición de sus herederos. Dicha circunstancia será puesta de manifiesto a las partes con la oportuna resolución municipal que servirá de título habilitante al nuevo concesionario demanial.

Doña MJMZ solicitó la transmisión de la titularidad y presentó la documentación que, en principio, y de conformidad con la Ordenanza Municipal reguladora de los edificios de aparcamientos de titularidad municipal destinados a vecinos residentes y a régimen de rotación, se requiere para su transmisión. Entre esa documentación se incluyó el testamento de la fallecida, en el que constaba como legado a su favor la referida concesión, por lo que el ayuntamiento entendió que, efectivamente, con la aportación del testamento en el que se recogía el legado se cumplía el requisito de acreditar la transmisión de la posición jurídica "de acuerdo con la normativa civil correspondiente".

No obstante, las alegaciones presentadas con posterioridad por parte de uno de los hermanos de doña MJMZ, igualmente heredero legitimario, pusieron de manifiesto los problemas de orden jurídico existentes para entender que ya se había producido la transmisión de la posición jurídica de acuerdo con esa normativa.

En apoyo de esas alegaciones, se han incorporado dos documentos que tienen un valor significativo en la interpretación jurídica de la cuestión puesto que, aunque no se refieren exactamente al caso en cuestión, sí tienen que ver con la interpretación que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao han tenido en cuenta en el acceso a la posesión de un bien objeto de legado, cuando existen otros coherederos que son igualmente legitimarios. Todo ello, además, afectando a los mismos herederos que aquí figuran como interesados.

Se trata, en definitiva, **de determinar si la legataria o el legatario —en este caso, legataria— de un bien o derecho de uso sobre este puede tomar posesión de aquel sin la intervención del resto de legitimarios cuando, como es el caso, la propia causante la ha facultado expresamente en el testamento para esa toma de posesión**.

Aquí es donde cobra importancia el criterio expuesto por la **Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 4 de julio de 2019**, emitida en el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la propiedad de Bilbao n.º 2, "por la que se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y aceptación de legado", relativa a la misma herencia yacente a la que pertenece el derecho de uso adquirido por doña MJMZ.

Dicha resolución, tras analizar la normativa aplicable a la sucesión de doña OZO y la naturaleza de la legítima en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (LDCV), incluye:

> 9. Alega el recurrente que la posibilidad del apartamiento tácito y la legítima colectiva, —o el hecho de que no haya legitimarios individuales— hace que no se pueda exigir la aplicación del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario, ya que el mecanismo del apartamiento expreso o tácito determina que no se sepa hasta el final quienes serán los destinatarios de los bienes. Efectivamente, la distribución desigual que puede hacer el testador en virtud de la legítima colectiva, permite un amplio abanico de actuaciones, pero esto no significa que el llamado en menos haya sido apartado. Pues bien, siendo que, en el supuesto de este expediente, han sido instituidos todos los hijos como herederos, además de legatarios, no se les puede considerar como apartados ni expresa ni tácitamente, por lo que parece necesaria su intervención a los efectos de determinar al menos el activo y pasivo del inventario, aun cuando desde un punto de vista individual, resulte un resultado exiguo para el legitimario no apartado.
>
> También alega el recurrente que, los artículos 19 y 20 de la Ley 5/2015, referidos a la sucesión universal o particular, determinan que el sucesor a título particular puede hacer valer su derecho contra los herederos universales para exigir la entrega o pago del legado, lo que a su juicio ratifica el carácter autónomo de la actuación del legatario. Pues bien, la acción que le concede este precepto para hacer valer su derecho, lo es precisamente, porque no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada.
>
> Así pues, recapitulando, la legítima foral vasca es colectiva, cabe el apartamiento de los legitimarios tanto de forma expresa como tácita, pero esto no significa, que el legitimario no apartado pueda tener unos mecanismos de defensa para el amparo de su derecho, aunque sea mínimo, puesto que, aunque colectiva, la naturaleza sigue manteniéndose como 'pars valoris bonorum'. En consecuencia, en este expediente, al existir legitimarios, implica la necesaria intervención de los mismos, ya que no se cumplen todas las exigencias del caso del artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario —la inscripción a favor del legatario de inmueble específicamente legado en virtud de escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios, si está facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada—.
>
> En el concreto supuesto de este expediente, del testamento de la causante resulta que la legataria otorgante del título calificado está facultada expresamente por la testadora para tomar posesión por sí misma de la cosa legada, y se acredita la existencia de otros legitimarios de la causante, que no han sido apartados ni expresa ni tácitamente —ya que han sido instituidos como herederos—, por lo que se hace necesaria la intervención de los mismos en la entrega del legado.

Por tanto, **la transmisión del derecho exige la participación del resto de los legitimarios para poder tomar posesión del legado; participación que, a la vista de las alegaciones presentadas por el resto de legitimarios, no se ha producido**.

En este punto de la cuestión es necesario también analizar las alegaciones presentadas por la interesada, doña MJMZ, fundadas, por un lado, en el carácter privativo del derecho objeto de legado y, fundamentalmente, retomando los argumentos esgrimidos por el notario en su litigio

con el registrador, en el recurso que dio lugar a la ya citada Resolución de 4 de julio de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y que parten de una determinada interpretación de lo dispuesto en la LDCV.

En cuanto al carácter ganancial o privativo del derecho, la Comisión comparte con el ayuntamiento su escasa o, incluso, nula incidencia en el caso, dado que, incluso asumiendo su carácter privativo —posición que parece más fundada—, no se resolvería con ello la necesaria intervención del resto de legitimarios; principal obstáculo para el acceso a la posesión del pleno dominio sobre el legado.

En cuanto a la interpretación que debe darse a la legítima en la LDCV, su artículo 48 se establece que "1.- La legitima es una cuota sobre la herencia que se calcula por su valor económico y que el causante puede atribuir a sus legitimarios a título de herencia, legado, donación o de otro modo; 2.- El causante está obligado a transmitir la legitima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás de forma expresa o tácita; 3.- La omisión del apartamiento equivale a apartamiento tácito; 4.- La preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso equivale a su apartamiento"; estableciendo a su vez el artículo 49 de la LDCV que "La cuantía de la legitima de los hijos y descendientes es de un tercio del caudal hereditario".

Este régimen permite a la interesada defender, como defendió en su momento el notario recurrente, que "nos encontramos con una legítima que funciona entre los legitimarios, y que, por lo tanto, y en base a la libertad civil de la que dispone la testadora puede ser claramente definido a favor de quien recibiendo su sucesión a título de legado, con apartamiento tácito de los demás legitimarios, nada tiene que reclamar a ellos en relación a las disposiciones efectuadas a favor de estos otros legitimarios, ni tampoco ellos a la legitimaria en relación al legado efectuado a su favor. Es decir, del legado a mi favor de la concesión de la plaza de aparcamiento, (…) nada pueden oponer el resto de mis hermanos".

En contra de esta argumentación, la propuesta de resolución incorpora, además de la ya citada Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el criterio expuesto en la **Sentencia nº 202/2019 de 15 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Bilbao**, relativa a la división de cosa común, en la que actúa como demandante doña MHMO, designada igualmente legitimaria y legataria en el testamento otorgado por doña OZO, y cuya pretensión, en situación similar a la que defienden las señaladas alegaciones, ha resultado desestimada. La sentencia, aportada en sus alegaciones por el también legitimario don JMZ, dispone en sus fundamentos de derecho segundo y tercero lo siguiente:

> SEGUNDO.- En este procedimiento de división de cosa común, hay que atender a que previamente hay que determinar si la actora puede por sí sola adjudicarse el legado sin anuencia del resto de colegatarios ya que de no ser así no podrá instar en este momento la división de cosa común, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan.
>
> TERCERO.- Para ello hemos de determinar primeramente cuál es la normativa aplicable y ello por cuanto que la disposición testamentaria, se efectuó en fecha 6 de junio de 2013 y el fallecimiento acontece en fecha 19 de junio de 2018 (documento nº 2), por tanto la causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, no al de otorgamiento del testamento ya que la actual regulación no se había promulgado.

Conforme a la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, la vecindad civil foral vasca se entiende adquirida automáticamente por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley, por lo que la sucesión se regulará conforme la legislación civil foral vasca. Es decir, las sucesiones "mortis casusa" abiertas después de la entrada en vigor de la Ley 5/2015, se rigen por esta norma, con arreglo a la vecindad civil vasca de la causante al tiempo de su fallecimiento y no la del otorgamiento del testamento (artículos 3 y 9 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil vasco, de las disposiciones transitorias primera y séptima de dicha norma, de los artículos 9.8 y 16.1 del Código Civil).

Sentado esto, hay que recordar que el bien cuya división se pretende es un legado de una cuota del 15 % sobre un inmueble y al aplicar la ley 5/2015, el sistema de legítimas a tener en cuenta es el reconocido por dicha ley, respetando en la medida de lo posible las disposiciones testamentarias otorgadas por la finada.

En tal sentido y si bien en materia de legados, por regla general, no cabe ocupar por sí mismo lo legado sino que hay que solicitar su entrega y posesión al heredero o en su caso albacea, existen excepciones en los supuestos de prelegado y en los casos en que el testador faculte para tomar posesión por sí mismo del bien legado. Este es el supuesto de hecho ya que la testadora así facultó a los legatarios. Sin embargo hay que tener en consideración que cuando existen legitimarios, deben consentir la manifestación del legado (documento nº 3 de la demanda) del legatario facultado para tomar posesión por sí mismo del bien legado. Hay que entender que son legitimarios sus otros cinco hermanos (artículo 47 Ley 5/2015), por lo que en principio es necesaria su anuencia y ello aun cuando el artículo 48 de Ley 5/2015 diga: "El causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás, de forma expresa o tácita", y en el artículo 49 se disponga que: "La cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario" además se puede atribuirse a título de herencia, donación o de otro modo (48.1). Pudiera entenderse conforme a tales criterios que los legitimarios demandados estarían tácitamente apartados en la toma de posesión de la cosa legada por el legatario que ha sido autorizado para hacerlo por sí mismo, lo cual sería el supuesto de autos, en que la actora legataria pueda tomar posesión por sí sola del legado, cuando ella misma es legitimaria en la sucesión de su finada madre, pero ello no determina que estemos ante una legítima foral vasca colectiva que lo que atribuya sea un derecho de crédito al existir la institución del apartamiento sino que su naturaleza sigue manteniéndose como "pars valoris bonorum".

En consecuencia, el testamento de la Sra. OZO faculta expresamente a la Sra. MHMO para tomar posesión por sí misma de la cosa legada, pero ante la existencia de otros legitimarios de la causante, que no han sido apartados ni expresa, ni tácitamente, ya que han sido instituidos herederos, es necesario que intervengan en la entrega del legado.

Entrega del legado que es requisito previo para poder acordar la división de cosa común, y que en el caso de autos no media ni consta se haya solicitado. Es más existe una controversia cierta entre los litigantes ante diversos juzgados de Bilbao que abarca entre otros aspectos el relativo a la herencia de los progenitores.

Por todo ello la actora carece en este momento, de legitimación para solicitar la división de cosa común.

Por tanto, **teniendo en cuenta que no consta que se haya producido la liquidación, participación y adjudicación de bienes de la herencia de doña OZO, la aplicación de la LDCV no excluye la necesaria intervención del resto de legitimarios para que doña MJMZ pudiera ocupar la posición jurídica de su fallecida madre en relación con la concesión demanial de la plaza de aparcamiento objeto de litigio, por lo que no queda sino confirmar la existencia de la causa de nulidad expuesta por el ayuntamiento**.

La nulidad de la transmisión a doña MJMZ conlleva necesariamente la nulidad de la posterior transmisión de la concesión de esta en favor de don IGP ya que, en el marco del Registro municipal de aparcamientos ─registro que así aparece denominado en la ya señalada ordenanza municipal─, quien adquiere la plaza de quien figura como titular en dicho registro no puede acogerse al principio de buena fe registral que rige en el marco de la Ley hipotecaria.

La aprobación de esa segunda transmisión a don IGP por parte del ayuntamiento ha de ser considerada igualmente nula, sin perjuicio, claro está, de que el ayuntamiento tome las medidas legales oportunas y de los pasos necesarios para regularizar la situación, siempre dentro de sus competencias, y sin perjuicio de la respuesta que deba dar ante un potencial perjuicio sufrido por don IGP, a través de la responsabilidad patrimonial.

DCJA 85/2020 párrs. 38 a 55

En cualquier caso, la Comisión ha tenido ocasión de examinar en los ya comentados dictámenes 63/2020 y 159/2020 la viabilidad jurídica de las **primas, premios, compensaciones o indemnizaciones por jubilación voluntaria anticipada** ─la diferencia terminológica no es importante porque funcionalmente, desde la perspectiva de la Administración, persiguen promover la jubilación anticipada voluntaria, mientras que desde el punto de vista del empleado público, en la medida en que esta tiene consecuencias desfavorables en la pensión que va a percibir, tienen una finalidad reparadora─, habiendo llegado a conclusiones favorables.

De forma muy resumida, porque no podemos desplazar el núcleo del debate del acto a la norma que aplica. Su establecimiento por los artículos 95 y 96 del Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de las instituciones locales vascas, y su puesta en acto en el marco de un programa de racionalización de recursos humanos tiene un aval expreso en la regulación establecida por la disposición adicional vigésimo primera de la LMRFP y el artículo 22 de la LFPV.

En cuanto a la jurisprudencia de la Sala tercera del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de tales prestaciones, esta ha sido errática y contradictoria, y la más reciente puede entenderse reconsiderada por la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 40.2 LOTC).

En la Sentencia del **Tribunal Constitucional** (STC) 25/2020, de 13 de febrero, el alto tribunal **considera que los "premios de jubilación", a los que alude la Ley de presupuestos canaria que enjuicia, no son retribuciones, sino ayudas de acción social**, ya que se ve

obligado a acotar ambos conceptos, al ser distinta la restricción que, respecto a su incremento anual, establece la normativa básica estatal.

Para dilucidar la constitucionalidad de dicha ley acoge la definición de acción social prevista en la norma de contraste, el art. 3.2 del Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público —"beneficios, complementos o mejoras distintos a las contraprestaciones por el trabajo realizado cuya finalidad es satisfacer determinadas necesidades consecuencia de circunstancias personales del citado personal al servicio del sector público"— y "su definición más extendida", contenida actualmente en el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, sobre criterios comunes aplicables a los planes de acción social en la Administración General del Estado, publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 8 de agosto de 2011, que incluye dentro del concepto las ayudas de jubilación.

En todo caso, **no cabe descartar radicalmente que tales primas, premios, compensaciones o indemnizaciones puedan encajar, como prestaciones sociales** cuya negociación ampara el artículo 37.1 g) del TRLEBEP, **como mejoras de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social, al igual que los complementos a percibir en situaciones de incapacidad temporal, sin que los acuerdos que las aprueben infrinjan la reserva de ley del artículo 103.3 de la Constitución (CE)**.

Esa reserva no es absoluta. La STC 99/1987, de 11 de julio, admite una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que las remisiones "sean tales que restrinjan, efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de tal modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir".

Desde luego, **hay que pensar que cuando el legislador estatal crea en cada entidad local una Mesa General de Negociación** (artículo 36.3 TRLEBEP) **y le atribuye un margen de negociación para la acción social** [artículo 37.1.i TRLEBEP] **y para aprobar prestaciones sociales del personal funcionario** (artículo 37.1.g TRLEBEP), incluso conjuntamente para el personal laboral y funcionario, **es obvio que les está reconociendo un margen de decisión, al estar presente un interés local, siendo el ámbito de las mejoras voluntarias del régimen de Seguridad Social un campo propicio** para que, "al igual que cualquier empresa, puede mejorar directamente las prestaciones de la Seguridad Social de sus empleados costeándolas a su exclusivo cargo" (STC 104/2015, de 28 de mayo).

Distinto sería el caso, como así lo analizamos en el Dictamen 159/2020, en el que tales primas hubieran devenido inaplicables por razón de las medidas impuestas por el Estado para definir las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, con el soporte de los artículos 149.1. 13.ª y 156.1 de la Constitución.

En ese sentido, a la vista de la fecha en que se aprueba el Plan Estratégico de Jubilaciones y el Acuerdo de la Junta de Gobierno, **podrían verse afectados por el articulo 3.dos de Real Decreto-ley 24/2018, de 21 de diciembre**, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público, **y artículo 3.dos del Real Decreto-ley 2/2020, de 21 de enero de 2020**, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito de! sector público.

Tales previsiones incluyen un límite a los gastos de acción social, que, en términos globales, ni en el año 2019 ni en el año 2020 podrán experimentar ningún incremento respecto a los del año anterior, y disponen que "los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los fijados en este artículo deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que se opongan al mismo".

Esto es, **los acuerdos, convenios o pactos posteriores a la norma que no respeten el límite serán nulos; si son anteriores, deberán ser adecuados, produciéndose en caso contrario una ilegalidad omisiva, al incumplirse la obligación legal**. En cualquier caso, **las cláusulas que se opongan devienen inaplicables**, al quedar desplazado el acuerdo, pacto o convenio por la norma posterior básica, inaplicabilidad que, en principio, queda limitada al año sobre la que se proyecta el límite.

Partiendo de tal régimen, **si los gastos en acción social del ayuntamiento en los años 2019 y 2020, en su conjunto, vinieran a superar los del año 2018, podrían resultar inaplicables los artículos 95 y 96 del acuerdo regulador**.

En tal caso, no existiendo norma que amparase el reconocimiento del derecho, o mejor dicho cancelada o suspendida su aplicabilidad, difícilmente se podría adquirir este ni, por consiguiente, reunir los requisitos necesarios para ello.

