

DOCTRINA DE LA COMISIÓN JURÍDICA ASESORA DE CATALUÑA: MAYO-AGOSTO DE 2009

Por

ORIOI MIR PUIGPELAT / ÒLIVER GARCÍA MUÑOZ
Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Administrativo 23 (2009)

SUMARIO: I. Disposiciones generales: 1. La función y el régimen jurídico de las ludotecas y la innecesaria audiencia en casos de participación suficiente en el trámite de información pública. 2. Articulación competencial en materia de violencia en el deporte y defecto de procedimiento por falta de audiencia e informe estatal. 3. La indebida exclusión de la aplicación en Cataluña del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. II. Responsabilidad patrimonial: 1. Inexistencia de daños derivados de la declaración de jubilación forzosa del personal estatutario de los servicios de salud. 2. Improcedencia de responsabilidad de un Ayuntamiento por el robo de un autocar en un aparcamiento municipal gestionado por un contratista. 3. Inexistencia de responsabilidad por la declaración de desamparo cautelar con retención hospitalaria de un menor. III. Revisión de oficio: 1. Improcedencia de revisión de oficio de adjudicación contractual producida en el marco de un procedimiento negociado irregular. 2. Improcedencia de revisión de oficio de acuerdo relativo a cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico previsto únicamente por la legislación básica estatal. 3. Nulidad de la subvención concedida para la contratación de un trabajador disminuido por la falta de emisión del informe acreditativo de la adecuación del lugar de trabajo a su minusvalía.

I. DISPOSICIONES GENERALES

1. La función y el régimen jurídico de las ludotecas y la innecesaria audiencia en casos de participación suficiente en el trámite de información pública

El primer dictamen del período comprendido por la presente crónica tiene por objeto el Proyecto de disposición general reguladora de las ludotecas, elaborado en garantía de la prestación de un servicio público de calidad para el desarrollo de niños menores y adolescentes a través de equipamientos cívicos para el juego. La norma ha sido elaborada ante la alarma social creada como consecuencia de algunos incidentes ocurridos en centros que, bajo la denominación de ludotecas, prestaban en realidad servicios de guarda, cuidado y atención de niños. Los títulos competenciales que fundamentan la disposición son los contenidos en los artículos 134.3 y 166.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), según los cuales corresponden a la Generalitat las

competencias exclusivas en materia de ocio y de servicios sociales, respectivamente. La disposición adicional de la Ley catalana 11/2005 obliga y habilita expresamente al Gobierno a regular el servicio de ludotecas y a integrarlo dentro del Sistema Catalán de Servicios Sociales.

En el Dictamen 136/09, la Comisión observa que el Preámbulo de la norma debería distinguir con claridad las ludotecas de otros centros de cuidado y educativos de menores: las ludotecas son “centros o espacios socioeducativos que pretenden, por medio del juego y los juguetes, cumplir una función pedagógica de niños y jóvenes menores de edad”, sin que su función sea la de cuidar de los niños en sustitución de los padres. Esta concepción justifica la obligación introducida por el proyecto de que, durante su estancia en las ludotecas, los menores de 4 años tengan que estar acompañados de la persona legalmente responsable del menor o de cualquier otra persona adulta autorizada por aquélla; la oportunidad de esta medida radica en evitar que las ludotecas se conviertan en guarderías clandestinas.

Con respecto a la tramitación procedimental, la Comisión señala que la exigencia del trámite de audiencia queda modulada cuando la información pública ya ha permitido que los agentes sociales implicados hayan podido hacer valer la defensa de sus derechos e intereses. Así ha sucedido en el caso dictaminado, en que no se abrió audiencia, pero concurrió al trámite de información pública una alta participación de ludotecas privadas y colegios profesionales.

2. Articulación competencial en materia de violencia en el deporte y defecto de procedimiento por falta de audiencia e informe estatal

El Proyecto de decreto por el que se modifica el régimen relativo a la violencia en espectáculos deportivos de Cataluña fue elaborado por el Departamento de Interior, Relaciones Institucionales y Participación en desarrollo del Decreto Legislativo catalán 1/2000, por el que se aprueba el texto único de la ley del deporte. El Proyecto tiene un triple objeto: (i) la modificación del Decreto 212/2002, de regulación de la composición y el funcionamiento de la Comisión contra la Violencia en Espectáculos Deportivos de Cataluña; (ii) la creación, en el seno de la Comisión, de una Subcomisión contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte, que ejercerá las funciones que en la materia corresponden a la Comisión estatal; y (iii) la determinación de los órganos autonómicos competentes respecto del régimen sancionador en materia de violencia, racismo, xenofobia e intolerancia en el deporte. Asimismo, con carácter transitorio, hasta que se apruebe la correspondiente ley catalana sobre la materia, la norma proyectada remite al régimen estatal de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

En su Dictamen 173/09, la Comisión formula dos observaciones esenciales sobre dicho proyecto: la primera de ellas se concreta en que no se ha sometido el proyecto a audiencia de las entidades afectadas por la disposición, trámite esencial y preceptivo que no se puede eludir en un caso como el dictaminado, en el que la norma afecta a intereses de federaciones, clubes, asociaciones deportivas y entes locales; la segunda alude a la falta de solicitud de informe a la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, informe preceptivo en relación con disposiciones de las comunidades autónomas que afecten al régimen estatal de prevención en estas materias, de acuerdo con la Ley estatal 19/2007.

