

Anuario Jurídico de La Rioja

16

2011
2012

CRÓNICA:

Doctrina del Consejo Consultivo

Ignacio Granado Hijelmo



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA
(2011 Y 2012)

IGNACIO GRANADO HIJELMO

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2011)

SUMARIO: I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS. – II. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES. – III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA. – IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. – V. DOCTRINA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. – VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. – VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS. – VIII. CONCLUSIÓN.

I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS

1. La posible inconstitucionalidad de la Ley Estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia

El Consejo Consultivo ha seguido insistiendo en sus dictámenes D.14/11 (sobre un proyecto de reglamento regulador del Servicio social de estancias temporales para *personas con discapacidad* con gran dependencia o dependencia severa del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia) y D.15/11 (sobre un proyecto de reglamento regulador del acceso al servicio público de atención residencial y al servicio de estancias temporales residenciales para *personas mayores* grandes dependientes y dependientes severos del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia) en la doctrina sentada en años anteriores (D.29/10, D.30/10, D.44/10 y D. 73/10, todos ellos referidos a proyectos de reglamentación de diversos Servicios Sociales), en el sentido de la posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. El motivo es la incompetencia estatal para dictar la Ley 39/06, que se extiende lógicamente a las normas estatales que traten de modificarla, como, respecto del art 5, la DA 6ª y la DT 3ª del RDL 8/10, señaló el D.62/10.

La argumentación del Consejo Consultivo estriba en que la competencia exclusiva en esa materia corresponde a las CCAA por el título *asistencia social* (así, en la CAR, *ex* arts. 8.1.30 y 31 EAR'99); y el título competencial (art. 149.1.1 CE) esgrimido por el Estado (DF 8ª de la Ley 39/06), según la nítida doctrina del TC, ni puede tener un objeto como el regulado, ni puede servir para dejar prácticamente sin contenido, como de hecho sucede, la indicada competencia exclusiva autonómica. Los D.14/11 y D.15/11 reproducen así la

doctrina sentada en los D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.42/10, D.44/10, D.62/10, D.73/10, D.110/10, D.105/10, D.29/10, D.30/10, D.44/10 y D.73/10.

En la misma línea, los citados D.14/11 y D.15/11 reiteran la doctrina sentada en varios dictámenes de 2010 en el sentido de que esta incompetencia estatal es tanto más grave cuanto que la Ley estatal 39/06 crea un nuevo derecho subjetivo de carácter prestacional a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, caracterizado por no ser exigible al Estado que lo crea sino a las CCAA, cuyas políticas en la materia quedan condicionadas por el sistema de atención a la dependencia estatalmente impuesto, por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y parcialmente en el nivel cooperativo (D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10).

Así pues, como declaró el Consejo en 2010, la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de asistencia social (D.29/10, D.44/10, D.100/10) y es, por tanto, inconstitucional aunque exista normativa autonómica que la desarrolle; si bien es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada tal por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo (D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10). Lo que podría haber hecho el Estado es esgrimir su título competencial exclusivo en materia de *Seguridad Social* englobando en la misma el nuevo sistema de atención a la dependencia, al ser aquella de carácter evolutivo según la STC 206/97, lo que hubiera permitido actuar a las CCAA en desarrollo normativo y ejecución (D.29/10, D.100/10).

Los D.14/11 y D.15/11 completan el razonamiento afirmando que el art. 149.1.1^a CE confiere competencia al Estado para regular o establecer el contenido mínimo o básico de los derechos constitucionales en sentido estricto (esto es, *«aquellos que la Constitución recoge en su Título I, Capítulo II, que por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales»*, como ha dicho la STC 246/2007, F. J. 13), al objeto de garantizar la necesaria igualdad en todo el territorio nacional del régimen de dichos derechos fundamentales (razón por la que el Estado puede establecer las *«condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»*, de acuerdo con el referido artículo 149.1.1^a. CE), pero no para hacerlo con derechos subjetivos creados o abordados por ley por las propias Cortes Generales, ni siquiera en el caso –como es sin duda, el de las personas con discapacidad– en que tales derechos constituyan un desarrollo de los principios de política social de que la Constitución se ocupa.