Es decir, **si era inaplicable el acuerdo cuando la prima se concedió, careciendo de virtualidad jurídica, tampoco don IMA podía cumplir requisito alguno para adquirir un derecho inexistente**. O dicho de otra forma, le era imposible reunir los requisitos esenciales para obtener el derecho cuando ha quedado sin soporte la normativa que lo contempla.

En esas circunstancias concretas, como así concluimos en el Dictamen 175/2019, procedería la revisión de oficio del acto por la causa del artículo 47.1.f) de la LPAC.

Pero no es eso lo que sucede en el acto aquí enjuiciado, pues nada se ha alegado al respecto, aunque es preciso reconocer que el ayuntamiento, que no invoca tales preceptos, sí que alude a otro que, según argumenta, podría tener una virtualidad parecida, como es el **artículo 1.2 del Real Decreto-ley 20/2012**, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad

Pero, como razonaremos a continuación, **el mismo no es de aplicación al personal del sector público y, en todo caso, no prevé un límite a tales gastos de acción social sino un supuesto de incompatibilidad, que no está recogido en la actual normativa en vigor**.

Dice así el artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2012:

> Artículo 1. Régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares.
>
> 1. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público son incompatibles con cualquier retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas, de los entes, organismos y empresas de ellos dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales o que resulte de la aplicación de arancel, así como con cualquier retribución que provenga de una actividad privada, con excepción de las previstas en el artículo 10 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.
>
> A estos efectos se considera también actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia.
>
> 2. Las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquiera otra percepción económica al cese serán, asimismo incompatibles con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por Derechos pasivos, o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio.
>
> 3. Quienes cesen en los puestos que tengan prevista las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica a que se refieren los apartados 1 y 2 tendrán un plazo de quince días hábiles, a contar desde que concurra la incompatibilidad para comunicar ante la Oficina de Conflictos de Intereses del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el caso del sector público estatal, o al órgano competente de la Administración autonómica o local, su opción entre la percepción de las mismas o la retribución de la actividad pública o privada que estén desempeñando o, en su caso, percepción de la pensión de jubilación o retiro. La opción por la retribución pública o privada o por la pensión de jubilación o retiro, que se formalizará por escrito para su adecuada constancia, implica la renuncia a las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese.
>
> 4. La presente disposición tiene carácter básico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª y 156.1 de la Constitución Española.

De entrada, hay que descartar que su propósito sea establecer una regla sustantiva que forme parte, con carácter estructural y permanente, del régimen jurídico aplicable a los empleados públicos, pues no modifica el EBEP —como sí lo hacen los artículos 7 y 8 del Real Decreto-ley 20/2012—, ni invoca el artículo 149.1.18º de la CE.

Es una medida de contención de los gastos que persigue una mínima y fundamental homogeneidad que debe tomarse de forma inmediata para conseguirse la estabilidad presupuestaria y la garantía del equilibrio económico.

Igualmente, el artículo 1 del real decreto-ley no contiene ninguna prohibición ni suspende la aplicación de las pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y cualquier otra percepción económica prevista con ocasión del cese en cualquier cargo, puesto o actividad en el sector público. Su finalidad es más limitada, parte de la premisa de que existen tales prestaciones económicas al cese y lo que dispone es que su percepción es incompatible con la percepción de la pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio, debiendo la persona afectada en su derecho optar por una de ellas.

En primer lugar, el argumento más sólido acerca de su inaplicabilidad al personal al servicio del sector público es que responde a la *voluntas legis* expuesta por el Gobierno al aprobar el real decreto-ley, que la circunscribe estrictamente a los ex altos cargos que perciben cesantías.

La doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, a partir del artículo 86 de la CE con relación a los decretos-leyes, resulta del todo punto aplicable al Real Decreto-ley 20/2012.

Si en general la exposición de motivos de una norma es fuente predilecta para su correcta interpretación, esa condición de la exposición de motivos se agudiza cuando se trata de un real decreto-ley.

De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional —sintetizada, entre otras, en las SSTC 68/2007, de 28 de marzo, FJ 6; 31/2011, de 17 de marzo, FJ 3; 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4, y 1/2012, de 13 de enero, FJ 6—, el artículo 86 de la CE habilita, desde luego, al Gobierno para dictar, mediante real decreto-ley, normas con fuerza de ley, pero, en la medida en que ello supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno, constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que este dispensa, y, como tal, sometida en cuanto a su ejercicio a la necesaria concurrencia de todos los presupuestos circunstanciales y materiales enunciados en dicho precepto que lo legitime. Entre los que se incluyen, en lo que aquí importa, la imprescindible conexión entre la facultad legislativa excepcional y la existencia del presupuesto habilitante, esto es, una situación "de extraordinaria y urgente necesidad".

En particular, el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir a "situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes" (SSTC 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; y 137/2003, de 3 de julio, FJ 3).

Dos son los aspectos que tradicionalmente ha analizado el Tribunal Constitucional desde la perspectiva constitucional: por un lado, la presentación explícita y razonada de los motivos que han sido tenidos en cuenta por el Gobierno en su aprobación (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 5; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4); y, por otro lado, la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a ella (SSTC 29/1982, de 31 de mayo, FJ 3; 182/1997, de 20 de octubre, FJ 3, y 137/2003, de 3 de julio, FJ 4).

En cuanto a la definición explícita y razonada de una situación de "extraordinaria y urgente necesidad", por los órganos políticos, el alto tribunal ha precisado que ello no significa que la definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya siempre de contenerse en el propio decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. En efecto, el examen de la concurrencia del citado presupuesto siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo siempre tener presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del decreto-ley.

En este caso, la exposición de motivos de la norma es meridiana y delimita el ámbito potencial subjetivo del artículo 1 del real decreto-ley sin sombra de duda, mientras que en el debate parlamentario de convalidación, que deja constancia el diario de sesiones del Congreso de los Diputados del día 19 de julio de 2012, apenas existe consideración alguna sobre la medida —el representante del grupo que apoya al Gobierno se limita a consignar que se "declara también la incompatibilidad de las pensiones indemnizatorias de los ex altos cargos con otras retribuciones derivadas de actividades públicas o privadas"—.

Sin perjuicio de responder a la necesidad de reducir el déficit público y de incluirla en el marco más general del proceso de modernización y racionalización de las administraciones públicas, la exposición de motivos es nítida:

> En primer lugar, se regula con carácter básico la incompatibilidad de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares que perciben determinados ex altos cargos de carácter básico, con el objeto de que se perciba esta prestación sólo en el supuesto de que el ex alto cargo no realice ninguna otra actividad remunerada pública o privada.
>
> La medida se aplicará a los altos cargos de todas las Administraciones públicas, incluyendo los que prestan sus servicios en el sector público, entendiendo también por tal la actividad desarrollada por los miembros electivos de las Cortes Generales, Asambleas legislativas autonómicas y de las Corporaciones locales, órganos constitucionales, incluidos el Poder Judicial y el Ministerio Fiscal.

En segundo lugar, su vigencia limitada a dicho colectivo, que es el único que percibe cesantías, queda confirmada por modificaciones normativas posteriores que revelan, o bien dicha exclusión, o bien que ha decaído su pervivencia al tener una vocación meramente coyuntural o transitoria, porque sobre dicha materia han legislado las Cortes Generales ejerciendo la genuina potestad legislativa del Estado o el Gobierno ha aprobado un texto refundido, en el que no ha integrado la referida incompatibilidad como parte del régimen jurídico del empleado público.

Así, tal regla de incompatibilidad ha quedado plasmada en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración del Estado. Tras regular en su artículo 6 la compensación tras el cese —quienes tengan reconocido el derecho percibirán una

compensación económica mensual, durante un periodo máximo de dos años—, el artículo 7 reitera con entera fidelidad los mensajes del artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2020, con un ligero añadido, que a los efectos de este caso, carece de importancia.

Por el contrario, el TRLEBEP nada establece sobre tal incompatibilidad, pese a estar dictado en base a la delegación contenida en el artículo uno g) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, para aprobar, en el plazo de doce meses a partir de la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, "la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y las disposiciones en materia de régimen jurídico del empleo público contenidas en normas con rango de ley que la hayan modificado".

Lo que sí contempla el TRLEBEP, en su disposición final tercera, es una modificación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, en consonancia con idéntica disposición contenida en el EBEP, que además no entrará en vigor hasta que entren en vigor las leyes de función pública de las administraciones públicas que desarrollen el capítulo II del título III ("Derechos retributivos").

En definitiva, el legislador estatal mantiene la vigencia de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas y, dentro del citado régimen, lo dispuesto en su artículo tercero.2, que también establece una incompatibilidad retributiva, pero la circunscribe al desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y la percepción de pensión de jubilación o retiro por derechos pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio. Con dos añadidos, que "la percepción de las pensiones indicadas quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus actualizaciones" y "por excepción, en el ámbito laboral, será compatible la pensión de jubilación parcial con un puesto de trabajo a tiempo parcial".

Es preciso puntualizar, asimismo, que la suspensión en la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco de la aplicación de los artículos y cláusulas de los acuerdos, convenios o pactos de los empleados públicos en "los que se regulan premios, primas, indemnizaciones y cualquier tipo de prestación económica que se perciba con la jubilación voluntaria, cualquiera que fuera su denominación", es debida a las distintas leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En concreto, deriva del artículo 19.11 de la Ley 6/2011, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2012, suspensión sucesivamente prorrogada por las siguientes leyes de presupuestos, hasta el actual artículo 19.12 de la Ley 13/2019, de 27 de diciembre, por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2020, si bien se ve matizada con la siguiente adición: "No obstante, el Gobierno procederá durante el ejercicio 2020 a regular las condiciones, requisitos y cuantías de las prestaciones económicas destinadas a incentivar la jubilación con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria, tras un proceso específico de negociación colectiva con la representación del personal en la Mesa General de Negociación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, dentro del marco de establecimiento y regu-

lación de las medidas oportunas para la renovación y el rejuvenecimiento de las plantillas del personal al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, atendiendo a las circunstancias específicas de cada colectivo afectado y con respeto a los principios de equidad, igualdad de trato y no discriminación".

Esto es, es una decisión que toma el legislador vasco para el sector público dependiente de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, medida que ha adoptado a la vista de su incidencia económica, y que no está condicionada por el cumplimiento del Real Decreto-Ley 20/2020, sencillamente porque es de vigencia anterior (1/1/2012) a este (15/7/2012).

Respecto a su constitucionalidad, puede hacerse extensiva la doctrina que luce en la **STC 127/2019**, de 31 de octubre, respecto a medidas sustancialmente coincidentes previstas en la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad de Madrid, entre ellas, la suspensión del acuerdo sectorial del personal docente, cuyo artículo 7 versaba sobre la incentivación de la jubilación anticipada.

Expone lo siguiente:

> es claro que se trata de normas presupuestarias de contención de gastos de personal, adoptadas en ejercicio de la autonomía presupuestaria de la comunidad autónoma (art. 156.1 CE y 51 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid) y al amparo de las competencias de auto-organización (art. 26.1.1 del Estatuto de Autonomía), en relación con la determinación de las condiciones concretas de trabajo del personal al servicio del sector público de la Comunidad de Madrid.
>
> Los preceptos cuestionados no son propiamente normas en materia de empleo público sino que, en uso de las potestades autonómicas de auto-organización y disponibilidad de sus propios recursos, pretenden coadyuvar en el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria de la comunidad autónoma, afectando a la política retributiva de los empleados públicos. No persiguen regular con carácter general el régimen de suspensión o modificación de los acuerdos, pactos o convenios que hayan alcanzado las administraciones públicas con los representantes del personal a su servicio, sean estos funcionarios o laborales. Tienen un objetivo mucho más específico, ligado a condiciones concretas reconocidas a los empleados públicos de la Comunidad de Madrid, en el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía le atribuye para la organización de su propio personal y de la disciplina presupuestaria en relación con los gastos de personal, sin perjuicio de las competencias estatales ex art. 149.1 CE. Guarda relación con un variado conjunto de medidas legales, tanto estatales como autonómicas, de reducción del gasto y déficit público que han incidido en los últimos años en las condiciones laborales de quienes prestan servicios en la administración y en el sector público en general. Se trata, sin embargo, de una opción legítima que entra dentro del margen de libertad con que cuenta el legislador democrático, limitando la potestad de auto-organización de la administración respectiva.

La Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, entre otras, en la Sentencia nº 513 y 514/2014, de 22 de octubre (JUR 2015/15753), excluye expresamente la aplicación del artículo 1.2 del Real Decreto-Ley 20/2012 al personal fun-

cionario docente porque no son altos cargos, lo que no obsta para que quede suspendida la concesión de la prima de jubilación voluntaria por efecto de la Ley de presupuestos generales de Euskadi para el ejercicio 2012.

Ahora bien, **también puede articular una Administración local idénticas medidas de contención de los gastos de personal y lograr que queden suspendidas y, sin efecto, la aplicación de previsiones contenidas asimismo en tales instrumentos de origen negocial**.

Los artículos 32.2 y 38.10 del TRLEBEP permiten que, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas **puedan suspender o modificar el cumplimiento de convenios, pactos y acuerdos ya firmados**, en la medida estrictamente **necesaria para salvaguardar el interés público, informando a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación**. Entre otras, se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada **de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las administraciones públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público**.

Como ha dicho la STC 127/2019, de 31 de octubre, las dos normas:

> se refieren a la misma cuestión y establecen una regulación similar, si bien dicha normativa también atiende al hecho de que en las administraciones públicas pueden prestar servicios dos tipos de personal, funcionarial y laboral, que se regirán en cada caso por sus propias normas reguladoras. Esta diferenciación entre personal laboral y personal sujeto al régimen funcionarial que justifica el tratamiento de la cuestión en dos preceptos distintos del TRLEBEP obedece a que las dos regulaciones, pese a su similitud, responden a títulos competenciales diferentes. En cuanto tiene por destinatarios al personal laboral del sector público y a los acuerdos suscritos en relación con este tipo de personal, el art. 32.2 TRLEBEP ha de entenderse dictado al amparo de las competencias estatales en materia de legislación laboral (en un sentido similar, STC 99/2016, de 25 de mayo, FJ 7, allí respecto a la fijación de una jornada mínima para los trabajadores del sector público), mientras que el art. 149.1.18 CE fundamentaría la regulación equivalente del art. 38.10, referido a los pactos o acuerdos que afecten a los funcionarios públicos.

Actuándose dentro de los límites y condiciones establecidos por ambos preceptos, **a la luz de la STC 127/2019, no puede discutirse la capacidad del ayuntamiento para, en ejercicio de sus potestades de autoorganización y disponibilidad de sus propios recursos, diseñar su política en materia de gastos de personal**.

En definitiva, si bien podemos comprender que el Acuerdo de condiciones aprobado en el año 2008 puede encontrarse en varios aspectos desfasado, por ejemplo, por no tener en cuenta las modificaciones legales habidas en materia de Seguridad Social respecto a la jubilación anticipada del personal funcionario sujeto al régimen general**, no podemos concluir que el acto sometido a revisión, que lo ha aplicado, mediando un Plan Estratégico, implique la**

adquisición de facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Es un hecho incontrovertido que **el citado acuerdo de condiciones no ha sido denunciado ni ha quedado derogado tras la correspondiente negociación, tampoco se ha declarado la ilegalidad de sus artículos 95 y 96 ni ha quedado suspendida su aplicación en base al artículo 38.10 del TRLEBEP**.

Es más, el ayuntamiento lo ha completado aprobando un Plan Estratégico de Jubilaciones 2019-2020, cuyo contenido se presume válido, manteniéndose, por tanto, sus efectos (artículo 39.1 LPAC) y, si el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de marzo de 2020 se revisara, se produciría una contradicción insalvable con el contenido declarativo del Plan de 2 de enero de 2019, que reconoce el derecho a la prima por jubilación voluntaria anticipada a don IAM.

En cualquier caso, **la ley contempla que los programas de racionalización de recursos humanos puedan incluir entre sus medidas incentivos a la jubilación voluntaria**. Tales incentivos no desbordan el campo de la acción social, tal y como parece haber sido este definido por el Tribunal Constitucional, y pueden canalizarse, asimismo, como mejoras de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social, objeto de negociación colectiva, a fin de mitigar las consecuencias desfavorables que para el cálculo de la pensión del funcionario jubilado produce su anticipación voluntaria.

No hay constancia de que se hayan infringido los límites impuestos por el Estado en los años 2019 y 2020 a los gastos en materia de acción social del personal al servicio del sector público, sin que, en el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las corporaciones locales, exista una incompatibilidad retributiva en el percibo de tales primas y la percepción de la pensión de jubilación correspondiente al régimen general de la Seguridad Social.

La obligada conclusión es que **no procede la revisión de oficio al no darse el supuesto previsto en el artículo 47.1.f) de la LPAC**.

DCJA 175/2020 párrs. 67 a 117

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

Interesa especialmente detenerse en esta cuestión dada **la aparente confusión con la que se plantea la causa de nulidad por parte de Lanbide**.

Por un lado, la Resolución del Director General de Lanbide por la cual se acuerda dar inicio a la revisión del acto identifica como causa de la misma la prevista en el apartado f) del artículo 47.1 de la LPAC, esto es, considera que nos encontramos ante un acto expreso, contrario al ordenamiento jurídico, por el que la empresa adjudicataria ha adquirido facul-

tades o derechos, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. La aplicación de esta causa de nulidad se encuentra abierta al ámbito de la contratación del sector público en la medida en que nos encontramos ante un acto del procedimiento de adjudicación, concretamente, el acto definitivo que lo resuelve, y una de las causas previstas en el en el artículo 47 de la LPAC; precepto al que se remite el artículo 39.1 de la LCSP.