A juicio de la Comisión, la atribución a los órganos de la Generalitat de la potestad sancionadora en la materia y de funciones que venían siendo atribuidas a la Comisión estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte se ajusta al orden de distribución de competencias.

3. La indebida exclusión de la aplicación en Cataluña del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales

El Dictamen 214/09 tiene por objeto el Proyecto de decreto por el que se regulan los programas de cualificación profesional inicial, elaborado en virtud de la competencia compartida con el Estado que el artículo 131.3.c) del EAC reconoce a la Generalitat para el “establecimiento de los correspondientes planes de estudio, incluida la ordenación curricular”. La norma desarrolla la Ley orgánica 2/2006, de educación, así como la ley catalana 12/2009, de educación. Ambas leyes contemplan tales programas. Como se señala en el preámbulo del proyecto, con ellos se persigue orientar al alumnado que ha llegado a los 16 años sin la graduación obligatoria con el fin de reincorporarlo al sistema educativo como vía para adquirir la cualificación y mejorar las oportunidades de incorporación en el mundo laboral, mediante la regulación de programas de cualificación profesional, y facilitar el acceso a los ciclos formativos de grado medio, a otras ofertas formativas o como vía para dar una nueva oportunidad para obtener el título de graduado/da en educación secundaria obligatoria.

La Comisión formula diversas observaciones, de entre las cuales hay que destacar una de carácter esencial. El Catálogo de Cualificaciones Profesionales de Cataluña, que todavía no existe, será probablemente más restringido que el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales y únicamente contendrá los títulos propios no incluidos en la formación profesional reglada –la conducente a obtener un título profesional con validez en todo el Estado—. Siendo ello así, la sola referencia al catálogo catalán limita injustificadamente las posibilidades de ejercicio profesional del alumnado que curse los programas en Cataluña. Por este motivo, tanto el artículo 4.c) como el artículo 9 del proyecto habrían de, o bien suprimir la referencia directa al Catálogo de Cualificaciones

Profesionales de Cataluña y remitir al Catálogo nacional, o bien hacer constar una referencia genérica al “catálogo”, tal como hace la Ley catalana 12/2009, de educación, que, al aludir al “catálogo de cualificaciones vigente en Cataluña”, no excluye un catálogo propio, pero tampoco inaplica el estatal.

II. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

1. Inexistencia de daños derivados de la declaración de jubilación forzosa del personal estatutario de los servicios de salud

El Dictamen 130/09 versa sobre el primero de numerosos supuestos de reclamación patrimonial ante el Instituto Catalán de la Salud que ha dictaminado la Comisión en concepto de daños y perjuicios derivados de la declaración del interesado en situación administrativa de jubilación forzosa al haber cumplido 65 años y, por tanto, sin que haya visto reconocido su derecho a jubilarse a los 70 años. En tales supuestos, los reclamantes solicitan los importes retributivos dejados de abonar desde el cese por jubilación hasta, o bien la fecha de ofrecimiento de reincorporación, o bien hasta el cumplimiento de los 70 años.

El detonante de este gran volumen de reclamaciones ha sido la anulación por parte de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 2008 del Plan de ordenación de recursos humanos de 2004 en el que el Instituto Catalán de la Salud venía basando la denegación de las prórrogas solicitadas. Según el artículo 26.2 de la Ley estatal 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, “[l]a jubilación forzosa se declarará al cumplir el interesado la edad de 65 años. No obstante, el interesado podrá solicitar voluntariamente prolongar su permanencia en servicio activo hasta cumplir, como máximo, los 70 años de edad, siempre que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento. Esta prolongación deberá ser autorizada por el servicio de salud correspondiente, en función de las necesidades de la organización articuladas en el marco de los planes de ordenación de recursos humanos”.

Con fundamento en este precepto, la Comisión concluye desestimar la pretensión al entender que no existe ningún daño, puesto que el reclamante en ningún momento pidió la prórroga en el servicio activo: la falta de petición de continuidad en servicio activo prueba la falta del requisito previo que legalmente se prevé para su autorización o denegación y justifica la declaración automática de la jubilación forzosa a la edad de 65 años.