Es más, afirma el Consejo en estos dictámenes que, aun suponiendo que efectivamente pudiera el Estado esgrimir el art. 149.1.1^a CE para establecer *condiciones básicas* en el ejercicio de un derecho que el Estado mismo, con fundamento en meros principios rectores de política social y económica, viene a crear por ley de las Cortes Generales, lo cierto es que, tal y como la Ley 39/2006 viene a configurar dicho derecho subjetivo de índole prestacional, el mismo no resulta exigible por los ciudadanos al propio Estado que lo crea, sino a las Comunidades Autónomas (por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, eventualmente, en el cooperativo), las cuales resultan compelidas a mantener, llevar a cabo y adaptar su organización a la prestación de los indicados servicios.

Y ello contrasta notoriamente, en el criterio del Consejo Consultivo, con el contenido posible de las normas que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.1^a.CE, que no se dirige a imponer conductas a las Comunidades Autónomas, sino que tiene por destinatarios exclusivamente a los ciudadanos: la vinculación de las Comunidades Autónomas (y de la propia Administración del Estado) no puede ser sino un simple *efecto reflejo* de la regulación por el legislador estatal competente de las *condiciones básicas* que garantizan la igualdad en el ejercicio por todos los ciudadanos de los derechos constitucionales, por lo que no es constitucionalmente de recibo, invirtiendo los términos de la cuestión, imponer explícitamente a las Comunidades Autónomas todo el amplio elenco de actuaciones administrativas que derivan del sistema de atención a la dependencia.

Entiende así el Consejo Consultivo que, establecidas legítimamente unas *condiciones básicas*, las Comunidades Autónomas se ven obligadas a respetarlas –pues aquéllas se integran en el derecho subjetivo del ciudadano–, pero no puede formar parte de tales condiciones básicas, sin vulnerar la propia autonomía de dichas Comunidades Autónomas y su competencia exclusiva en materia de asistencia social, la determinación directa de una serie de medidas concretas que dichas Comunidades Autónomas se vean obligadas a implementar, como ocurre especialmente con las funciones puramente ejecutivas derivadas del *nivel mínimo* de protección, tal y como lo configura la Ley 39/2006, cuya concreción y carácter *material* lo alejan notoriamente de la idea de *reglas o principios fundamentales* que, desde dentro del derecho, propician su aplicación a todos los españoles en condiciones de igualdad.

No obstante, el Consejo Consultivo reconoce que, al no haber sido recurrido ni, por ende, haber sido declarada la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal –al contrario, el apartado IV del Preámbulo de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de

Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia, y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquella–, las normas reglamentarias deben dictarse, sin duda también, respetando su contenido –por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia– lo que, sin duda, sucedía en los casos objeto de los D.14/11 y D.15/11.

Pese a todo ello, para evitar equívocos, sería conveniente, en opinión del Consejo Consultivo, que las referencias al título competencial de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar las nuevas normas se refieran exclusivamente a la legislación propia, que tiene su fundamento en las previsiones del Estatuto de Autonomía, puesto que constituye la normación privativa que da cobertura suficiente a los proyectos de reglamento dictaminados. Esta doctrina también había sido formulada en 2010 cuando el Consejo entendió que, al ser inconstitucional la referida Ley estatal, esta debe ser interpretada restrictivamente (D.101/10) y que la CAR debe aludir en sus proyectos reglamentarios solo a los títulos competenciales derivados del EAR (D.73/10)

Por esta última razón, los D.14/11 y D.15/11 entienden que resulta equívoco residenciar la cobertura legal de los proyectos reglamentarios dictaminados en la normativa estatal, cuando es suficiente la normativa privativa de La Rioja. Esta superposición no puede, sin embargo, en ningún caso, perjudicar o limitar doblemente el necesario respeto que toda norma reglamentaria aprobada por el Poder Ejecutivo debe tener respecto de los principios de competencia y jerarquía normativa, que habían sido debidamente observados en los proyectos dictaminados.

En suma, los D.14/11 y D.15/11, reiteran la doctrina sentada en años anteriores (especialmente, en los D.44/10 y D. 73/10), poniendo de manifiesto los excesos competenciales en los que ha incurrido la normativa estatal en este sector, dada la competencia exclusiva de todas y cada una de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social.