Sin embargo, al margen de la consideración general sobre la vía jurídica utilizada por el organismo público para reconducir la situación generada en el procedimiento contractual en curso ─asunto trascendente en el caso que nos ocupa y que posteriormente retomaremos─, **consideramos más acertada, a los efectos de la revisión de oficio, la calificación efectuada en el informe jurídico que sirve como propuesta de adjudicación, referida a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 39.2 de la LCSP para la específica materia de los contratos del sector público: la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.**

Esta causa de nulidad se encuentra recogida, como decimos, en el apartado a) del artículo 39.2 de la LCSP, junto con la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, la falta de clasificación, cuando esta proceda, o el estar la empresa adjudicataria incursa en alguna de las prohibiciones para contratar.

La causa referida a la habilitación profesional guarda cierta semejanza con las que se refieren a la solvencia de la empresa o la clasificación, si bien presenta algunas características específicas. **Se trata de una aptitud legal para contratar con el sector público, un requisito previo al contrato, y, por ello, debe estar acreditada en la fecha de la adjudicación del contrato**, ya que no puede adjudicarse el contrato a una empresa que carece de la habilitación necesaria para prestar el servicio ─Resolución 30/2013, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TARC)─.

La diferencia existente con respecto a la exigencia de solvencia ha provocado cierta confusión en relación con la posibilidad de acreditar estas circunstancias mediante medios ajenos a la propia empresa o empresas que se presentan a una licitación pública.

En este contexto, aún por definir con total certeza, la postura que esta Comisión considera más razonable para este caso es la plasmada por el TARC en su Resolución nº 507/2019, de 9 de mayo.

El TARC se enfrentaba, como aquí, **ante el problema de una empresa de seguridad privada debidamente autorizada e inscrita en el Registro de Empresas de Seguridad existente en el Estado, pero cuya autorización no comprende alguna de las prestaciones y actividades contempladas en la entonces vigente Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada** ─actualmente sustituida por la Ley 5/2014, de 4 de abril─.

Su resolución analiza los preceptos reguladores de la materia (seguridad privada) para tratar de **dilucidar si existe una prohibición para contratar con una empresa que no cuenta con todas las habilitaciones exigibles en atención al objeto del contrato**, poniendo atención, por un lado, en los preceptos que regulan el régimen sancionador y, por otro lado, en lo

dispuesto sobre una posible subcontratación de los servicios de seguridad en el reglamento que desarrolla la ley ─Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad privada─.

El análisis de los preceptos del citado marco normativo **lleva al TARC a concluir que no existe una prohibición expresa al respecto y que tampoco puede inferirse esa prohibición del resto de los preceptos de la ley y el reglamento. De esta forma, razona que es posible contratar con una empresa de seguridad que no cuente con la habilitación específica para prestar el servicio de la central receptora de alarmas aunque el contrato también incluya esa prestación, siempre que la ejecución de esa parte de la prestación contractual se lleve a efecto por una empresa que sí dispone de la correspondiente habilitación, y esta última ha sido debidamente identificada por la empresa o empresas licitadoras antes de la adjudicación del contrato**. En estas condiciones, la incorporación a la ejecución del contrato de la empresa que ostenta la habilitación necesaria podría realizarse, en su caso, a través de la subcontratación.

Es preciso igualmente reconocer que **este criterio no es pacífico**. Nuestro propio **Órgano de Recursos Contractuales (OARC) ha defendido la tesis contraria en su Resolución 77/2018**, de 15 de junio, **al considerar la habilitación como un requerimiento personalísimo que**, a diferencia de la solvencia, **no puede acreditarse con la incorporación de terceros en la ejecución de la prestación contratada**.

En cualquier caso, con la prudencia que se ha de tener en una cuestión que, como decimos, no es pacífica, y sobre la que el debate se ha planteado únicamente en un ámbito administrativo como es el del recurso especial en materia de contratación, **la Comisión estima que debe imponerse en este caso el criterio adoptado por el TARC** en la citada Resolución nº 507/2019 por tres **motivos**:

a) En primer lugar, por su cercanía en el tiempo y la semejanza del asunto dictaminado con el analizado en la citada resolución.

b) En segundo lugar, porque su argumentación encuentra mejor acomodo, como hemos visto, en el contexto sectorial que nos ocupa y, más concretamente, con lo dispuesto en los artículos 14.3 y 49.4 del ya citado Real Decreto 2364/1994. El primero de estos artículos contempla con naturalidad la posibilidad de subcontratar los servicios de seguridad con terceros, siempre que se haga con empresas inscritas en los correspondientes registros y autorizadas para la prestación de los servicios o actividades objeto de subcontratación. El segundo, refiriéndose a la actividad de verificación personal de las alarmas y de respuesta a las mismas a realizar por el personal de las centrales receptoras de alarmas, establece, por su parte, que "para los servicios a que se refieren los dos apartados anteriores, las empresas de seguridad explotadoras de centrales de alarmas podrán contar con vigilantes de seguridad, sin necesidad de estar inscritas y autorizadas para la actividad de vigilancia y protección de bienes, o bien subcontratar tal servicio con una empresa de esta especialidad".

c) En tercer lugar, porque con ello se logra uno de los objetivos del actual marco regulador de los contratos públicos, como es la participación de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) en la contratación pública.

En definitiva, **la causa de nulidad que debería ser apreciada por Lanbide, en su caso, sería la prevista en el apartado a) del artículo 39.2 de la LCSP**. En ese análisis, se ha de tener en cuenta que las empresas que contratan con la Administración la prestación de servicios de seguridad que incluyen prestaciones para las cuales es preciso obtener diferentes habilitaciones o autorizaciones no deben disponer necesariamente de todas las habilitaciones necesarias, pudiendo acreditar alguna de esas habilitaciones, mediante la subcontratación de las prestaciones sobre las que aquellas se despliegan con empresas que sí disponen de la habilitación correspondiente.

D) La viabilidad de la revisión

En el presente caso, **la revisión afecta únicamente al acto de la adjudicación, puesto que el contrato, una vez considerada la existencia de la causa de nulidad, no se ha llegado a formalizar**.

Debemos partir, en cualquier caso, de **lo dispuesto en los pliegos en relación con el requisito de habilitación profesional cuya ausencia funda la revisión**. Es reiterado y reconocido el principio que establece que los pliegos de cláusulas conforman la ley del contrato (*lex contractus*) y vinculan en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación como a las administraciones o entes del sector público contratantes, a salvo, claro está, de los supuestos de nulidad de pleno derecho por su carácter insubsanable.

En el caso que nos ocupa es precisamente este punto de partida el origen del problema puesto que **el pliego de cláusulas que rigió la licitación** no es que olvidase referirse a la exigencia de las habilitaciones necesarias para prestar las diferentes actuaciones de seguridad que incluía el contrato, sino que, como se ha establecido en el relato de los hechos, **excluyó expresamente tal necesidad en la cláusula referida a esta cuestión** (cláusula 21).

El problema se planteó una vez adjudicado el contrato porque, al verificar la documentación presentada por Área 7, **tras la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación, el resultado de esa verificación resultó positivo al presentar la empresa toda la documentación que exigía el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato**.

Solo una vez adjudicado el contrato, y al contrastar la oferta con el marco normativo correspondiente a los servicios de seguridad privada, se advirtió que la empresa Área 7 **carecía de la habilitación necesaria para la prestación del contrato correspondiente a central receptora de alarmas**.

La posterior actitud tanto del organismo público como de la empresa Área 7 tampoco clarifica la situación generada por el defecto del pliego de cláusulas que rigieron la licitación del contrato.

Desde la perspectiva de Lanbide, no se aprecia cuál era objetivo del organismo autónomo al ofrecer a la empresa adjudicataria la posibilidad de presentar alegaciones. Por un lado, y dado que ya se conocía que Área 7 no disponía de la citada habilitación y el pliego no establecía

ninguna limitación a la subcontratación de esa parte de la prestación, puede interpretarse que lo que se pretendía era tratar de subsanar el problema ofreciendo a la empresa adjudicataria la oportunidad de proponer que tal prestación se realizaría por una empresa subcontratada que sí dispusiera de la correspondiente habilitación. Sin embargo, por otro lado y dado que en ningún momento se hace referencia alguna al defecto del pliego y a la posibilidad de salvar la habilitación mediante la subcontratación, también parece que el trámite de alegaciones constituyó únicamente un paso o trámite previo a la revisión de oficio de la adjudicación.

Igual o más confusas resultan las alegaciones de la empresa Área 7. Presenta una solución en la que una empresa de la cual afirma ser fundadora y poseer el 9,51 % de las acciones (Grupo On Seguridad, S. L.), y que, a su vez, es citada en repetidas ocasiones en la "Propuesta de Mejoras Técnicas" que incluía su oferta —documento que no se ha incorporado al expediente que se acompaña a la petición de consulta—, tiene la habilitación necesaria para prestar el servicio de central receptora de alarmas.

En su solución, que afirma haber sido admitida en ocasiones anteriores, Lanbide contrataría los servicios de central receptora de alarmas con la empresa Grupo On; contratos que serían registrados en la Ertzaintza y sobre los cuales la empresa Área 7 únicamente se encargaría de la labor administrativa de facturación del servicio al tener cedida por parte del citado Grupo On la cesión de cobro. Para todo ello se afirma que ambas empresas cuentan con un mismo apoderado. Finalmente, confirma su oferta en lo referido a que con ello no se pretende realizar una subcontratación.

Esta solución, sin embargo, tampoco resuelve los problemas planteados por la licitación y no encuentra el necesario acomodo en la LCSP. De un lado, se niega la subcontratación, pero tampoco se llega a acreditar un control sobre la empresa que dispone de la habilitación en cuestión como para entender que no es más que un recurso propio de la empresa Área 7. De otro lado, se pretende fragmentar el objeto del contrato desgajando la parte correspondiente al servicio de central receptora de alarmas para que sea esa tercera empresa, empresa que no se ha presentado formalmente ni siquiera como subcontratista, la que suscriba esa parte del contrato con el organismo público.

En tales circunstancias, la única solución viable por parte del adjudicatario sería la de subcontratar a la empresa Grupo On, pero, a la vista de la opción planteada en sus alegaciones, se ha de recordar lo dispuesto en los apartados 4, 5, 7 y 8 del artículo 215 de la LCSP, sobre la subcontratación:

a) El apartado 4 establece que los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal, que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato. Este apartado añade que el conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal. Todo ello constituye un obstáculo insalvable para materializar la intención de que los contratos de la prestación referida al servicio de central de recepción de alarmas se formalicen con Grupo On.

b) El apartado 5 establece que en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 71 (prohibiciones para contratar). En este caso, sin embargo, se desconoce si la oferta presentada por Área 7 preveía acreditar estas circunstancias con respecto a la empresa Grupo On y, de ser así, cuándo y cómo pretendía hacerlo.

c) El apartado 7 establece que los subcontratos y los contratos de suministro a que se refieren los artículos 215 a 217 tendrán en todo caso naturaleza privada, mientras que la solución planteada por Área 7 pasa por formalizar un contrato entre Lanbide y Grupo On; solución que convertiría el contrato en administrativo, como resultado de lo dispuesto en los artículos 3.3 y 25.1 de la LCSP.

d) Finalmente, el apartado 8 establece que, con carácter general, los subcontratistas no tendrán acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos. En la solución de Área 7, sin embargo, al formalizar parte del objeto del contrato con la empresa Grupo On, esta debería tener, lógicamente, la acción que corresponde a cualquier persona que contrate directamente con la administración.

Por tanto, tampoco la solución planteada por la empresa adjudicataria permite solventar los problemas planteados en la licitación.

Teniendo todo esto en cuenta, **la Comisión estima que debe replantearse la vía de solución adoptada por Lanbide.** Tal y como hemos adelantado, la revisión de oficio es una vía de carácter excepcional cuya utilización por parte de la Administración carece de sentido cuando la ley prevé procedimientos específicos más adecuados para hacer frente a una situación como la que se presenta.

Aunque es cierto que la empresa adjudicataria Área 7 carece de la habilitación necesaria para desarrollar parte de la prestación contratada e, igualmente, tampoco ha acreditado debidamente su posible realización por parte de otra empresa subcontratada o sobre la que ostenta un auténtico control, lo cierto es que **el origen del problema se encuentra en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigieron la licitación, en el que no se exige tal habilitación**.

Con estos condicionantes, **la revisión del acto de la adjudicación únicamente supondría volver al momento anterior al de la adjudicación, en el que se mantendría la discordancia existente entre lo dispuesto en el pliego y lo previsto por la normativa reguladora de la seguridad privada**.

Por su parte, **el artículo 152 de la LCSP prevé una opción que esta Comisión considera más ajustada a la problemática planteada en esta licitación**. De acuerdo con este artículo, **el órgano de contratación puede decidir no celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria**. Para ello, se establecen una serie de requisitos, entre los que se encuentran la notificación a los candidatos o licitadores y a la Comisión

Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Esta decisión, según añade el apartado 2 de este artículo, puede acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización, **compensando a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores** por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

Lo más importante, a juicio de esta Comisión, es que, conforme establecen los apartados 3 y 4 de este artículo, esta decisión solo puede adoptarse por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente, y deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de esa causa.

El Tribunal Supremo —Sentencia 346/2020, de 10 de marzo; recurso de casación 407/218— se refiere a este desistimiento regulado en el artículo 155 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, "como un medio o remedio para poner fin, antes de la adjudicación, a procedimientos afectados por vicios no subsanables"; definición que, salvando el momento del procedimiento en que puede ser adoptado, puede mantenerse en la regulación del artículo 152 de la LCSP. En este último caso, sin embargo, el momento límite del procedimiento en el que puede adoptarse es el de la celebración del contrato, observándose mayor coherencia en cuanto al momento en el que la propia ley considera que aquel queda perfeccionado.

Como señala el Tribunal Supremo, con el desistimiento se garantiza mejor el principio de eficacia del actuar administrativo consagrado en el artículo 103.1 de la Constitución "pues se contribuye de manera definitiva a evitar tanto la tramitación íntegra de un expediente de contratación que no podrá ejecutarse, como los mayores prejuicios que una contratación inviable pueda llegar a ocasionar a la Administración".

En el caso que nos ocupa, **es constatable que lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigieron la licitación infringía la normativa de seguridad privada en cuanto que excluía la necesidad de acreditar habilitación profesional alguna cuando, como todas las partes admiten, en el presente caso, además de la habilitación para prestar el servicio de instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad, era preciso, dado que el contrato incluía esa prestación, la habilitación específica para la prestación del servicio de central receptora de alarmas**.

El artículo 18 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, de seguridad privada, no deja lugar a dudas en cuanto a la necesidad de obtener autorización administrativa previa e inscripción, por parte de las empresas de seguridad privada, para desarrollar las actividades consideradas como tales por la propia ley, entre las que se encuentra la de central receptora de alarmas [artículo 5.1.g) de la ley].

Por su parte, el artículo 10.1.c) de la misma Ley 5/2014 prohíbe expresamente "la prestación de servicios de seguridad privada incumpliendo los requisitos o condiciones legales de prestación de los mismos".

El artículo 152 de la LCSP (apartados 3 y 4) permite, además, la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación, siempre y cuando el pliego que rija la nueva licitación adecúe su contenido e incluya la exigencia de las habilitaciones contempladas por la legislación de seguridad privada.

Ello supone, por tanto, que **Lanbide puede decidir no formalizar el contrato, desistiendo de su celebración, y plantear una nueva licitación en la que se exija a los licitadores las habilitaciones profesionales necesarias**.

Por todo lo expuesto, **la Comisión no puede informar favorablemente la revisión de oficio** de la adjudicación planteada por el organismo autónomo Lanbide.

DCJA 105/2020 párrs. 34 a 72

La Comisión ha de ceñir su pronunciamiento a la concurrencia o no de las **causas de nulidad de pleno derecho previstas en el ordenamiento jurídico y, en este concreto supuesto, a la prevista en el artículo 32.c) del TRLCSP —carencia o insuficiencia de crédito—**.

Se ha de reparar, así, en la especificidad de la materia de contratación del sector público, fundamentalmente cuando esa nulidad afecta a los actos preparatorios o a la adjudicación de los contratos regulados en el TRLCSP.

En efecto, el TRLCSP establece en su artículo 32 las causas de nulidad de derecho administrativo, incorporando en su apartado c) "la carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley".

Se trata de una causa de nulidad que, como su propia descripción anuncia, **traslada al ámbito de la contratación una clásica medida de disciplina presupuestaria** que ha venido tradicionalmente recogida —y así se mantiene— en la normativa financiera de las diferentes administraciones públicas.

Con ello no se hace sino proclamar y aplicar en una materia específica, como es la de la contratación, el **principio presupuestario clásico de especialidad en su vertiente cuantitativa y que, a su vez, responde al principio de legalidad presupuestaria, recogido en el artículo 134.2 de la Constitución** (CE): principio conforme al cual las obligaciones económicas de la Administración válidamente nacidas de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente, siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición.

Junto a la anterior afirmación, también ha de entenderse que esa posición, privilegiada frente a los demás deudores, de que goza la Administración como consecuencia de su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria no permite en ningún caso el desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias, siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las leyes.

El efectivo cumplimiento de dicho principio reside en la garantía del control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa., tanto en el Estado como en el resto de las administraciones públicas.

El Tribunal Constitucional —por todas, Sentencia (STC) 294/1994, de 7 de noviembre de 1994 (RTC 1994, 294)— describe esta situación como un "peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, y la legalidad presupuestaria en el régimen jurídico de las obligaciones pecuniarias del Estado [...] cuyas vicisitudes aparecen condicionadas en su exigibilidad y momento del pago a la existencia del correspondiente crédito presupuestario consignado en los Presupuestos Generales del Estado".

Este entrecruzamiento —señala— tiene su raíz en la separación o desconexión entre los créditos presupuestarios y la fuente de las obligaciones del Estado o título jurídico del cual pueden nacer válidamente sus obligaciones económicas. Como afirmó la STC 63/1986 (RTC 1986, 63), "los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales del Estado no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que según Derecho las generen".