La Comisión ha reiterado esta doctrina en otros supuestos similares planteados a raíz de la anulación judicial del referido plan de recursos humanos (Dictámenes 162/09, 163/09, 245/09 o 297/09, entre otros).

2. Improcedencia de responsabilidad de un Ayuntamiento por el robo de un autocar en un aparcamiento municipal gestionado por un contratista

En el supuesto objeto del Dictamen 248/09, el interesado formula reclamación contra el Ayuntamiento de Lloret de Mar, en nombre y representación de la entidad propietaria del autocar estacionado en un aparcamiento municipal, por los daños y perjuicios causados como consecuencia del robo del vehículo durante su estacionamiento.

Para la Comisión, el daño, acreditado mediante la oportuna denuncia y el ticket de aparcamiento, es calificable de antijurídico, puesto que el usuario no tiene la obligación de soportar la pérdida del vehículo estacionado: de acuerdo con la Ley 40/2002, del contrato de aparcamiento de vehículos, entre las obligaciones del titular del aparcamiento (aquí, el Ayuntamiento) figura la de restituir el vehículo al portador del justificante de aparcamiento previamente entregado; y el cumplimiento de esta obligación comporta igualmente el deber de ejercer tareas de vigilancia y custodia del vehículo. Sin embargo, el daño no puede ser imputado al Ayuntamiento contratante, puesto que no queda acreditado que haya sido producido por causas imputables a la Administración ni que derive de una orden directa de la corporación local ni de vicios de un proyecto por ella elaborado, tal como exigen los artículos 198 y 256 de la Ley 30/2007, de contratos del sector público.

3. Inexistencia de responsabilidad por la declaración de desamparo cautelar con retención hospitalaria de un menor

La Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Generalitat dictó una resolución con fecha de 8 de mayo de 2007 de declaración de desamparo cautelar de un menor, de 14 años, con suspensión de la patria potestad, asunción de las funciones tutelares y retención hospitalaria. La resolución se dictó a raíz del requerimiento urgente recibido del Hospital de la Santa Creu i Sant Pau de Barcelona, motivado por la negativa de la madre a que se continuara el examen de la sintomatología que había llevado a dicho menor al servicio de urgencias del referido hospital. El 1 de junio del mismo año, una vez confirmado el diagnóstico del menor, se dejó sin efecto la mencionada medida cautelar, previo informe del equipo de valoración de maltrato infantil. La madre del menor reclama una indemnización de 100.000 euros por los daños morales sufridos como consecuencia de la declaración de desamparo.

En su Dictamen 251/09, la Comisión considera que la resolución de la dirección general se justifica en la petición urgente del hospital según la cual el estado del menor aconsejaba poder continuar el examen del menor en contra de la voluntad de la madre

de pedir el alta. La resolución tiene la base legal del ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores (artículo 2.2.b) de la Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción –LPMA–). También es adecuada al caso porque el desamparo es el medio que la legislación otorga a la Administración para suspender el ejercicio de la potestad de los padres y legitimarla para el ejercicio de funciones tutelares sobre el menor (artículo 3.2 LPMA), en este caso, para decidir el mantenimiento de la atención sanitaria. El procedimiento previo a la resolución fue el correcto porque los servicios de la dirección recabaron la correspondiente información de la madre, del menor y del padre, así como de los educadores. Finalmente, la resolución de desamparo tuvo la duración necesaria para obtener el diagnóstico del menor y establecer las medidas de protección correspondientes.

La Comisión también sostiene que los daños reclamados son en todo caso desproporcionados en relación con la valoración de los daños morales contenida en la tabla V del anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, de aprobación del Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos en motor.

III. REVISIÓN DE OFICIO

1. Improcedencia de revisión de oficio de adjudicación contractual producida en el marco de un procedimiento negociado irregular

El Ayuntamiento de Santa Coloma de Cervelló inicia un procedimiento de revisión de oficio para declarar la nulidad de pleno derecho de un decreto por el que acordó adjudicar unas obras de modificación, ejecutadas pero no abonadas, a favor de la misma entidad contratista de las obras principales de urbanización de la plaza de Pi i Tallat, en el municipio referido. La causa de nulidad alegada es la del artículo 62.1.g) de la Ley 30/1992, aquella que remite a “cualquier otro (caso de nulidad) que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”. En particular, el motivo aducido se justifica al no haberse utilizado de forma correcta el procedimiento negociado sin publicidad debido a la falta de aprobación del proyecto técnico y a que no constara certificada la suficiencia de crédito presupuestario en el momento de la adjudicación.