2. La posible disminución de garantías jurídicas por elevación de la cuantía en las consultas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

A) El problema de limitar la competencia consultiva en función de la cuantía gravaminis

En 2011, cabe destacar otro asunto de relevancia constitucional y estatutaria, cual es la modificación de la normativa reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja para elevar la cuantía de las consultas preceptivas sobre

responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Esta cuestión fue analizada, en ponencia conjunta de todos los miembros del Consejo Consultivo, en el importante D.71/11.

La consulta origen de este dictamen se refería solo a dos preceptos concretos, los arts. 44 y 45, del Anteproyecto, luego convertido en Ley 7/2011, de 22 de diciembre, del Parlamento de la Rioja, de Medidas fiscales y administrativas para el año 2012, por los que, respectivamente, se modifican los arts. 11 g) y 12 g), de Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja; y 65.4, de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja; todo ello, para, en relación con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC), en la redacción dada al mismo por la Disposición Final 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible (LES), modificar la normativa en materia de responsabilidad patrimonial de forma que quede adaptada automáticamente, en cuanto al límite mínimo de cuantía exigido para solicitar dictámenes preceptivos al Consejo Consultivo de La Rioja, a lo que disponga la legislación básica del Estado, cuantía cifrada actualmente en 50.000 euros por las citadas disposiciones estatales.

El D. 71/11 analiza, detenida y críticamente, esta reforma. Tras advertir que la consulta era preceptiva al afectar a las competencias del propio Consejo y que el rango de ley era exigido, por la reserva estatutaria de ley establecida en el art. 42 EAR'99 sobre toda normativa que afecte al Consejo Consultivo, este reflexiona sobre su función garantista en materia de responsabilidad patrimonial y sobre la legalidad de la fijación normativa de una cuantía mínima en las consultas; para, seguidamente, observar que el Estado ha establecido la cuantía mínima de 50.000 euros, exclusivamente para el Consejo de Estado, pero, respecto a los Altos Órganos Consultivos de las CCAA, se ha limitado a señalar que es básico que exista una cuantía mínima para las consultas, pero dejando a la legislación autonómica respectiva su fijación, la cual debe acomodarse a las características de cada Comunidad Autónoma, previo un estudio del impacto de su implantación, que no existía en el expediente remitido. Por su parte, el Consejo examinó, en el referido D.71/11, las cuantías existentes en el Derecho Autonómico Comparado y acometió directamente el estudio de impacto del incremento propuesto, estimándolo injustificado y advirtiendo de la deficiente técnica normativa empleada para implantarlo y de la disminución de garantías (de ahí la relevancia constitucional y estatutaria del asunto) que supondrá su exigencia al

reducir significativamente la intervención del Consejo en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

Las observaciones del D.71/11 no fueron tenidas en cuenta y los preceptos consultados fueron publicados sin alteración alguna. No obstante, el citado dictamen contiene una importante doctrina sobre la función del Consejo Consultivo, y en general, de los Altos Órganos Consultivos, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración pública y que podemos extractar en los siguientes epígrafes:

B) Significado institucional de la intervención preceptiva del Consejo en esta materia

El D. 71/11 afirma que la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo en materia de responsabilidad patrimonial, habida cuenta su independencia, objetividad, formación y juridicidad: i) constituye una garantía de legalidad para los ciudadanos y para Administración; ii) implica una garantía del derecho constitucional a la indemnidad patrimonial (art. 107 CE); iii) supone también una garantía para los caudales públicos asegurando la objetividad e imparcialidad en el pago de indemnizaciones, pues realiza una función de seguridad de los fondos públicos en materia de responsabilidad patrimonial similar a la de los Jurados en la fijación del justiprecio en las expropiaciones forzosas. Esa doble función de garantía de los ciudadanos y de la Administración explica que la primera regulación de la responsabilidad patrimonial se realizara en la LEF y sitúa a los Altos Órganos Consultivos en centro del Estado de Derecho al asegurar la sujeción de la Administración a la legalidad.