La descrita relación entre los créditos presupuestarios y las obligaciones económicas de la Administración permite concluir, por tanto, que **la ausencia o insuficiencia de crédito,** a los efectos de su consideración como un supuesto de nulidad de pleno derecho, **no puede limitarse a una cuestión formal**, esto es, a la simple constatación de la reserva contable de un importe nominalmente consignado y reservado para un fin o un tercero determinado, **sino que debe ser considerado como una ausencia o insuficiencia de crédito real que impida el cumplimiento de la obligación, sin desatender los límites de las autorizaciones otorgadas en el presupuesto.**

Ello quiere decir, en primer lugar, que **para anular el acto en cuestión se precisa que esa vinculación y disposición del gasto sin la debida consignación presupuestaria se produzca en el momento de la adopción del acto** —en este caso, la licitación o adjudicación del contrato—, y no como consecuencia de situaciones sobrevenidas como, por ejemplo, reducciones en el presupuesto derivadas de la adopción por parte de la Administración de medidas económicas que supongan recortes presupuestarios.

Además de lo anterior, para que el acto incurra en esta causa de nulidad **es preciso que mediante el mismo se produzca una disposición efectiva de un gasto, por un determinado importe económico, que obligue a la Administración a abonar el importe en cuestión si**

se cumplen las condiciones establecidas en el mismo, sean estas de carácter normativo o, como es el caso, derivadas del propio contrato. No es suficiente, por contra, que el acto adoptado genere una simple expectativa en favor de un tercero, sobre todo si aquel ya se ha adoptado condicionando su ejecución a la existencia de previa consignación presupuestaria.

En tercer lugar, **la ausencia o insuficiencia de crédito debe ser referida al presupuesto, pero teniendo en cuenta todos los mecanismos contenidos en la legislación presupuestaria para acomodar las autorizaciones de gasto incorporadas en los presupuestos a los concretos actos y negocios de orden económico** a través de los cuales se generan las obligaciones de pago de la Administración (p. ej., régimen de vinculación de créditos o el de posibles modificaciones de créditos anuales o plurianuales).

E) La viabilidad de la revisión

Llegados a este punto, hemos de confrontar los hechos constatados en el supuesto sometido a consulta con el régimen de invalidez contemplado en la LPAC y en el TRLCSP; concretamente, como decimos, con el supuesto de nulidad previsto en el artículo 32.c) del TRLCSP.

Los hechos avanzados en el apartado correspondiente muestran que el contrato prevé diferentes prestaciones. Para las previstas en los cuatro primeros apartados [suministro eléctrico (P1), mantenimiento (P2), garantía total (P3) y obras de mantenimiento (P4)], la mancomunidad aprobó un crédito plurianual para los 10 años del contrato.

El apartado quinto (P5) se refiere a inversiones en ahorro energético y energías renovables, pero se autofinancia con los ahorros que producirían esas inversiones, por lo que tampoco plantea un problema presupuestario ni funda la nulidad.

El problema se plantea con el apartado sexto (P6), **que se refiere a trabajos complementarios y para el cual no se vinculó crédito presupuestario alguno**.

En relación con estos últimos, la cláusula 1 del PCA establece que **se trata de trabajos no programados relacionados con el alumbrado público en el marco de este contrato y que no correspondan a trabajos específicos de la prestación P4**.

El PCT, por su parte, se refiere a estos trabajos como aquellos que "realizará el contratista a petición o no, según el caso, de los Ayuntamientos y previa aprobación por parte de los servicios técnicos municipales del presupuesto de los trabajos elaborados a partir de los precios unitarios ofertados por el contratista sobre la base de los precios recogidos en el anexo A".

En consecuencia, en relación a la prestación contemplada como P6, **la mancomunidad no asume un gasto cierto cuando se formalizó el contrato, y el contratista tampoco adquiere un derecho a ejecutar y facturar unos trabajos determinados, sino que se trata de trabajos que deben ser analizados y aprobados previamente por la mancomunidad. Por tanto, en el momento en el que se formalizó el contrato las prestaciones determinadas**

contaban con el crédito presupuestario necesario y suficiente para hacer frente a las obligaciones nacidas del mismo.

Igualmente relevante resulta, a los efectos que nos ocupan, **que esta causa de nulidad se alegue una vez transcurrido más de la mitad del plazo total previsto para su ejecución, que es de 10 años**. Durante todo el periodo que transcurre desde marzo de 2013 hasta febrero de 2019, según la información facilitada en el informe elaborado por la secretaria municipal —que cumplía asimismo las funciones de intervención en el momento de la adjudicación del contrato—, se ha abonado a la empresa en concepto de prestaciones contempladas en el apartado P6 del contrato un importe total de 1.409.974,39 euros. En dicha información se han aportado asimismo las partidas presupuestarias a las que se ha imputado en cada caso el gasto, aclarando que, dada la naturaleza de los trabajos comprendidos en el apartado P6 del contrato, **en varios ejercicios hubo que proceder a la tramitación de modificaciones presupuestarias para poder hacer frente a las necesidades de gasto planteadas; situación que entra dentro de la normalidad en el marco de la ejecución de cualquier presupuesto público**.

La Comisión estima, asimismo, que **para ejercicios futuros la mancomunidad puede incluir en su presupuesto las autorizaciones de gasto previsibles o, en caso de no disponer de tales previsiones, acudir nuevamente a las modificaciones presupuestarias oportunas**. En cualquier caso, esta Comisión entiende que **el problema no es tanto de existencia de crédito en el presupuesto de la Administración contratante sino de su correcto reflejo contable y, en estas condiciones, tampoco puede hablarse de falta de consignación presupuestaria durante la ya larga vida del contrato**.

Puede entenderse que la falta de previsión en la licitación del importe que, previsiblemente, la mancomunidad iba a dedicar a la prestación contemplada como P6 constituye una irregularidad en el procedimiento de contratación, pero esta irregularidad resultaría, en su caso, del contraste de lo actuado con lo previsto en el artículo 88 del TRLCSP para el correcto cálculo del valor estimado del contrato a efectos, por ejemplo, de la determinación del órgano competente o de su publicación en los diarios oficiales pertinentes. Sin embargo, la Comisión estima que **esa irregularidad no compromete la validez del contrato por la causa alegada por la mancomunidad**, teniendo en cuenta que el contrato fue adjudicado en el año 2013 y se ha ejecutado, incluso en lo referido a la prestación P6, durante un plazo que ya supera los 5 años.

Tal y como se afirmaba en la STC 67/1984 (RTC 1984, 67), fundamento jurídico 4º, "los privilegios que protegen a la Administración no la sitúan fuera del ordenamiento (...)".

Si no fuera así, la Administración, como añade esta misma sentencia, podría demorar indefinidamente el pago o cumplimiento de obligaciones legales y dejar sin efecto los derechos subjetivos de crédito de los particulares válida y legítimamente contraídos, escudándose simplemente en la no inclusión en los presupuestos de los fondos necesarios para ello.

Como ya hemos advertido en otras ocasiones, **el poder de revisión de los propios actos que otorga la ley a las administraciones públicas**, cuando estas actúan a iniciativa propia,

se confiere para que a través de la restauración de la legalidad de la actuación administrativa **se alcancen fines públicos** (artículo 103 CE) y, **toda vez que no se aprecia en la revisión la concurrencia de un interés público, se ha de evitar el ejercicio de esta potestad excepcional** para que, simplemente, la legalidad brille sin efecto práctico alguno o con efectos negativos para todas las partes afectadas.

DCJA 109/2020 párrs. 50 a 75

III. Instrumentos urbanísticos

El Ayuntamiento de Azkoitia, que **ha instado la revisión del acuerdo de aprobación definitiva de la modificación de las Normas Subsidiarias, entiende que este se encuentra aquejado de un vicio de nulidad radical, a tenor del artículo 47.2 de la LPAC, al no haberse cumplimentado el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de planes y programas**.

Con arreglo al artículo 47.2 de la LPAC, son "nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Antes de examinar si concurre la causa de nulidad invocada, hay que recordar que esta Comisión viene manteniendo una línea restrictiva en la interpretación de las causas de nulidad de pleno derecho.

La posibilidad legal atribuida a las administraciones públicas de revisar de oficio sus propios actos y disposiciones en cualquier momento es una facultad excepcional que quiebra la seguridad jurídica y queda, por ello, reservada a supuestos de quebrantamiento del derecho extraordinariamente graves, ante los cuales dicha seguridad jurídica debe ceder, por resultar de todo punto inadmisible su presencia en el ordenamiento.

Esa singularidad de la vía exige un control estricto de la concurrencia del requisito y, sobre todo, en el caso de una disposición general es preciso que en modo alguno sea posible una interpretación conforme de la misma que excluya su nulidad.

Pues bien, la Comisión comparte las razones esgrimidas por la Administración municipal para la revisión de oficio del Acuerdo del Pleno de 30 de enero de 2019, de aprobación definitiva de la 4ª modificación de las Normas Subsidiarias de planeamiento del Ayuntamiento de Azkoitia en la Áreas 3 San Martín, 24 San Juan y 25 Basarrate.

Pese a la complejidad normativa ya analizada, es notorio que, **en este caso, no ha quedado culminado el procedimiento de evaluación ambiental estratégica aplicable a los planes y programas**.

Tanto porque no se ha efectuado el trámite de información pública y consultas, tal y como viene exigido por la LEA, como por lo que se refiere a la falta del análisis técnico del expediente y confección de la declaración ambiental estratégica por parte del órgano ambiental.

Antes que nada, procede recordar que la evaluación de impacto ambiental es un procedimiento dentro de otro procedimiento más amplio, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 53/2017, de 11 de mayo (FJ 3):

> …estamos ante un instrumento de tutela ambiental preventiva fundamental y con un importante cariz procedimental. Esta característica es consustancial, de hecho, a su propia concepción y finalidad, ya que la evaluación ambiental se articula como un trámite complejo y esencial para cohonestar el desarrollo económico con el deber de protección del medio ambiente que tienen todos los poderes públicos, conforme al artículo 45 CE, en aras de un desarrollo sostenible. Su fin es garantizar la adecuada integración de los aspectos ambientales en el marco de los distintos procedimientos administrativos que rigen la elaboración y adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos que estén sometidos a dicha evaluación, para que las autoridades competentes conozcan y valoren las repercusiones que estos pueden tener en el medio ambiente, consideren las alternativas ambientalmente viables, y establezcan las necesarias medidas de prevención, corrección y, en su caso, compensación de los efectos adversos para el medio ambiente. Ello con independencia de que dichos planes, programas o proyectos sean —en función del ámbito material en los que se adopten— competencia estatal, autonómica o local. Es desde esta perspectiva desde la que hay que entender la definición de la evaluación ambiental dispuesta en el artículo 5.1 de la Ley 21/2013, según el cual estamos ante un "procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos".

También que, respecto a los planes y programas, el artículo 6 de la LEA establece dos procedimientos distintos para materializar la evaluación ambiental estratégica —la evaluación ambiental estratégica ordinaria o simplificada—. Los únicos supuestos excluidos son los previstos en el artículo 8.1 de la LEA, de suerte que la normativa estatal fija una regla general: el sometimiento a evaluación ambiental estratégica, sea ordinaria o simplificada, de todo plan o programa y sus modificaciones relativos a sectores materiales con incidencia medioambiental, admitiendo solamente excepciones tasadas en función del objeto del plan o programa. Tal esquema es básico y constituye norma básica de protección ambiental (STC 109/2017, de 21 de septiembre).

En este caso no vamos a entrar a dilucidar cuál tendría que ser de ambos procedimientos el que debiera seguirse para evaluar la modificación de las NNSS que se analiza —cuestión siempre difícil por cuanto que, no solo habría que tener en cuenta el artículo 6 de la LEA, sino también la LGPMA y el Decreto 211/2012, que pueden incidir en dicha distribución al poder aprobar la Comunidad Autónoma normas adicionales de protección del medio ambiente, es decir, normas más exigentes— a la vista de cuál ha sido la tramitación efectivamente seguida,

habiendo entendido procedente el ayuntamiento y, sobre todo, el órgano ambiental, lo que es verdaderamente relevante, que debía seguirse la evaluación ambiental estratégica ordinaria.

Partiendo, pues, de que el procedimiento a seguir es el de la **evaluación estratégica ordinaria**, cumple recordar que el artículo 17 de la LEA fija los siguientes **trámites**: a) solicitud de inicio; b) consultas previas y determinación del alcance del estudio ambiental estratégico; c) elaboración del estudio ambiental estratégico; d) información pública y consultas a las administraciones públicas afectadas y personas interesadas; e) análisis técnico del expediente; y f) declaración ambiental estratégica.

Puede decirse que las tres primeras fases han quedado correctamente ejecutadas, no así las restantes, como se viene a reconocer por la Administración municipal que, como órgano sustantivo, debía haberlas llevado a cabo ─**el órgano ambiental no ha podido formular la declaración ambiental estratégica porque ni tan siquiera le ha sido remitido el estudio ambiental estratégico y el resultado de las consultas e información pública**─, lo que motiva la presente iniciativa.

Parece oportuno destacar que la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, forma parte de las "normas mínimas respecto a la preparación del informe sobre el medio ambiente, la aplicación del procedimiento de consulta, la consideración de los resultados de la evaluación medioambiental y el suministro de información sobre la decisión adoptada al término de la evaluación" (Caso Terre wallonne ASBL y otros contra Región wallonne. Sentencia de 17 junio 2010 ─TJCE 2010\179─).

El trámite de información pública y consultas a las administraciones públicas afectadas y personas interesadas está regulado en los artículos 21 y 22 de la LEA, al igual que en el artículo 12 del Decreto 211/2012.

El artículo 21 de la LEA dispone que el promotor elaborará la versión inicial del plan o programa teniendo en cuenta el estudio ambiental estratégico, y presentará ambos documentos ante el órgano sustantivo, y este "someterá dicha versión inicial del plan o programa, acompañado del estudio ambiental estratégico, a información pública previo anuncio en el 'Boletín Oficial del Estado' o diario oficial correspondiente y, en su caso, en su sede electrónica. La información pública será, como mínimo, de cuarenta y cinco días hábiles". Se añade, además, que en la documentación se incluirá, asimismo, un resumen no técnico del estudio ambiental estratégico. Y se ordena que se adopten las medidas necesarias para garantizar que la documentación "tenga la máxima difusión entre el público, utilizando los medios de comunicación y, preferentemente, los medios electrónicos".

A su vez, el artículo 22 de la LEA establece que, simultáneamente al trámite de información pública, "el órgano sustantivo someterá la versión inicial del plan o programa, acompañado del estudio ambiental estratégico, a consulta de las Administraciones públicas afectadas y de las personas interesadas que hubieran sido previamente consultadas de conformidad con el artículo 19". La consulta se podrá realizar por medios convencionales, electrónicos o cualesquiera otros, siempre que se acredite la realización de la consulta. Las administraciones públicas afectadas y las personas

interesadas dispondrán de un plazo mínimo de cuarenta y cinco días hábiles desde que se les somete la versión inicial del plan o programa, acompañado del estudio ambiental estratégico para emitir los informes y alegaciones que estimen pertinentes.

Esa exigencia de información pública y consulta durante un plazo de cuarenta y cinco días responde al mandato del artículo 6 de la Directiva 2001/42/CE, que se instaura, como dice su parte expositiva: "a fin de contribuir a dotar de mayor transparencia el proceso decisorio y a fin de garantizar que la información presentada para la evaluación sea exhaustiva y fidedigna, es necesario establecer que las autoridades competentes en la cuestión medioambiental de que se trate y el público sean consultados durante la evaluación de los planes y programas y, además, deben fijarse unos plazos adecuados con tiempo suficiente para las consultas, incluida la expresión de opiniones" (párrafo 15).

En cuanto al análisis técnico del expediente, el artículo 24 de la LEA permite al órgano ambiental, resumidamente, requerir la subsanación o solicitar información adicional al órgano sustantivo, a la vista del expediente de evaluación ambiental estratégica completo remitido, integrado por: a) la propuesta final de plan o programa; b) el estudio ambiental estratégico; c) el resultado de la información pública y de las consultas, incluyendo en su caso las consultas transfronterizas, así como su consideración; y d) un documento resumen en el que el promotor describa la integración en la propuesta final del plan o programa de los aspectos ambientales, del estudio ambiental estratégico y de su adecuación al documento de alcance, del resultado de las consultas realizadas y cómo estas se han tomado en consideración.

Por último, es obvio que **sin la declaración ambiental estratégica, que aprueba el órgano ambiental, no puede afirmarse que el plan o su modificación ha sido objeto de evaluación ambiental estratégica**.

Nada tiene que ver el documento de alcance con la declaración ambiental estratégica con la que finaliza la evaluación ambiental estratégica ordinaria y que se pronuncia sobre la integración de los aspectos ambientales en la propuesta final del plan o programa, pese a que ambos documentos los elabora el órgano ambiental (definiciones del artículo 5 LEA).

Tampoco cabe confundir las competencias del órgano sustantivo para adoptar o aprobar el plan o sus modificaciones con las del órgano ambiental que formula la declaración ambiental estratégica. Esa disociación, que pretende garantizar la especialización técnica, así como una mínima independencia y objetividad en el proceso de la evaluación de impacto ambiental respecto del órgano que ha de autorizar o aprobar el plan o sus modificaciones, resulta "necesaria para que esta técnica de control previo pueda cumplir sus fines de protección ambiental" (STC 53/2017, de 11 de mayo).

De su importancia da debida cuenta el artículo 25.2 de la LEA cuando señala que "la declaración ambiental estratégica tendrá la naturaleza de informe preceptivo, determinante y contendrá una exposición de los hechos que resuma los principales hitos del procedimiento incluyendo los resultados de la información pública, de las consultas, en su caso, los de las consultas transfronterizas, así como de las determinaciones, medidas o condiciones finales que deban incorporarse en el plan o programa que finalmente se apruebe o adopte".