En el Dictamen 178/09, la Comisión estima que el artículo 106 de la Ley 30/1992 y la ponderación con los principios de economía procesal, proporcionalidad, seguridad jurídica, confianza legítima y buena administración hacen improcedente la revisión de oficio del acto administrativo. Para la Comisión, “una debida ponderación de la economía procesal, de la ausencia de intereses de terceros que pudiesen resultar afectados, de la escasa entidad económica del asunto, así como de las obras realizadas sin utilizar la

técnica jurídica contractual apropiada llevan a la conclusión de que (...) hay que luchar por el derecho cuando resulten implicados derechos o intereses, pero hay que evitar hacerlo tan sólo por la satisfacción que irradie el esplendor de la mera legalidad o del mero cumplimiento de la legalidad”.

2. Nulidad de la subvención concedida para la contratación de un trabajador disminuido por la falta de emisión del informe acreditativo de la adecuación del lugar de trabajo a su minusvalía

En el Dictamen 193/09, la Comisión informa favorablemente sobre la revisión de oficio de una resolución de la directora territorial en Barcelona del Servicio de Ocupación de Cataluña por la que se concede una subvención a la empresa interesada por haber contratado de forma indefinida a un trabajador con discapacidad.

A juicio de la Comisión, la resolución objeto de revisión es nula por no cumplir con uno de los requisitos establecidos en la Orden de 19 de marzo de 1998 para tener derecho a la subvención: la emisión de un informe sobre la adecuación del lugar de trabajo a la minusvalía del trabajador contratado. La ausencia del referido informe implica la falta de justificación de la concurrencia de un requisito esencial para la concesión de la ayuda y da lugar a la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992. La ausencia del referido informe evidencia también un vicio en el procedimiento de otorgamiento de la subvención.

3. Improcedencia de revisión de oficio de acuerdo relativo a cesión obligatoria de aprovechamiento urbanístico previsto únicamente por la legislación básica estatal

Mediante acuerdo, el Consejo plenario del Ayuntamiento de Tarragona identificó los ámbitos de suelo urbano no consolidado existentes en el municipio sometidos a la cesión obligatoria del 10% de su aprovechamiento urbanístico impuesta por el artículo 14.2 de la Ley estatal 6/1998, del suelo. Pasados ocho años, una de las entidades propietarias afectadas solicitó al Ayuntamiento que incoara un procedimiento de revisión de oficio del acuerdo referido, al entender que en su adopción concurrieron las causas de nulidad de pleno derecho previstas en las letras a), b) y e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992. Inadmitida a trámite la solicitud, un juzgado de lo contencioso-administrativo obligó al Ayuntamiento a admitirla y a tramitarla, sin entrar en el fondo de la decisión.

La Comisión informa desfavorablemente la revisión en su Dictamen 249/09. A su parecer, la resolución objeto de revisión constituye un acto administrativo dictado en aplicación del artículo 14.2 de la Ley 6/1998, con la finalidad de identificar el suelo urbano no consolidado, por lo que no constituye ejercicio de la potestad reglamentaria ni de planificación, sino un instrumento de gestión urbanística. El mencionado precepto, con el fin de definir el estatuto de la propiedad inmobiliaria en cada caso, introdujo la distinción entre el suelo urbano consolidado y aquel otro igualmente urbano pero sin

urbanización consolidada, y asoció a esta última categoría el deber de los propietarios de ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento urbanístico. Teniendo en cuenta que dicho precepto, de carácter básico, fue de aplicación inmediata, sin requerir por ello intermediación normativa ni de planificación urbanística, la obligación de cesión fue exigible aunque el Derecho urbanístico autonómico y el planeamiento municipal no hubieran previsto tal subclasificación del suelo urbano.

Para la Comisión, el acuerdo municipal aquí considerado presenta algunas carencias de motivación, al no contener referencias concretas a la justificación de la inclusión de los distintos ámbitos en la categoría de suelo prevista por el artículo 14.2 de la Ley 6/1998. Considera, sin embargo, que se trataría de una irregularidad que sólo desde una posición muy estricta se podría considerar como una causa de anulabilidad simple. En ningún caso podría ser estimada como un vicio de nulidad absoluta.

Tampoco cree que concurren las causas de nulidad de pleno derecho alegadas: en el supuesto dictaminado no se aportan elementos que acrediten ninguna lesión del principio de igualdad o del derecho a la propiedad privada más allá del estatuto jurídico que le es inherente, definido por el ordenamiento; tampoco procede estimar la nulidad por incompetencia territorial o material manifiesta, puesto que los municipios tienen reconocida competencia en la gestión urbanística que los legitima para dictar acuerdos como el que es objeto de revisión; por último, al no existir a la sazón un procedimiento específico para la aplicación del artículo 14.2 de la Ley 6/1998, la adopción del acuerdo revisado se sometió al procedimiento común para los acuerdos plenarios municipales regulado en la legislación local, por lo que no cabe entender que se dictara prescindiendo total y absolutamente de procedimiento.