C) La necesaria ponderación de las limitaciones cuantitativas a las consultas en esta materia

La opinión contraria del Consejo a cualquier minoración de garantías jurídicas le lleva a contemplar con disfavor y creciente preocupación la fijación y elevación de cuantías en esta materia. Así, el D.71/11 advierte que la fijación de cuantías en esta materia requiere que en el expediente de elaboración del Anteproyecto se recojan los pertinentes datos estadísticos, que el propio dictamen suple aportando un cuadro y gráfico expresivo de la incidencia de una eventual elevación de cuantía a 50.000 euros en 2011. En todo caso, advierte el Consejo que, en una eventual elevación de cuantías, debe ponderarse la importancia del dictamen consultivo para evitar la litigiosidad y el efecto incentivador de la misma que tendrá, así como el refuerzo que el dictamen supone para la dirección y gestión administrativas.

Tras reconocer que la fijación y modificación de cuantías es competencia de la CAR *ex arts* 8.1 y 26.1 EAR'99 como implícitamente admite el art. 142.3 LPAC *if*, redactado por la DF 40 de la Ley 2/11, el D.71/11 observa que el art. 142.3 LPAC no instaura una cuantía mínima fijada por el Estado con carácter general para todas las CCAA, ya que habilita expresamente a estas para que fijen cuantías, que pueden ser iguales, superiores o inferiores, por lo que solo fija la cuantía mínima exigible para que dictamine el Consejo de Estado en cuestiones de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, el D.71/11 advierte que la fijación de cuantía que, para el Consejo de Estado, efectúa el art. 142.3 LPAC, no es legislación estatal básica ni supletoria para las CCAA. El art. 142.3 LPAC se limita: i) a establecer que haya una cuantía (esto es, se pronuncia solo en cuanto a la existencia o el «*an*» de la misma), pero dejando la fijación de su «*quantum*» a las CCAA; y ii) a señalar la cuantía mínima exigible para que dictamine el Consejo de Estado, no para que dictaminen los Altos Órganos Consultivos autonómicos. De hecho, existen muy variadas cuantías fijadas por las distintas CCAA para sus respectivos Altos Órganos Consultivos; y así el D.71/11 incluye un cuadro expresivo de las mismas actualizado a noviembre de 2011.

Para el D.71/11, la razón de esta variedad autonómica de cuantías es que son muy distintas las condiciones demográficas, sociales, económicas y de toda índole de cada Comunidad y de sus entes institucionales, corporativos y, sobre todo, locales. Por ello, el Consejo entiende que no es razonable: i) vincular automática y acríticamente la cuantía de una Comunidad Uniprovincial, como La Rioja, a la del Consejo de Estado; ni ii) remitirse a lo establecido por la legislación del Estado, ya que la misma en la actualidad no fija cuantía alguna (pues solo fija la del Consejo de Estado y deja libertad a las CAA para fijar las suyas), por lo que entender que tal remisión alude al art. 142.3 LPAC, que no es básico ni supletorio, solo produciría un efecto circular o de reenvío a la legislación riojana, la cual quedaría así sin fijar cuantía alguna.

No es, pues, adecuado, según expresa el D.71/11, seguir acríticamente la técnica legislativa estatal consistente en modificar la Ley reguladora del Consejo para que se remita a la normativa patrimonial con objeto de fijar la cuantía consultiva en esta, ya el Estado ha tenido que modificar: primero, la LO reguladora del Consejo de Estado, para que se remita a la legislación procedimental; y, luego, esta para fijar la cuantía, debido a la *reserva de LO especial* que constitucionalmente tiene la regulación del Consejo de Estado y de la que carece la regulación del Consejo Consultivo de La Rioja.

Y es que, como señala el D.71/11, la fijación en la CAR de una cuantía consultiva distinta a la fijada para el Consejo de Estado constituye una de las *peculiaridades del procedimiento administrativo derivadas de la propia organización* que las CCAA están habilitadas para establecer *ex art. 149.1.18 CE*, por excepción a la remisión general que el art. 29 EAR'99 hace a la legislación estatal en materia de responsabilidad, en coherencia con la reserva al Estado de la competencia para regular el *sistema* en dicha materia *ex art. 149.1.18 CE*.