De todo **se concluye que no es posible, formalmente, continuar con el procedimiento de aprobación del plan o del programa en tanto no se emita la declaración ambiental estratégica**, y, materialmente, el carácter determinante del informe supone que el órgano sustantivo competente para aprobar el plan o el programa no puede sin el mismo formarse un válido criterio sobre las cuestiones medio ambientales que están afectadas, pues para ello debe contar con el pronunciamiento del órgano ambiental.

No parece cuestionable, en definitiva, que el Acuerdo del Pleno de 30 de enero de 2019, de aprobación definitiva de la 4ª modificación de las Normas Subsidiarias de planeamiento del Ayuntamiento de Azkoitia en la Áreas 3 San Martín, 24 San Juan y 25 Basarrate, se encuentra aquejado de un defecto que debe llevar a su nulidad radical.

Así lo declaran, cuando no se ha realizado la evaluación ambiental, en relación a planes generales de ordenación o sus revisiones, entre otras, las STS de 3 febrero 2015 (RJ 2015\764), de 7 abril 2015 (RJ 2015\1971) o la de 2 de marzo de 2016 (RJ 2016/1287), o la nº 717/2017, de 26 abril (RJ 2017\2032).

Incluso **la** propia **LEA establece la sanción jurídica que merece su infracción** al establecer en su **artículo 9.1**, segundo párrafo, que "**carecerán de validez los actos de adopción, aprobación o autorización de los planes, programas y proyectos** que, estando incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley no se hayan sometido a evaluación ambiental, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, puedan corresponder".

Para reforzar la idea de la **inviabilidad de la aplicación de los principios de conservación y de convalidación cuando se trata del trámite de evaluación ambiental estratégica**, procede recordar que la STC 109/2017, de 21 de septiembre, declaró la inconstitucionalidad del artículo 33.1.a) de la Ley del Parlamento de Baleares 12/2016, de 17 de agosto, de evaluación ambiental de las Islas Baleares, porque permitía, en caso de omisión de la tramitación ambiental o de contravención de las condiciones fijadas en la misma, la subsanación de la evaluación omitida o no respetada, por ser contraria a la legislación básica contenida en el artículo 9.1, segundo párrafo, de la LEA.

Por el contrario, no fue impugnada la letra b) del mismo artículo 33.1 de la Ley 12/2016 que imponía la declaración de nulidad de los acuerdos tomados o la reposición de la realidad física alterada al estado originario (supuesto aplicable lógicamente al caso de la ejecución de proyectos sometidos a evaluación ambiental).

En resumen, la revisión de oficio persigue la declaración de nulidad para que la norma urbanística municipal se apruebe con arreglo al procedimiento legalmente establecido.

De otro lado, la revisión propuesta no se separa del carácter excepcional del mecanismo revisor y se desenvuelve dentro de los límites que establece el artículo 110 de la 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.

Por tanto, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio resulta conforme a derecho, a fin de que se depure el ordenamiento jurídico y se invalide una norma que no es acorde con la legalidad.

DCJA 64/2020 párrs. 51 a 82

IV. Límites a la revisión de oficio

Se hace preciso rechazar *ad limine* que pueda ser objeto de revisión la Resolución de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 3 de abril de 2019, por la que se dispone, en ejecución de sentencia, el abono de la cantidad de 144,312 € reclamada por el ertzaina don CDG en concepto de indemnizaciones por razón del servicio.

Dicha resolución se limita a dar cumplimiento a la Sentencia 27/2019, de 6 de febrero, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz, lo que resulta obligado con arreglo a las exigencias constitucionales derivadas de los artículos 24.1, 117.3 y 118 de la Constitución (CE).

En particular, como dispone el artículo 104.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), luego de que sea firme la sentencia se comunicara a fin de que se lleve a puro y debido efecto y se practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. Es más, a la luz del artículo 109 de la LJCA corresponde al juez o tribunal garantizar la efectiva ejecución de la sentencia y decidir cuantas cuestiones se planteen sobre la misma (artículo 117.3 CE)

No hay que olvidar tampoco que el artículo 103.3 de la LJCA declara que son nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

En este caso, **la sentencia obliga a reconocer la producción de un acto administrativo por silencio positivo, con el abono de la cantidad reclamada por el interesado. Y desde luego ese acto, con ese contenido, no puede revisarse**.

Tanto por la obligación que incumbe a la Administración de dar cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones de los jueces y tribunales por imperativo constitucional (artículo 118 CE), **como por la imposibilidad jurídica de revisar lo declarado por una sentencia con efecto de cosa juzgada, manifestación del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, que constituye una de las vertientes del derecho a la tutela judicial efectiva** (consagrada por el artículo 24.1 CE).

De otro lado, a la vista del planteamiento expuesto en la propuesta de resolución, en el que se distingue un motivo de nulidad de pleno derecho principal (aplicación improcedente del silencio administrativo) y otro subsidiario (improcedencia de la indemnización reclamada de conformidad con la normativa aplicable), procede recordar igualmente **que a través del pro-**

cedimiento de revisión no puede enjuiciarse lo decidido en la Sentencia 27/2019, de 6 de febrero, del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Vitoria-Gasteiz.

Es doctrina consolidada de esta Comisión que **para que sea procedente el cauce de la revisión de oficio ha de tratarse de actos cuyo control de legalidad no ha salido de la esfera de la propia Administración, ya que si han sido objeto de control jurisdiccional el resultado de este es vinculante para la propia Administración**.

En este caso, declarada la nulidad del acto denegatorio de la indemnización y de la resolución que desestima el recurso de alzada por haberse producido de forma previa un silencio positivo, **un nuevo acto que, negando la existencia del silencio positivo por la vía de la revisión de oficio, rechazara la indemnización sería contrario a la cosa juzgada.**

Precisamente por los matices específicos de la cosa juzgada en el proceso contencioso-administrativo, como dice la STS de 25 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5411) "no cabe fijarse exclusivamente en la existencia formal de un acto distinto, ya que este puede ser producido o provocado al efecto, sino que debe examinarse el fondo de la decisión administrativa impugnada para ver si pese a que existan dos actos aparentemente distintos en el fondo es la misma decisión la que se somete a enjuiciamiento".

En el fondo, la solicitud de revisión se orienta al mantenimiento de dos actos cuya nulidad fue decretada mediante sentencia firme, en base a una tesis rechazada por el juzgado que la enjuició, pues son idénticos los presupuestos subjetivos y objetivos de tal petición: la falta de los requisitos necesarios para la producción del silencio positivo.

La cosa juzgada constituye una exigencia de seguridad jurídica, a fin de poner término a las controversias, cualquiera fuera la entidad de estas, y de evitar un nuevo planteamiento, con el riesgo de que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.

El efecto de cosa juzgada también recae sobre la forma en la que debe operarse para el restablecimiento del derecho conculcado, una vez que ha sido debidamente resuelto por la sentencia a la vista de la forma en que el interesado lo propuso en su demanda. En este caso, ello excluye que se dicte un acto que niegue la producción del silencio positivo.

Es cierto que las explicaciones ofrecidas por el juzgador en relación al cómputo del plazo podrían entenderse como expresivas de un error: si el plazo comienza cuando don CDG presenta la reclamación, el 31 de marzo de 2017, no concluye para dictar y notificar la resolución hasta el 31 de junio de 2017, que es cuando trascurren los tres meses, por lo que el 8 de junio de 2017 no existe silencio positivo. Sin embargo, también cabría deducir que la sentencia acoge la tesis del letrado del demandante en el sentido de que habría que comenzar el cómputo del plazo desde la fecha de presentación de las liquidaciones, que debían haber sido cursadas con anterioridad a la firma del jefe de la unidad, que las suscribe el 23 de enero de 2017, por lo que el plazo habría concluido, en todo caso, el 23 de abril de 2017, produciéndose el silencio positivo.

Pero si existían dudas, no consta que, cuando menos, se solicitara aclaración de la sentencia en base al artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial (LOPJ).

Si el error judicial era patente, como ahora se defiende, no siendo susceptible la sentencia de recurso alguno, ni de revisión por no incluirse en los supuestos del artículo 102.1 de la LJCA, **se tenía que haber solicitado la nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la LOPJ** por infracción del artículo 24.1 de la CE, que, de no ser estimada, podría permitir acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional [artículo 44.1.a) de la Ley Orgánica 2/1979] o formular una demanda de reclamación de indemnización por causa de error judicial prevista en el artículo 293 de la LOPJ (STS de 4 de abril de 2016, recurso 12/2014).

En resumen, **no cabe acudir a la revisión de oficio para poner en cuestión y exigir un reexamen de la sentencia por entenderse que el Juzgado ha aplicado de forma errónea el plazo para la producción del silencio administrativo**.

La sentencia firme ha de ejecutarse en sus propios términos: "Ello, con independencia o pese a la opinión, criterio o valoración que cualquiera pueda tener sobre la hipotética corrección de ella misma o del procedimiento en que se dictó" (STS de 25 septiembre 2007, RJ 2007\7161).

En definitiva, lo dicho hasta ahora, es suficiente para denegar la procedencia de la revisión de oficio de la Resolución de la Directora de Recursos Humanos del Departamento de Seguridad de 3 de abril de 2019.

DCJA 30/2020 párrs. 28 a 46

I. Extinción del contrato

A) Causas de resolución

Así las cosas, **para el ejercicio de la facultad resolutoria bastaría**, por tanto, en el supuesto práctico que nos ocupa, **dado su carácter objetivo, con que se incumplieran gravemente las obligaciones de aportación de medios materiales comprometidos en el contrato y necesarios para la correcta ejecución de las tareas de limpieza y jardinería objeto del mismo**.

Nos encontramos con que se han previsto en el pliego determinados condiciones de la ejecución de apreciación objetiva, no sujeta a juicio de valor, cuya aceptación y compromiso de realización es aceptado por la mercantil tanto en la licitación como en la firma contractual, lo cual, en principio, nos evadiría de consideraciones subjetivas sobre las circunstancias que acaecen en la prestación.

No obstante, la inclusión en los pliegos o en el contrato de un supuesto cuyo incumplimiento pueda determinar la resolución contractual —en base a la previsión en este sentido de la LCSP— **debe obedecer a las reseñadas características de gravedad y sustancialidad, sin que baste su mera mención en los documentos contractuales para que operen las potestades de resolución contractual atribuidas a la Administración**. Habrá de estarse, por tanto, a la constatación de en qué manera ese incumplimiento se equipara a una inobservancia total o esencial de la prestación contractual ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante incumplimientos ordinarios que pueden corregirse, al menos inicialmente, a través del sistema de penalidades que pudiera estar establecido.

Así se manifiesta la jurisprudencia al estimar que la circunstancia objetiva del mero incumplimiento como razón justificativa para la resolución del contrato es una afirmación que no puede compartirse sin matices; siendo, en coherencia con la exigencia de un interés público que preside la contratación administrativa, necesario la concurrencia de culpa por parte del contratista y que esta sea relevante (por todas, STS de 14 de junio de 2002).

En este sentido, es de señalar que la propia Comisión Jurídica Asesora, en su Dictamen 148/2009, indicó que "la culpa es fundamental para fijar la procedencia o no de la resolución contractual por la causa que se propone, y la conclusión acerca de la concurrencia de 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".

Sin entrar nuevamente a reproducir el detalle de los aspectos recogidos en la descripción de los hechos, nos referiremos a una serie de circunstancias que entendemos pueden darse por acreditadas en el expediente y que ponen en evidencia que **el incumplimiento de la falta**

de adscripción de medios materiales está provocando una prestación inadecuada del contrato.

La falta de adscripción de los medios materiales requeridos en los pliegos se ha puesto de manifiesto en informes de fechas 4 de octubre de 2019 y 21 de febrero y 7 de julio de 2020 —existen referencias en el expediente de otros informes similares de fechas 31 de mayo y 3 y 28 de junio de 2020, si bien no constan en la documentación administrativa—. Además, se han impuesto, al menos, tres sanciones graves por incumplimientos en el contrato.

En el procedimiento se han confrontado las diferentes posturas durante la ejecución del contrato, sin que haya habido un acercamiento entre las mismas, sino que, por el contrario, se han constatado las diferencias existentes entre las partes. El contratista, a pesar de los diferentes requerimientos, no parece reconocer la obligatoriedad de prestar el servicio, como mínimo, con los medios referenciados en los pliegos; más bien al contrario, de sus alegaciones se desprende que considera suficientes los medios destinados al fin contractual y que con ellos satisface la prestación comprometida.

El informe de 4 de octubre de 2019, además de la imposición de penalidades, ya refería la posibilidad de establecer un plazo máximo para la incorporación de la totalidad de la maquinaria. Posteriormente, en el de 21 de febrero se reitera la necesidad del mismo requerimiento, pero, incluso tras la apertura del expediente de resolución contractual, el 7 de julio se reitera la falta de material y se describen episodios en los que se constata la grave afectación al servicio que tiene dicha carencia.

Los pliegos que fueron objeto de la licitación contenían evidentemente la relación de medios materiales que debían aportarse en exclusividad al servicio y los mismos se tienen en cuenta a la hora de establecer los precios de licitación (clausulas 6.3.1 y 6.3.2).

Más aún, el propio pliego en su cláusula 6.3 contiene la posibilidad de que, una vez finalizado el contrato, los vehículos, maquinaria y herramientas aportadas en exclusividad al servicio podrán ser adquiridos de manera preferente por el Ayuntamiento de Alonsotegi. El precio será el resultante de aplicar un coeficiente lineal de amortización anual del 12 % al coste inicial declarado por el contratista en el momento de la licitación, según cláusula 10.2. c) del presente pliego.

Desde este punto de vista se producen dos realidades. Por una parte, la ya apuntada por el expediente de ahorro de costes por parte del contratista, ya que **la no puesta a disposición de medios materiales o la puesta a disposición de no nuevos supone un menor conste de inversión.** Y por otra, **se imposibilita la posible adquisición de los medios materiales por parte del ayuntamiento a la finalización del contrato.**

Tal y como hemos referido, el compromiso de adscripción de medios personales o materiales a la ejecución del contrato se configura en el artículo 76.2 de la LCSP como un "plus de solvencia", una obligación adicional a los requisitos mínimos de solvencia de proporcionar unos medios concretos, en el caso de que se resulte adjudicatario.

Referido a dicho compromiso, el artículo 150.2 de la LCSP regula que los servicios correspondientes deberán realizar las comprobaciones necesarias para asegurar la veracidad de las afirmaciones de la empresa seleccionada. Es decir, la Administración deberá efectuar, generalmente previa a la materialización del contrato, las comprobaciones necesarias para que el adjudicatario acredite disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2. En caso de no disponerse de los medios comprometidos, la propia ley prevé que se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, además de establecer una serie de penalidades.

Además, **este plus de solvencia se convierte, en fase de ejecución, en condición esencial del contrato, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato o a la imposición de penalidades**, en virtud de lo recogido en el artículo 211.1.f) de la LCSP, lo que en este concreto supuesto se estableció con claridad en los pliegos y en el contrato suscrito.

Mediante la aceptación de las condiciones especiales de ejecución el contratista se obliga a prestar el servicio contando una serie de medios adecuados para la prestación del servicio y requeridos en los pliegos. Se trata de una condición previa de ejecución del contrato en el que se requiere la existencia de maquinaria nueva y adecuada para la realización de las tareas. Lo correcto en este caso es que, previamente a la adjudicación del contrato, se hubiera comprobado la veracidad de los compromisos del licitador y, en caso contrario, haber entendido su oferta como no presentada, con las posibles consecuencias que ello hubiera podido acarrear.

En todo caso, lo que no es aceptable es que la empresa *motu proprio* decida alterar las condiciones de ejecución utilizando medios que ella considera suficientes pero que no se ajustan a los compromisos descritos en los pliegos ni en el contrato. Cualquier variación en los medios comprometidos o incidencia en los mismos durante la vida del contrato debería ser comunicada inmediatamente al ayuntamiento a los efectos de solventar las posibles vicisitudes que se pudiera generar o evitar la generación de sanciones.

Aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que ahora se examina, queda claro en el expediente que **la mercantil no ha actuado correctamente al prestar el servicio con medios materiales insuficientes y que dicho motivo ha tenido una afección importante a la prestación del servicio. Lo cual ha generado sucesivas actuaciones del personal municipal tendentes a solventar las carencias detectadas, cuyo fruto ha sido escaso**.

Efectivamente, es a la contratista a quien correspondía acreditar el cumplimiento de la obligación de dedicar los medios necesarios para la ejecución del contrato cuando fue requerida para ello en reiteradas ocasiones, o, en su caso, justificar las circunstancias que motivan dicha ausencia y la manera de solventar la carencia.

Lo que no parece adecuado es que desde el inicio de la ejecución del expediente no se efectúe el cumplimento del compromiso de la adscripción de los medios materiales que figuran en los pliegos.

Por ello, al proponer el Ayuntamiento la resolución del contrato únicamente se limita a actuar en defensa de los intereses municipales ante la voluntad deliberadamente rebelde y obstativa del actor al cumplimento del contrato.

Por consiguiente, en virtud de lo expuesto, como se indica en la propuesta de resolución, procede la resolución del contrato [arts. 221.1.g) de la LCSP] ya que la contratista, además de no destinar al contrato de servicios los medios materiales necesarios para su correcta ejecución, no ha prestado debidamente el servicio, sin que exista justificación razonable sobre dicho comportamiento, para lo cual ha sido reiteradamente conminada sin que en los plazos de respuesta ofrecidos haya variado su postura de manera sustancial para satisfacer las obligaciones que debía cumplir.

DCJA 144/2020 párrs. 36 a 57

Demora en el cumplimiento de los plazos

Por tanto, partiendo de la existencia de un incumplimiento del contrato, bien sea por considerar que el mismo no se ha completado en el plazo convenido, bien porque se entienda que nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso, **se ha de valorar si la actuación del contratista justifica la adopción directa de la resolución del contrato**.

En principio, es reiterado y reconocido el principio que establece que los pliegos de cláusulas conforman la ley del contrato (*lex contractus*) y vinculan en sus propios términos tanto a los licitadores que concurren a la licitación como a las administraciones o entes del sector público contratantes, a salvo, claro está, de los supuestos de nulidad de pleno derecho por su carácter insubsanable.

Partiendo así de lo dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), su cláusula 33 establece que el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando este haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción del Ayuntamiento de Eibar, la totalidad de la prestación.

Esta misma cláusula recoge la posible subsanación de los defectos observados, si bien esto solo podrá tenerse en cuenta cuando las deficiencias detectadas no afecten de forma sustancial al objeto del contrato.

Sobra decir que, **si los defectos en la ejecución afectaran a la mayor parte de las acciones comprendidas en el mismo, su subsanación puede carecer de sentido** por resultar materialmente imposible sin que el plazo se prorrogue en tal medida que el contrato y su adjudicación acaben desnaturalizados en relación con la adjudicación inicial. **Por ello, es importante, no solo reflejar, sino también ponderar los defectos advertidos en el cumplimiento del contrato**.

Es igualmente relevante a los efectos que nos ocupan lo previsto en la cláusula 25 en cuanto al régimen de pagos. De acuerdo con lo establecido en esta cláusula, la periodicidad de los pagos se establece contra la entrega y visto bueno de la técnica de economía a cada uno de los informes previstos en el pliego para las diferentes fases de ejecución del contrato. Los pagos se distribuirían así:

a) Un 20 % del importe contra la entrega del informe correspondiente a la fase 1.

b) Un 15 % del importe contra la entrega del informe correspondiente a la fase 2.

c) Un 15 % del importe contra la entrega del informe correspondiente a la fase 3.

d) Un 15 % del importe contra la entrega del informe correspondiente a la fase 4.

e) Un 15 % del importe contra la entrega del informe correspondiente a la fase 5.

f) Un 20 % del importe contra la entrega del informe final de conclusiones.

Teniendo en cuenta esta cláusula, también se ha podido detectar alguna fisura en la actuación municipal que puede poner en cuestión la valoración técnica del contrato. Así, de acuerdo con el régimen de pagos ya adelantado, **los pagos se debían realizar contra la entrega de los informes correspondientes a las distintas fases; informes que debían obtener el visto bueno de la técnica de economía. Sin embargo, aunque las acciones de la Fase 1 tienen una valoración negativa en los informes técnicos aportados por el ayuntamiento, el contratista alega haber presentado su informe referido a esa fase y haber recibido la retribución parcial prevista en el PCAP, lo que presupone la valoración y el visto bueno de los servicios técnicos durante la vida del contrato**.

En esa misma línea, tampoco resulta coherente en el planteamiento del ayuntamiento que las fases mejor valoradas por los servicios técnicos sean la 4 y la 5, cuando estas deberían haberse realizado una vez obtenida la valoración positiva de ciertos servicios de las fases previas.

Por otro lado, la cláusula 27 del PCAP se refiere al cumplimiento defectuoso. Dentro de esta cláusula, el apartado b) contempla el incumplimiento, por causa imputable al contratista, del plazo total de ejecución del contrato, cuando no se haya optado por su resolución, previendo la imposición de penalidades que podían imponerse incluso con anterioridad a la recepción del contrato. En este caso, el ayuntamiento ha optado por la resolución excluyendo la posibilidad de imponer penalidades que prevé esta cláusula, suponemos que por la gravedad y magnitud del incumplimiento. No obstante, más allá de suposiciones, estimamos necesario para proceder a la resolución explicitar en la medida de lo posible esa ponderación para garantizar la proporcionalidad de la decisión resolutoria adoptada por el ayuntamiento.

Aunque el plazo está considerado como un elemento esencial en los contratos del sector público y su incumplimiento por causa imputable al contratista permite a la Administración proceder a la resolución, esta decisión resolutoria ha de hacerse ponderando en cada caso concreto las circunstancias concurrentes y afectantes al interés público,

sin que proceda aquella de modo automático. Así se expresa el Tribunal Supremo en su jurisprudencia [recogida, entre otras, en las Sentencias de 14 de diciembre de 2001 (STS 9850/2001), y de 14 de junio de 2002 (STS 4346/2002) en las que se examinan supuestos en los que se ha incumplido el plazo final de ejecución].

Decimos esto porque, **si se reduce el incumplimiento a la cuestión del plazo, el ayuntamiento debería justificar** —y ni siquiera se ha planteado— **el motivo por el cual ha optado directamente por la resolución, sin intentar reconducir la situación utilizando el procedimiento alternativo menos expeditivo** previsto en la cláusula 27 del PCAP. Incluso **asumiendo que nos encontramos ante una decisión discrecional** del órgano de contratación, **ello no lo excusa de motivar sus actos, sino todo lo contrario, sobre todo cuando estos tienen, como es el caso, efectos negativos sobre los particulares**.

Tal y como se presenta la consulta, **el ayuntamiento pretende resolver el contrato por un incumplimiento del plazo de ejecución final, pero también deben entenderse incumplidos los plazos parciales al detectar irregularidades en todas las fases** de ejecución del contrato y especialmente en las tres primeras. **Sin embargo, no consta salvedad alguna al respecto durante la vida del contrato e, incluso, parece haberse abonado** —y, por tanto, validado— **parte del mismo** (Fase 1) y, en último término, **tampoco se aporta motivación alguna para justificar la necesidad de proceder a la resolución sin intentar previamente su debida ejecución aplicando los procedimientos previstos en el PCAP para resolver las situaciones de incumplimientos de plazo o de cumplimiento defectuoso**.

En estas circunstancias, **la Comisión no puede dictaminar favorablemente la resolución del contrato** en cuestión.

DCJA 124/2020 párrs. 34 a 46

Desistimiento por parte de la Administración

De acuerdo con la resolución de inicio del procedimiento, que puede considerarse propuesta de resolución, al enunciar los hechos y fundamento jurídicos de la decisión, **el órgano promotor entiende que procede el desistimiento unilateral del contrato al haber dejado de existir las razones de interés público que lo justificaban.**

Respecto a **la figura del desistimiento**, es de interés reflejar sus antecedentes. Según la doctrina especializada, el desistimiento como prerrogativa de la Administración se introdujo en la contratación administrativa por el Decreto de 9 de enero de 1953 que aprobó el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL), cuyo artículo 70 establecía: "Si la Administración desistiere de llevar a cabo lo que fuere objeto de la obligación contraída o considerase más conveniente asumir su ejecución directa en los casos permitidos en el artículo 311 de la Ley podrá denunciar el contrato con resarcimiento al contratista de los daños e indemnización de los perjuicios que se le causaren".

Posteriormente, el artículo 162 del Reglamento General de contratación del Estado (RGCE), aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, en su párrafo 4° equiparaba el desistimiento con la suspensión definitiva de las obras, al establecer que "el desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas", y preveía que el contratista —al igual que en la suspensión definitiva de las obras— "tendrá derecho al valor de aquellas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar", entendiéndose por beneficio industrial la cantidad resultante de aplicar el coeficiente del 6 por 100 al presupuesto de ejecución material con deducción de la baja de licitación en su caso.

En la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (LCAP), la figura del desistimiento se contemplaba como causa de resolución para el contrato de obras —artículo 150.e) LCAP: "el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a seis meses acordada por la Administración"—, en el contrato de suministro —artículo 193 b) LCAP: "el desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor"—, y para el contrato de consultoría y asistencia —artículo 214.b) LCAP: "el desistimiento o la suspensión del contrato por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor"—. En todos estos supuestos, los efectos eran idénticos: el contratista —en concepto de beneficio industrial— tenía derecho a un 6 % del precio de las obras dejadas de realizar (artículo 152.4 LCAP), un 6 % del precio de las entregas dejadas de realizar, en el caso del suministro (artículo 194.3 LCAP) y un 6 % del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar, para los contratos de consultoría y asistencia (artículo 215.3 LCAP). Esta misma regulación se recogía en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por su parte, el artículo 171.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de contratos de las administraciones públicas (RGCAP), utiliza los mismos términos que los empleados en el artículo 162 del RGCE antes citado y declara: "el desistimiento de las obras por la Administración tendrá los mismos efectos que la suspensión definitiva de las mismas".

En la Ley 30/2007, de 30 de noviembre, de contratos del sector público, se distingue el desistimiento en dos momentos: antes de la adjudicación del contrato y, una vez adjudicado el mismo, en fase de ejecución. **El primero es el desistimiento del procedimiento contractual, el segundo es el, propiamente, desistimiento del contrato**.

En la regulación aplicable al contrato, el **desistimiento del procedimiento** está contemplado en el artículo 155 del TRLCSP (antiguo artículo 139 LCSP), según el cual, "la renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración".

Además, este desistimiento solo se prevé para las causas previstas en el apartado 4 del artículo 155 del TRLCSP: "El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de

adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación".

El desistimiento del procedimiento contractual no constituye una forma de resolución del contrato por el motivo fundamental de que el contrato administrativo se perfecciona, según el artículo 27 del TRLCSP, con la formalización del mismo.

El artículo 155 del TRLCSP distingue entre la renuncia a la celebración del contrato y el desistimiento del procedimiento, por unos motivos tasados, que no impiden la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación. En cambio, la renuncia a la celebración del contrato solo podrá efectuarse "por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente" y "no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia" (artículo 155.3 TRLCSP).

Distinto al desistimiento del procedimiento contractual es el **desistimiento del contrato**, una vez perfeccionado este, pues no cabe olvidar que, conforme al artículo 1092 del Código Civil (CC), las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos. **El desistimiento del contrato es una excepción al principio *pacta sunt servanda*, esto es, cuando ya existe un contratista titular de unos derechos y obligaciones nacidos en virtud del contrato.**

Aunque no es inoportuno mencionar que en el ámbito privado el artículo 1594 del CC también contempla el derecho del dueño de la obra a desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. Tal utilidad se identifica en la jurisprudencia con el beneficio industrial que el contratista habría obtenido de haberse realizado el total de la obra, descontando el que, en su caso, haya cobrado del comitente por la parte de la obra realizada *hasta el desistimiento.*

En este supuesto de desistimiento del contrato ya no es la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios que haya podido irrogar a los licitadores, fundamentada en la confianza generada a los mismos, en el sentido de que razonablemente podría esperarse la celebración del contrato. Ahora supone algo distinto, ya que produce la extinción de un contrato, válidamente celebrado.

El desistimiento del contrato se regula en el TRLCSP [artículos 237 c), 299 b) y 308 b)] de forma semejante a la regulada en la LCAP y en el TRLCAP para el contrato de obras, para el contrato de suministros y para el contrato de servicios, respectivamente.

Es doctrina reiterada del Consejo de Estado que **esta posibilidad de desistimiento contractual constituye una de las prerrogativas de la Administración, que se halla investida de unas facultades excepcionales, que no son manifestación de un derecho subjetivo, sino potestades atribuidas por la ley para atender a los intereses públicos, produciéndose su ejercicio**, no de una manera automática, sino **cuando lo exija el mencionado interés público** implícito en cada relación contractual, dándose así ejecución al artículo 103 de la Constitución, en el sentido de servir con objetividad a los intereses generales, que en

el ámbito de la contratación administrativa se manifiesta en el cumplimiento del principio de "buena administración".

El ejercicio de la potestad resolutoria de la Administración se encuentra reglado desde el punto de vista formal y material, de tal forma que solo puede ser ejercida, según dispone el art. 224.1 TRLCSP "siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca".

Fuera de esta remisión genérica, como se ha destacado por la doctrina más autorizada, **la facultad de desistimiento del contrato no aparece regulada en el TRLCSP**, al igual que en toda la normativa anterior. **Así**, a diferencia del resto de los supuestos de resolución, **no se establece requisito alguno para su procedencia, ni regula la forma de su ejercicio, habiendo sido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, las que se han encargado de señalar las condiciones que debe revestir su ejercicio**, que vienen impuestas por razón del interés público.

En primer lugar, **esta facultad de desistimiento**, como potestad discrecional de la Administración, está limitada, como todas las de tal clase, por la norma general imperativa por la cual aquella **debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad**. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 abril 1999, RJ 1999\4362, de 23 de junio de 2003, RJ 4413, o Sentencia de 21 septiembre 2006, RJ 2006\6437, entre otras muchas).

Por su parte el Consejo de Estado ha venido insistiendo, por todos Dictamen de 14 de enero de 2019 (exp. 992/2018):

> Tanto en su Memoria correspondiente al año 2000 como en varios de sus dictámenes, este Consejo ha destacado que "el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca". Asimismo, frente a lo que ocurre en la contratación entre particulares, en la que el juego de la autonomía de la voluntad permite al dueño de la obra desistir del contrato por libre decisión (artículo 1.594 del Código Civil) "la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudirse cuando la prosecución de las actuaciones o de la ejecución del contrato perjudique el interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público" (dictámenes números 1.336/2005, de 17 de noviembre, 694/2017, de 5 de octubre, 811/2017, de 19 de octubre y 98/2018, de 15 de febrero).

El interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto. Igualmente, el Consejo de Estado ha admitido, en alguna ocasión, el desistimiento unilateral del contrato de obra por la Admi-

nistración, sin haber desaparecido su objeto, por el surgimiento de ciertas incidencias en la ejecución del contrato que imposibilitan la ejecución de aquel y que, aunque no puedan calificarse como incumplimientos imputables al contratista, aconsejan que sea relevado en aras al buen fin del contrato. Así, en el Dictamen 1949/2007, de 22 de noviembre, es favorable a la resolución por desistimiento unilateral de la Administración, "al no resultar de interés continuar con el mismo y por contar con los medios propios necesarios para su finalización", lo que recuerda a la expresión utilizada en el antiguo artículo 70 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (RCCL) de 1953, que hablaba del desistimiento de lo que fuere objeto de la obligación contraída o "considerase más conveniente asumir su ejecución directa en los casos permitidos en el artículo 311 de la Ley".

Por tanto, **en primer lugar, debe verificarse el requisito de que concurran razones de interés público —u otras circunstancias de carácter excepcional— que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato**. El Consejo de Estado se ha opuesto a aquellas resoluciones que carecían de una justificación objetiva suficiente. En la Memoria de 1986 recordó que la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual resulta innecesario o inconveniente ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir, que podrán ser diversas y de diferente intensidad.

El segundo requisito consiste en que queden a salvo los derechos económicos que, en tales casos, corresponden al o los contratistas, de manera que, no solo habrá que abonar los trabajos realizados hasta la fecha en que se acuerde el desistimiento, sino que también habrá que calcular las indemnizaciones que deben percibir las empresas adjudicatarias como consecuencia de los perjuicios sufridos por el desistimiento unilateral de la Administración y tendrá derecho a que le sea devuelta la garantía definitiva constituida.

Finalmente, aunque nada diga la ley sobre la imposibilidad de celebrar un nuevo contrato con el mismo objeto por la Administración, **en tanto persistan razones de interés público —u otras circunstancias de carácter excepcional—** que hacen innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, **lo lógico es que sea así**.

En ese sentido, **si la necesidad permanece la resolución debe instarse por una causa distinta, la recogida por el artículo 223.g) del TRLCSP, esto es, por la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos**, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I, en cuyo caso, el artículo 225.6 del TRLCSP establece que, al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución.

DCJA 119/2020 párrs. 45 a 63

Incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

Antes que nada, conviene recordar que estamos ante un **contrato administrativo especial**. En este sentido se ha venido pronunciando la Junta Central de Contratación (por todas, Resolución 29/2014, de 17 de enero), al considerar que los **contratos de explotación de un servicio de cafetería y comedor**, como es el supuesto aquí examinado, son los ejemplos característicos de contratos administrativos especiales, puesto que "no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante..., si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines; abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones".

En cuanto a los hechos, estos son meridianos: **pese a haberse prorrogado el contrato por mutuo acuerdo, la contratista, de forma unilateral, decidió desligarse de su ejecución antes de su finalización, alegando inicialmente que el negocio carecía de rentabilidad y posteriormente que se jubilaba**.

En cuanto a la causa de resolución, el Decreto 233/2020, de 18 de febrero, de la Alcaldesa de Pasaia menciona las previstas en el artículo 223 del TRLCSP, pero no subsume, de forma específica, en ninguna de ellas la que se considera producida en este caso. Ello no obstante, sí se señala que el "abandono o renuncia unilateral a la ejecución del contrato por parte del contratista constituyen un incumplimiento culpable".

Pues bien, como es sabido, una de las causas de resolución, según el artículo 223 del TRLCSP, párrafo f), es "el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato".

No ofrece duda que **la principal obligación contractual del adjudicatario de un contrato administrativo especial de explotación de un bar constituye obviamente la realización del servicio**, manteniendo el local abierto conforme al pliego de prescripciones técnicas particulares. **Se trata de una obligación que solo puede calificarse de esencial**.

En consecuencia, **el abandono o la renuncia unilateral a la explotación del bar por parte del contratista constituye un incumplimiento que justifica la resolución contractual por incumplimiento**.

En actual artículo 211.1.f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, lo expresa con mayor acierto, al distinguir la obligación principal del contrato y las restantes obligaciones esenciales, siendo estas últimas las que deben ser así calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo.