Desde luego, prosigue el D.71/11, la fijación autonómica de las peculiaridades procedimentales derivadas de la propia organización no es objeto de reserva de Ley, salvo en el caso de las que afecten al Consejo Consultivo que sí lo son *ex art. 42 EAR'99*, aunque no se trate de una ley sujeta a mayorías especiales. Pero, la Ley reguladora del Consejo Consultivo, al tener asignada estatutariamente la regulación de las funciones del mismo, es la sede natural de las modificaciones que afecten a la competencia del Consejo por razón de la cuantía, por lo que es dudosa la estatutoriedad de aprobarlas en una Ley autonómica distinta.

Por otra parte, aunque el derecho a la indemnidad patrimonial reconocido a los ciudadanos en el art. 106 CE puede ser modulado por el legislador, dicha modulación no puede ser arbitraria (cfr. art. 9.3 CE).

En suma, el Consejo, en su D.71/11, resalta su posición institucional y el papel central que los Altos Órganos Consultivos desempeñan en el Estado autonómico de Derecho para asegurar el principio de legalidad y el equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías de los ciudadanos.

3. La autonomía local

El D. 6/11, sobre el Anteproyecto de Decreto del servicio de ayuda a domicilio, ha permitido al Consejo Consultivo analizar de nuevo el concepto constitucional de autonomía local como garantía institucional.

Este concepto ya había sido objeto de atención en D.34/09 y D.50/10, cuya doctrina es reiterada por el D.6/11 al afirmar que, en virtud de la autonomía local, municipios, provincias e islas participan, mediante sus órganos propios designados democráticamente en el gobierno y administración de los asuntos de su respectiva comunidad vecinal; y, sobre todo, que la autonomía local es un derecho constitucional construido con la técnica de las garantías institucionales, cuyo contenido es de configuración legal, si bien las leyes, tanto estatales como autonómicas, que lo delimiten han de respetar los ele-

mentos esenciales o núcleo indisponible del autogobierno de los municipios, esto es, de los asuntos que son de interés municipal, para que estas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno.

En efecto, el D.6/11 reitera, con la STC 170/89, que la CE (arts. 137, 140 y 141). reconoce la autonomía a los entes locales «para la gestión de sus respectivos intereses», pero no señala cuáles son su alcance y contenido, por lo que es un concepto de configuración legal. Pero la autonomía local es un derecho construido con la técnica de las garantías institucionales, que garantizan frente al legislador estatal y autonómico un mínimo o núcleo indisponible y razonable de facultades suficiente para, en el marco de los arts. 137, 140 y 141 CE, preservar la imagen de las entidades locales, de suerte que sean reconocibles como una instancia autónoma e individualizada de toma de decisiones y se les asegure una participación efectiva en los asuntos que les atañen (SSTC 159/01, 51/04, 252/05 y 40/06).

El problema que plantea la interpretación del significado de la autonomía local es que, salvo su reconocimiento y declaración, nada establece la CE respecto de su alcance y contenido, pues no determina cuáles son esos intereses propios para cuya gestión es reconocida. Para resolver esta cuestión hay que partir: i) de la afirmación de la STC 4/81 de que autonomía no es soberanía, sino un poder limitado en el marco de la ley; y ii) de la consideración de las entidades locales como poderes públicos que participan en la distribución vertical del poder, graduándose la misma en función de los intereses locales que concurren los respectivos ámbitos, tal como señalaron los D. 34/09 y D.50/10.

A partir de ahí, como ha señalado la STC 159/01, el D.6/11 reitera la doctrina sentada en el D.50/10 en el sentido de que, en la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE.

Por ello y so pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el D. 6/11 reitera que el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese

umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno (SSTC 159/01, 51/04, 252/05 y 40/06).

Esto dicho, el D.6/11 concluye que las normas reglamentarias dictadas en desarrollo y por habilitación expresa de leyes, tanto estatales como autonómicas, deben respetar la garantía institucional de la autonomía local, lo que introduce una cualificación especial, de naturaleza constitucional, al inevitable respeto por aquéllas del principio de jerarquía normativa, pero en nada más limita ni impide ese desarrollo reglamentario. De ahí que un reglamento autonómico sectorial (sobre un servicio social, en el caso del D.6/11) pueda reglamentar el sector correspondiente, aunque la ley que desarrolle determine que la gestión del mismo corresponde a las entidades locales.