En cuanto a la alegación formulada por la contratista, en el sentido de que constituye motivo válido para dicho abandono o renuncia unilateral su jubilación el 29 de febrero de 2020, esta no puede ser atendida. Se desconoce si se trata de una persona sujeta al régimen

general o al r**égimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos** (lo que parece más probable), pero, a la vista de su fecha de nacimiento (16/02/1957) y el régimen dispuesto para la jubilación ordinaria, que es el mismo en ambos casos —artículo 318.d), artículo 205 y disposición transitoria séptima del Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre—, puede concluirse que no cumple el requisito de edad, por lo que no es aventurado pensar que se habrá acogido a la jubilación anticipada por voluntad del interesado (artículo 208 TRLSS).

En cualquier caso, si iba a jubilarse a lo largo del año de prórroga del contrato, lo correcto es que hubiera renunciado a dicha prórroga, tanto si esa jubilación ya era conocida —porque se iba a producir en la fecha de jubilación ordinaria— como si no lo era —porque era voluntaria—. En este último supuesto, al comprometerse a cumplir con los términos del contrato, se autoimpuso la obligación, vinculado por sus propios actos, de no acogerse a esa modalidad de jubilación durante el periodo de prórroga.

Desde luego, hay que excluir que constituya causa de resolución del contrato la prevista en el artículo 223.a) del TRLCSP, la incapacidad sobrevenida del contratista individual, ya que la ley alude a la incapacitación civil regulada en los artículos 199 y ss. del Código Civil.

En estas condiciones, **se ha acreditado un abandono en la explotación del bar por parte de la contratista, lo que ni tan siquiera se discute por parte de esta, lo cual constituye un incumplimiento grave de su obligación principal. Su carácter esencial resulta evidente**. Concurre, pues, la causa de resolución antes mencionada.

El incumplimiento ha de ser calificado de culpable respecto de la contratista, pues asumió obligaciones que luego no ha querido cumplir.

Sentado lo anterior, **es preciso analizar si procede, como pretende la Administración consultante, incautar la garantía definitiva prestada por la contratista**.

El artículo 225.3 del TRLCSP establece que "cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados". Además, se precisa que "la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada".

Esta Comisión comparte la doctrina del Consejo de Estado expuesta en el Dictamen 277/2016, de 21 de abril —que a su vez cita los antecedentes, entre otros, dictámenes números 318/2012, de 19 de abril, 633/2013, de 4 de julio y 352/2015, de 29 de abril—, en el sentido de:

> que el apartado transcrito no prevé la incautación de la garantía definitiva como un efecto asociado automáticamente a la resolución contractual por incumplimiento de la contratista. Esta previsión contrasta con la contenida en el artículo 113.4 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio ("cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del

> contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada"), precepto con arreglo al cual la resolución del contrato por dicha causa conllevaba la incautación de la fianza, sin perjuicio de la obligación de la contratista de indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios en lo que excediera del importe de la garantía (automatismo en la incautación que ha sido matizado en la doctrina del Consejo de Estado, al entenderse que, dada la función punitiva a la que atiende, tal incautación debía modularse a la vista del comportamiento de las partes en la vida contractual —dictamen 41/2011, de 24 de febrero—).
>
> Frente a lo dispuesto en el artículo 113.4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el artículo 225.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, la cual ha de hacerse efectiva sobre la garantía constituida, si bien la responsabilidad contractual subsiste en lo que exceda de su importe. Ello supone que, de ser superior el importe de la fianza al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debería ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma remanente tras hacerse efectiva la correspondiente indemnización.

Es cierto que el nuevo artículo 213 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha vuelto a la fórmula anterior, pero como ya hemos señalado anteriormente, la nueva ley no se aplica al contrato analizado.

De los datos que obran en el expediente y de otros igualmente notorios, puede llegarse a la verosímil conclusión de que, por lo menos, en una primera aproximación, **el incumplimiento del contratista no ha causado a la Administración unos daños y perjuicios concretos, susceptibles de ser indemnizados.**

No podemos abstraernos al realizar esa valoración de un hecho que sin duda hubiera influido gravemente en la ejecución del contrato. Según se señala en el Decreto 233/2020, de 18 de febrero, de la Alcaldesa de Pasaia, la segunda prórroga hubiera vencido el 30 de junio de 2020. Eso supone que la contratista ha dejado de prestar el servicio de bar a los jubilados de Trintxerpe desde el 28 de febrero de 2020 hasta el mencionado 30 de junio de 2020.

Pues bien, es de todos conocido que **la emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 ha impuesto la adopción de medidas inmediatas y eficaces** para hacer frente a esta coyuntura.

Si bien los contratos debían ejecutarse conforme a los términos convenidos *(pacta sunt servanda*), **tales circunstancias extraordinarias han ocasionado la adopción de medidas singulares en la contratación**, de las que son reflejo las dispuestas por el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

En este caso, **puede estimarse que la ejecución del contrato devino imposible por las medidas adoptadas por el Estado, la Comunidad Autónoma del País Vasco o, incluso, el propio Ayuntamiento de Pasaia para combatir la COVID-19**. Entendemos que no resulta

preciso referirnos a ellas singularizadamente, exponiendo las que han incidido específicamente sobre el contrato, pues nos basta con señalar que indudablemente el contrato hubiera quedado suspendido hasta que la prestación podría reanudarse.

Tras la declaración del estado de alarma, Euskadi no pasó a la fase III, en la que se modularon las estrictas medidas que afectaban a los locales de hostelería y restauración, hasta el 8 de junio de 2020 —a partir de entonces se pudieron reabrir al público los establecimientos de hostelería y restauración para consumo en el local, siempre que no se superase el 50 % de su aforo—. Por su parte, no es hasta que se dicta el Decreto 14/2020, de 18 de junio, del Lehendakari, por el que se declara la superación de la fase 3 del Plan para la desescalada, cuando se dejan sin efecto las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma y se establece la entrada en la nueva normalidad a partir de las 00:00 horas del día 19 de junio de 2020.

Pero incluso entonces la apertura del bar del Hogar de Jubilados, por el público al que estaba destinada su oferta, especialmente vulnerable, debía considerarse problemática y hubiera sido perfectamente entendible que el ayuntamiento la demorase por un tiempo añadido.

También corresponde referir que, **si bien la declaración de pandemia por parte de la OMS no se produjo hasta el 11 de marzo y el estado de alarma no se declaró hasta el dictado del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que el bar hubiera estado cerrado las dos semanas previas, sin dar servicio a los jubilados del municipio, ciertamente perjudicó a sus potenciales usuarios que no pudieron disfrutar de las instalaciones del bar, pero también pudo tener un efecto beneficioso para su salud, al tratarse de una medida que podría ser considerada acorde con el principio de prudencia**, a la vista de rápida propagación de la COVID-19 por todo el mundo, siendo posible recordar que los primeros casos de COVID-19 en Euskadi se detectaron el 28 de febrero de 2020.

En definitiva, **al no apreciarse, inicialmente, daños y perjuicios específicos derivados del incumplimiento del plazo de ejecución del contrato, no procedería la incautación de la garantía definitiva constituida y sí su devolución** (en los términos que establece el artículo 102 TRLCSP).

DCJA 127/2020 párrs. 33 a 57

II. Interpretación de contratos

Matizando la anterior afirmación, también es preciso recordar que, **aunque el órgano competente para contratar 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 (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**.

En este sentido, según una jurisprudencia inveterada, **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**, si bien, en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil (artículo 1281 y siguientes).

De estos preceptos, el que adquiere mayor relevancia en la tarea de resolver la duda interpretativa que se ha suscitado es el artículo 1281 del Código Civil, según el cual, **si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas 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 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, por un lado, porque la propia empresa ha instado a la Administración a ejercer esta prerrogativa**. Por otro lado, tal como hemos advertido en otros dictámenes (p. ej.: Dictamen 7/2018), hacemos 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).

Dado así el contexto en el que la Administración debe ejercer la prerrogativa de interpretación, ya se avanza que **la Comisión estima correcta la interpretación del Departamento de Seguridad**.

Para ello, se ha de partir de lo señalado en el clausulado del contrato conforme a la libertad de pactos que pregona el artículo 25 del TRLCSP.

En dicho clausulado queda claramente reflejado, por un lado, que la oferta de las empresas licitadoras para el Lote 2 debía reflejar de modo diferenciado el precio para: i) la hora diurna vigilante sin arma; ii) la hora nocturna/festiva vigilante sin arma; iii) el servicio de un mes de vigilante 24 horas sin arma; y iv) el servicio de un día de vigilante 24 horas sin arma.

También queda claramente reflejado que, si bien la fórmula prevista para la valoración de las ofertas es única, cada uno de los precios anteriormente señalados tiene una ponderación específica para cada uno de esos precios en la valoración global.

El anexo II del pliego de condiciones técnicas, por su parte, incluye la relación de centros y horarios correspondientes al lote 2 —palacios de justicia y centros de menores—. En la descripción de los servicios de seguridad a prestar en cada uno de los centros se constata que, en los palacios de justicia, el servicio correspondiente al CCTV [circuito cerrado de televisión] prevé 4 vigilantes H-24. En cuanto a los centros de menores, se constata la previsión de dos vigilantes identificados como H-24: uno para el servicio correspondiente al CCTV de Ibaiondo y otro para el Centro de Menores Landa.

El resto de servicios se encuentran definidos en el pliego de condiciones técnicas estableciendo el número de vigilantes y las horas en la que deben prestar el servicio.

Por tanto, **el sentido literal permite establecer una diferencia entre los servicios que deben ser considerados y facturados como H-24 y el resto de servicios previstos en el contrato**.

Abundando en el tema, y en apoyo de esta interpretación literal, la Comisión debe recordar que **nos encontramos ante un elemento esencial del contrato, como es el precio, que no solo tiene incidencia durante su ejecución y facturación, sino que también resulta esencial a la hora de presentar y valorar las diferentes ofertas y adjudicar el contrato**, puesto que el precio ofertado para los servicios identificados como ininterrumpidos durante 24 horas tiene una ponderación diferente a la del precio ofertado por horas diurnas o nocturnos/festivas.

La consideración del precio como un elemento esencial del contrato es una cuestión sobre la que no cabe discusión. El Tribunal Supremo lo afirma con rotundidad, por ejemplo, en la STS de 14 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1259), en la que recupera lo afirmado en la STS de 2 de junio de 2016 (RJ 2016, 3496): "Entre estos elementos que afectan a las características sustanciales de un contrato, se encuentra, obviamente, el precio". En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Así, la Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2008 (TJCE 2008, 132) (Caso Pressetext), afirma que "es evidente que el precio constituye una condición importante de un contrato público", mientras que, por su parte, la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004, 125) (Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra CAS Succhi de Frutta SpA), sostiene que constituye una alteración sustancial "modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago".

El único criterio establecido para la adjudicación fue el precio, si bien, como hemos adelantado, cada uno de los precios ofertados tenía una ponderación sobre la valoración global. Esto supone que las empresas licitadoras tuvieron que tener en cuenta esta circunstancia para presentar sus ofertas, buscando, en su caso, el precio más competitivo en aquellos servicios cuya ponderación fuese mayor en la valoración total.

Pues bien, en este proceso, y a tenor de lo que afirman tanto el informe de la Comisión Central de Contratación como el órgano de contratación, **la ponderación y valoración de esos precios ha tenido en cuenta la expresa calificación de los servicios prestados y valorados como ininterrumpidos por 24 horas, de manera que solo aquellos expresamente calificados como H24 tenían esa consideración**.

Alterar esta circunstancia ante la solicitud planteada por la empresa adjudicataria, una vez formalizado el contrato, supondría una alteración del precio cuando la interpretación que ha guiado la presentación de las ofertas por el resto de licitadores y la adjudicación ha sido en todo momento la que ahora mantiene la Administración. Ello, tal y como advierte el TJUE, **supondría modificar una condición importante de la licitación como es la relativa a las modalidades de pago, lo que iría en contra de los principios básicos de la contratación pública**.

Frente a esta posición, la empresa Delta plantea dos cuestiones que debemos analizar separadamente. Por un lado, se apoya en el antecedente inmediato del presente contrato (de referencia E-003/2012) en el que, según refiere, el Centro de Menores de Ibaiondo contemplaba tres servicios ininterrumpidos de 24 horas todos los días de la semana que se facturaban como tales. En segundo lugar, también **afirma haber realizado una consulta al responsable del contrato, obteniendo una respuesta verbal en la línea ahora defendida en su solicitud, esto es, la existencia de tres servicios a facturar como servicios H-24**.

En cuanto a la primera de estas dos cuestiones, no puede atenderse al razonamiento de la empresa en cuanto que, según se desprende del informe de la Comisión Central de Contratación y de la propuesta de resolución, existe una diferencia relevante entre la descripción de los servicios y en las condiciones de la convocatoria en el contrato que se trae como antecedente. La principal, a los efectos que nos ocupan, es que en el contrato actual el pliego de condiciones técnicas identifica los servicios considerados a estos efectos como H24. Esta circunstancia no se produce únicamente en el caso del Centro de Menores de Ibaiondo, sino que se puede apreciar esa misma calificación en los servicios previstos en los palacios de justicia, donde se prevén 4 vigilantes H-24 y en el Centro educativo y de internamiento de menores Landa donde también se prevé la prestación de un servicio de vigilancia H-24.

En cuanto a la segunda de esas alegaciones, **de haberse acreditado lo que se expone por parte de la empresa, y si ello se hubiera materializado en una consulta cuya respuesta se hubiera publicado en el perfil del contratante, esa aclaración se podría incluir en la amplia definición de "pliego de contratación"** recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que comprende "todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional".

Tal y como viene afirmando el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (Resoluciones 130/2016, 86/2017 y 117/2017), "(…) las respuestas a las consultas publicadas en el perfil del contratante, en cuanto generan en los consultantes y en los demás licitadores una confianza legítima en que la actuación del órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación se va a ajustar a su contenido (artículo 3.1 e) de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público), son 'documentos adicionales' que fijan los términos de dicho procedimiento".

Sin embargo, no hay constancia de la consulta y sí hay constancia, por contra, **de que no se ha publicado una respuesta o aclaración al respecto en el perfil del contratante, por lo que tampoco este argumento puede fundar una interpretación de lo dispuesto en los pliegos que se aparte de su literalidad y que se aparte del criterio establecido en la licitación** para la presentación de las ofertas y la selección del contratista.

DCJA 95/2020 párrs. 50 a 72

La controversia reside en la aplicabilidad de las tablas salariales incluidas en el convenio colectivo de la empresa Eulen Sociosanitarios, S. A. (Ayuda a domicilio de Ordizia), (código 20104111012019 ─suscrito el 25 de enero de 2019 por la dirección de empresa y el delegado de personal y publicado el 13 de agosto de 2019─, **si forman parte o no de los derechos reconocidos a las trabajadoras subrogadas**.

El órgano de contratación considera razonablemente que resultan de aplicación, a partir de los términos de la Cláusula 30 del PCAP, de la que se infiere la vigencia de tal convenio colectivo, así como de la Nota informativa facilitada a las licitadoras, y ha operado con arreglo a esa premisa. La empresa entrante adjudicataria del contrato esgrime también razonablemente los motivos por los que la rechaza.

Estando pendiente un proceso ante la jurisdicción laboral de cuyo resultado depende la determinación del convenio colectivo de aplicación, toda vez que, a través de él y por el órgano jurisdiccional del orden social competente para dicho pronunciamiento (artículo 25.1º Ley orgánica del poder judicial ─LOPJ─) se ha de resolver si las trabajadoras del Servicio de Atención Domiciliaria del Ayuntamiento de Ordizia tienen derecho o no a las cantidades reclamadas, **ello revela la improcedencia de que esta Comisión emita una opinión interpretativa que carecerá de virtualidad alguna, debido al valor vinculante de la sentencia firme que se emita** (artículo 118 CE y artículo 17.2 LOPJ).

DCJA 139/2020 párrs. 84 a 86

La UPV/EHU plantea el incidente relativo a la interpretación del contrato administrativo de servicio de limpieza de los edificios e instalaciones de la UPV/EHU (9/18 PA lotes 1, 2, 3 y 4), **en el aspecto relativo al alcance o contenido que debe entenderse a los servi-**

cios calificados el punto II del PPTP como extraordinarios, en contraposición con los considerados ordinarios.

Las dudas se centran en si el contrato define esos servicios extraordinarios mediante una relación abierta y ejemplificativa, en la que se integran todos aquellos trabajos que no se encuentran expresamente incluidos en la relación más detallada de servicios calificados como ordinarios, o si, como defienden las empresas adjudicatarias, todos los servicios destinados al normal funcionamiento del campus deben ser calificados como ordinarios aunque no se hayan incluido expresamente en la descripción o en las frecuencias previstas en el PPTP y, en consecuencia, susceptibles de facturación conforme a los precios ofertados para ellos.

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 Administración pública, concretamente el artículo 190 de la LCSP.

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 universidad— 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 (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 la LCSP 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 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 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.

Debemos igualmente añadir una última apreciación previa en relación con el concreto supuesto objeto de dictamen.

Los problemas interpretativos que han originado el expediente de interpretación se derivan de la facturación que viene realizando la empresa Garbialdi sobre una serie de trabajos concretos que esta Comisión desconoce, puesto que nada figura al respecto en la documentación incorporada a la consulta. La interpretación, por tanto, solo puede realizarse en abstracto y en relación con los conceptos del contrato sobre los que existe discrepancia. La Comisión no puede pronunciarse, por tanto, sobre una factura concreta o la correcta calificación de un servicio determinado ya prestado en el marco del contrato.

Sentadas las bases sobre las que se sustenta la facultad interpretativa de la Administración, la Comisión considera que, en principio, tal y como defiende la universidad, los términos del contrato son suficientemente claros. El PPTP define, por un lado, los servicios ordinarios, que se describen con detalle, tanto en su contenido como en su frecuencia. Por otro lado, contempla en un último inciso del Punto II del PPTP los servicios extraordinarios como aquellos necesarios para atender posibles necesidades puntuales diferentes a las establecidas anteriormente, a lo que añade una serie de supuestos ejemplificativos que, dada la forma en que se expone, no puede calificarse en ningún caso como lista cerrada o *numerus clausus*.

Los servicios extraordinarios se definen, así, por contraposición a los definidos como ordinarios, de manera que no puede interpretarse su alcance sin establecer previamente el contenido exacto de los servicios considerados ordinarios.

En relación con los servicios ordinarios, el PPTP resulta claro, como hemos dicho, tanto en su definición como en su frecuencia mínima. Ahora bien, al tratarse de una frecuencia mínima, el contrato abre la posibilidad a la existencia de servicios que deben ser considerados ordinarios aunque superen las frecuencias inicialmente previstas en el PPTP. Retomaremos esta cuestión más adelante.

Por otro lado, dentro de los servicios ordinarios el PPTP también contempla una serie de trabajos específicos, que se califican así precisamente por ser trabajos puntuales, aunque previsibles, según el caso, con mayor o menor definición. Entre estos se encuentran: i) la limpieza de carteles o pintadas, cuya ejecución se establece "a demanda"; ii) determinados trabajos de retirada de material en la Escuela de Arquitectura de San Sebastián, así como una limpieza general durante el mes de agosto, con una semana de antelación al inicio del curso; iii) el vaciado de taquillas a realizar durante el mes de agosto, con una semana de antelación al inicio del curso; iv) limpieza de aulas magnas, salones de actos y de grados, cuya ejecución incluye una serie de supuestos específicos, para finalizar con la fórmula "así como cuando se considere necesario", lo que lo convierte también en la práctica en un servicio "a demanda"; v) desinfección de teclados y ratones, sin frecuencia o momento determinado; y vi) dispositivo de vialidad invernal —limpiar la nieve en los accesos a edificios y verter sal—.

La cláusula II del PPTP es clara y los servicios extraordinarios se definen por exclusión y en contraposición con los ordinarios, dentro de los cuales se encuentran los trabajos específicos. **Son servicios extraordinarios, por tanto, todos aquellos que no se encuentran incluidos entre los definidos como ordinarios**. A título de ejemplo, se citan las limpiezas tras ejecución de obra u otros imprevistos, tales como, casos de emergencia, inundaciones, accidentes, reparaciones, etc.

Además de la dicción literal del contrato, también sirve a nuestro objetivo la interpretación sistemática, que resulta coherente con ese literal. La cláusula 22.2 del PCAP del contrato tuvo en cuenta como único criterio para la adjudicación del contrato el del precio; criterio que, a su vez, se descomponía en dos: un precio por hora para los servicios ordinarios y otro para los servicios extraordinarios. La ponderación de cada uno de estos precios en la valoración final era de un 75 % para el precio de los servicios ordinarios y un 25 % para los servicios extraordinarios.

Pues bien, esta ponderación es representativa de las necesidades de la universidad con respecto a los servicios de una y otra naturaleza, pudiendo las empresas deducir de ello el peso previsto para cada uno de los servicios en la futura facturación. Por ello, no resulta razonable, como pretenden las empresas adjudicatarias, defender que los servicios extraordinarios se limitan a los supuestos excepcionales que deben ser recogidos expresamente en el PPTP, y que los ejemplos recogidos constituyen un listado cerrado o de *numerus clausus*, puesto que su peso en el conjunto del contrato representaba aproximadamente un 25 % del total. Como defiende la universidad, la interpretación de las empresas, especialmente la de Garbialdi, pretende reducir al mínimo el alcance de los servicios extraordinarios; postura que puede estar

condicionada por el precio ofertado por esta empresa para estos servicios, ciertamente llamativo, al no llegar a la cifra de un euro por hora en ninguna de las categorías y turnos ofertados.

Igualmente, resultan relevantes los antecedentes del contrato. En este caso, **la universidad considera que, en la medida en la que los servicios extraordinarios se definen en lo sustancial de forma similar a como se describían en el contrato suscrito durante el periodo inmediatamente anterior**, y con la misma empresa Garbialdi, **el criterio interpretativo debe ser también el mismo**; argumento al cual se oponen las empresas adjudicatarias, pero que esta Comisión considera razonable.

Finalmente, la Comisión aprecia un único posible punto oscuro o de conflicto entre la posibilidad de incrementar la frecuencia de algún servicio ordinario —ya que se califica como mínima— y los servicios extraordinarios. Es decir, la posibilidad de incrementar la frecuencia de los servicios ordinarios puede provocar alguna incertidumbre, sobre todo en los servicios de menor frecuencia, sobre la naturaleza de ciertos servicios que no están previstos expresamente en el PPTP. Es decir, si esa ampliación del servicio inicialmente previsto en el PPTP puede ser considerado únicamente como un incremento de la frecuencia de un servicio ordinario o como un servicio extraordinario.

En ese caso, **la Comisión estima que el criterio que debe imponerse es el de la frecuencia. Serán servicios ordinarios cuando se trate de un servicio ya previsto como tal, cuya frecuencia se incremente con carácter indefinido o durante un periodo de tiempo más o menos determinado, a través de una mejora de la oferta presentada o de una modificación del contrato. Si se trata de un servicio que responde a una necesidad puntual** —por los motivos apuntados a título de ejemplo o por cualquier otro imprevisto—, **pero que no afecta con carácter estable a la frecuencia del mismo, habrá de ser entendido como un servicio extraordinario**. En todo caso, insistimos en que los servicios ya definidos en el PPTP como específicos deberán ser facturados como servicios ordinarios

DCJA 145/2020 párrs. 40 a 61

III. Modificación de contratos

Como decimos, el origen del conflicto se encuentra en un contrato cuyo objeto fue modificado durante su ejecución mediante un acuerdo suscrito por el representante legal de la empresa Telesonic, por un lado, y el arquitecto municipal responsable en aquel momento del área funcional de edificios municipales, por otro. En ese acuerdo participó igualmente la empresa GD Consulting, SL. Esta última intervención, sin embargo, solo puede entenderse en el marco de un asesoramiento al ayuntamiento y a sus técnicos, en razón de otra relación contractual, válida o no, pero, en cualquier caso, diferente a la que nos ocupa.

La empresa GD Consulting, SL no formaba parte del contrato suscrito entre el ayuntamiento y Telesonic, ni ejercía, pese a que así se califique en la reclamación, la dirección de obra, dada la naturaleza del contrato.

Llegados a este punto de complejidad consideramos necesario precisar el valor del documento suscrito por UBF y Telesonic, en el marco del contrato; documento suscrito igualmente por GD Consulting.

De inicio, **la potestad de modificar el contrato administrativo es una de las clásicas prerrogativas de la Administración que, fundamentalmente por impulso de las actuaciones desarrolladas por las instituciones europeas, se ha ido acotando y recortando para evitar conocidos abusos en los que el contrato finalmente ejecutado poco o nada tenía que ver con lo realmente licitado y adjudicado** —la Comisión Europea abrió un procedimiento de infracción frente a España por considerar que la falta de inclusión en nuestra normativa de límites expresos a la posibilidad de modificar el contrato vulneraba los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, pero dicho procedimiento de infracción se cerró gracias a la modificación de la Ley 30/2007 de contratos del sector público operada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible—.

En cuanto al marco al que debe someterse la modificación del contrato, el título V del libro I del TRLCSP (artículos 105 a 108) se refiere a la modificación de los contratos. El artículo 105 establece que los contratos solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107. Fuera de esos supuestos, y para el supuesto de que fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada inicialmente, deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato, por su parte, dedica su cláusula 12 a la modificación del contrato. Esta cláusula establece claramente que, una vez perfeccionado el contrato, es el órgano de contratación el que puede acordar, por razones de interés público, modificaciones del mismo y únicamente en los casos previstos en el TRLCSP. Como supuesto específico de posible modificación del contrato se hace referencia a la previsión de la disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP, esto es, cuando el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración. Para este caso, el PCAP establece un límite al importe de las modificaciones de un 20 % del presupuesto máximo de licitación.

El pliego de condiciones técnicas (PCT), por su parte, recoge también en su anexo 1 un apartado específico sobre modificaciones a lo indicado en el proyecto. Estas modificaciones parecen referirse, no obstante, a cuestiones de orden técnico que no constituyen propiamente modificaciones del contrato ya que afectan exclusivamente a: i) mejoras en la calidad, cantidad o montaje de los diferentes componentes de la instalación, siempre y cuando no quede afectado el presupuesto o en todo caso sea disminuido, no repercutiendo en ningún caso este cambio con compensación de otros materiales; y ii) modificaciones en la arquitectura del edificio y, consecuentemente, variación de su instalación correspondiente. En este segundo caso, la variación de instalaciones será exclusivamente la que apruebe la dirección o, en su caso, el instalador con la aprobación de aquella.

Desde la perspectiva de las diferentes **actuaciones a desarrollar en representación de la Administración contratante durante la ejecución del contrato, también es preciso establecer la diferencia que la propia ley establece entre el "Órgano de contratación" (artículo 51 del TRLCSP) y la figura del "Responsable del contrato" (artículo 52 del TRLCSP)**.

En cuanto **al primero de ellos, le corresponde con carácter general la representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual**. En este caso, el acuerdo de adjudicación del contrato fue adoptado por la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del TRLCSP, los órganos de contratación pueden designar **un responsable del contrato, al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada**, dentro del ámbito de facultades que aquellos le atribuyan.

Partiendo de esta última distinción, a la vista de las actuaciones que desarrollaba en el marco del contrato, **resulta razonable pensar que**, aunque no consta formalizada su designación, **el arquitecto municipal** don UBF **ejercía las funciones que el artículo 52 confiere a la persona responsable del contrato, apoyado**, a su vez, **por el también técnico municipal** don JMB.

En esa condición de responsable del contrato acordó con la empresa Telesonic, y plasmó dicho acuerdo en el documento fechado el 19 de noviembre de 2018, **una serie de modificaciones sobre el contrato adjudicado; modificaciones que, tanto por su contenido como por el órgano o persona que las suscribe, adolecen de graves vicios de legalidad, pero que no por ello dejan de constituir una modificación de lo pactado inicialmente impulsada por el interlocutor designado por el ayuntamiento**.

La Unidad de Infraestructuras ha realizado dos informes en relación con la reclamación presentada por Telesonic, ambos poco esclarecedores. De ellos parece deducirse únicamente que: i) no se detecta daño patrimonial alguno al ayuntamiento en la ejecución material realizada; ii) manifiesta que no ha obtenido respuesta alguna del Área de Cultura en relación con los equipos de cine suministrados y afirma desconocer la situación del suministro de las mejoras ofertadas por la empresa Telesonic; iii) no es posible evaluar con exactitud los trabajos necesarios para desmontar las instalaciones y equipos no incluidas en contratos y resulta muy complejo evaluar la depreciación de esos equipos debido al escaso mercado existente; iv) se trata de un contrato vigente aun en plazo de ejecución y sin liquidar en el que existen suministros no solicitados sin recepcionar oficialmente y formalmente; y v) falta concretar las mejoras contractuales no suministradas.

No consta más valoración jurídica que la integrada en la propuesta de resolución, que propone estimar parcialmente la reclamación presentada.

En cuanto al **contenido de las modificaciones** que acuerdan la empresa y don UBF, se altera el objeto del contrato en dos cuestiones o contraprestaciones importantes: i) la instalación

de los elementos necesarios para la emisión de cine comercial en dos salas en las que el proyecto que definía el objeto del contrato no lo contemplaba; y ii) la liberación al contratista, a cambio de lo anterior, de suministrar las mejoras ofertadas y que fueron evaluadas en su oferta para obtener la adjudicación.

Ambas cuestiones superan, a juicio de esta Comisión, **las posibilidades y los límites fijados tanto en el marco legal como en el PCAP y en el PCT del contrato**. La instalación de los dispositivos necesarios para convertir las tres salas en potenciales salas de cine comercial constituye una modificación del contrato que va más allá del incremento de unidades suministradas, puesto que con ello se altera incluso el proyecto general del cual se parte a la hora de definir el contrato de suministro.

La modificación irregular del contrato se plasma, además, en un documento que no consta que haya sido asumido por el órgano competente, esto es, el órgano de contratación —Junta de Gobierno Local—.

En cuanto al tratamiento que debe darse a una modificación contractual adoptada contraviniendo gravemente la legalidad aplicable, la jurisprudencia europea ha precisado que una modificación ilegal de un contrato equivale a una "nueva adjudicación". La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 junio 2008 —As. C 454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GMBH— o la Sentencia de 13 abril 2010 —Caso Wall AG contra Municipio de Fráncfort del Meno y otros— recuerdan que las modificaciones sustanciales, introducidas en las disposiciones esenciales de un contrato (…), "podrían exigir, en determinados supuestos, la adjudicación de un nuevo contrato (…) cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato (…) inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales de ese contrato".

Todo ello permite al ayuntamiento actuar contra la modificación del contrato a través de la revisión de la modificación contractual que ha sido aprobada por un órgano manifiestamente incompetente —en este caso, formalizado en el documento de 19 de noviembre de 2018— y tener en cuenta, en su caso, lo dispuesto en el artículo 35 del TRLCSP, según el cual, **la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación**, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor.

La parte que resulte culpable debe indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

En los supuestos en los que la Administración obtiene beneficio de las actuaciones desarrolladas en el marco de un contrato inexistente o declarado nulo, la indemnización tiene como fundamento ultimo el enriquecimiento injusto "(…) como principio general o como supraconcepto, que le otorga una cierta identidad y unidad, aunque ello no supone que no se manifieste con una cierta autonomía y singularidad en su proyección a la Administración respecto a su actuación sujeta al Derecho administrativo" (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2012).

Como ha considerado esta Comisión en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen 39/2016), la aplicación de ese principio se ha producido en asuntos relacionados con la contratación administrativa "(...) en las que se parte de actuaciones realizadas por un particular en beneficio de un interés general cuya atención corresponde a una Administración pública, y su núcleo esencial está representado por un propósito de evitar que se produzca un injustificado desequilibrio patrimonial en perjuicio de ese particular, supuestos que además exigen para asegurar los principios de igualdad y libre concurrencia que rigen en la contratación administrativa, que el desequilibrio ha de estar constituido por prestaciones del particular que no se deban a su propia iniciativa ni revelen una voluntad maliciosa del mismo, sino que tengan su origen en hechos dimanantes de la Administración pública que hayan generado razonablemente en ese particular la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha Administración".

La apreciación de la existencia del enriquecimiento injusto de la Administración, siempre según la construcción jurisprudencial, va a requerir: el enriquecimiento de la Administración (también como ahorro de un gasto debido), el correlativo empobrecimiento del tercero, concretado en un daño emergente o en un lucro cesante, la ausencia de causa o motivo que justifique el enriquecimiento y de precepto legal que excluya la aplicación de repetido principio (entre otras muchas, STS de 15 de diciembre de 2011). Junto a ello, debe quedar acreditado que no concurre ninguna de las circunstancias que impiden dicha aplicación: (i) que el contratista no haya actuado de buena fe; (ii) que la prestación sea debida a su iniciativa; o (iii) que haya consentido previamente la posibilidad de enriquecimiento de la Administración.

Por otro lado, debe advertirse igualmente que el Consejo de Estado (Dictamen 476/2015) mantiene que cuando un contratista procede a la ejecución de un contrato con modificaciones que reconoce de gran relevancia y que no contaban con la aprobación del órgano de contratación, incurre en una "omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (artículo 1104 del Código Civil) lo que permite atribuir al menos parte de la responsabilidad por sus efectos, a la empresa contratista.

En todo caso, para poder determinar en este concreto caso todas estas circunstancias, la Comisión estima que no es suficiente con acreditar el suministro e instalación reclamados por la empresa Telesonic, puesto que, en el mencionado acuerdo de modificación, esa instalación se ejecutaba en sustitución de bienes valorados por la misma cuantía, cuya recepción por el ayuntamiento no está acreditada.

Por ello, **la valoración**, en su caso, **del perjuicio sufrido por la empresa y de la indemnización pertinente debería realizarse siempre en el marco del contrato, y no debería cuantificarse hasta constatar y determinarse tanto las prestaciones realmente ejecutadas como las mejoras ofertadas efectivamente suministradas**.

ACJA 4/2020 párrs. 44 a 69

Nos encontramos, por tanto, ante la quinta modificación del contrato que, tiene una doble finalidad: por un lado, resulta necesario adaptarse a los cambios provocados en el servicio como consecuencia del cambio de vehículos en los servicios definidos en el contrato como E89, E90 y HTZ; por otro lado, se han de sustituir los contenedores de carga lateral debido a los problemas detectados en su funcionamiento y en la resistencia de las cubiertas durante el ejercicio 2019. Todo ello supone incrementar ligeramente el precio anual del contrato hasta los 2.744.950,53 euros.

El incremento en el precio del contrato es de 4.447,69 euros (IVA excluido) pero la intervención de esta Comisión es preceptiva debido a que con la cuarta modificación el incremento ya superaba el 10 % del precio primitivo del contrato.

Esta Comisión debe insistir en que, con carácter general, **el legislador viene persiguiendo** en los sucesivas normas reguladoras de la contratación del sector público **que a través del ejercicio del *ius variandi* no se desvirtúe el procedimiento de adjudicación de contratos** –y el principio de igualdad en el acceso a la contratación pública–, **de suerte que en aquellos casos en que la variación revista tal trascendencia que suponga en realidad una nueva y diferente contratación no cabrá efectuar la modificación del contrato y habrá que acudir a una nueva contratación**. No obstante, debemos también volver a añadir que lo anterior no impide que en los supuestos en los que se encuentre previsto en los pliegos del contrato y esté debidamente justificado la Administración, en defensa del interés público, ejerza esta prerrogativa en los términos y con los límites establecidos por la propia ley.

DCJA 137/2020 párrs. 14 a 16