Ahora bien, la garantía institucional de la autonomía local no es conculcada por el hecho de que la normativa autonómica legal o reglamentaria establezca un marco normativo común para la prestación de un servicio (social, en el caso del D.6/11), siempre que el establecimiento del mismo constituya una competencia de la Comunidad Autónoma asumida por su Estatuto de Autonomía. En consecuencia, el D.6/11 argumenta que, atribuida una competencia a la Comunidad Autónoma por el Estatuto de Autonomía, el hecho de que la misma sea ejercitada mediante ley o reglamento para determinar el marco común de prestación de un servicio por las entidades locales no limita la autonomía local de estas. Sin embargo, en materia de población, el empadronamiento debe ser el único medio de acreditación de residencia legal en un municipio exigido por un reglamento sectorial (D.22/11).

4. Doctrina consultiva sobre las fuentes del Derecho en la Constitución

A) El Derecho comunitario europeo; en especial la trasposición de la Directiva Bolkestein o de Servicios

Como es sabido, la Directiva *Bolkestein o de Servicios* (Dva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre) tiene por objeto establecer un marco jurídico general para facilitar la consecución de un efectivo mercado interior en el ámbito de los servicios, mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos que dificulten su prestación. En el ámbito estatal, la trasposición de esta Directiva se ha producido: i) en el plano gene-

ral y abstracto de lo básico, mediante la denominada «Ley paraguas» (Ley 17/09), que recoge los principios y criterios generales de la Directiva; y ii) en el plano de lo concreto, mediante la llamada «Ley ómnibus» (Ley 25/09), que adapta a la Directiva los distintos sectores, modificando o derogando normas estatales, lo cual ha sido completado en cada sector por las correspondientes normas reglamentarias estatales. Las CCAA han intervenido en la trasposición de la Directiva en el ámbito de sus respectivas competencias, normalmente: i) mediante una «Ley ómnibus» de cada C.A., a veces, incluida en la «Ley de acompañamiento» a la de sus Presupuestos Generales; y ii) mediante reformas de nivel reglamentario en cada sector competencial concreto. En lo que concierne a las competencias afectadas de la CAR, se ha hecho: i) para las normas con rango de Ley, por la Ley 6/09; y ii) para las normas con rango reglamentario, por uno o varios Decretos.

En 2010, el Consejo se ocupó de la trasposición como fenómeno jurídico general y, en particular, sobre la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o *de Servicios* y sus distintas medidas de simplificación administrativa, en especial, la sustitución del sistema de autorización administrativa previa por el de comunicación o declaración responsable con posterior inspección y control administrativo (D.35/10 y D.101/10).

En 2011, el Consejo ha seguido afirmando el *principio de respeto a la distribución interna de competencias*, es decir, que la ejecución y transposición del Derecho comunitario europeo compete al Estado y a las CC.AA según el orden constitucional y estatutario interno de distribución de competencias ex SSTC 252/88, 64, 76 y 236/91, 79/92, 141/93 y 102/95, por lo que la CAR es competente para trasponer normativa europea en la medida en que tenga competencias sobre las diversas materias a las que afecta. Por eso, el D.64/11 advierte de que la Directiva de Servicios no impone en todo caso la sustitución de la autorización administrativa previa por la comunicación previa responsable, ya que contiene una lista de excepciones, precisada por la *Ley paraguas*, en las que puede seguir empleándose la técnica de la autorización administrativa previa.

En concreto, el referido D.64/11 entiende aconsejable seguir empleando la técnica de la autorización administrativa previa en materia de apertura de centros de micro pigmentación y perforación cutánea (*piercing*), pues el peligro que encierran para la salud y el hecho de que deban ser prestados por personal oficialmente capacitado permiten acogerla a la excepción de la Directiva para servicios sanitarios de prestación reservada a profesiones reguladas.

Ahora bien, no debe olvidarse que la sustitución de la temporalidad de las autorizaciones por la exigencia del cumplimiento continuado de los requisitos exigidos reglamentariamente es una consecuencia de la transposición de la Directiva europea *Bolkestein* o de Servicios, como ha recordado el D.23/11 a propósito del régimen jurídico de la producción agrícola integrada.

B) El binomio bases estatales-desarrollo normativo autonómico

El Consejo Consultivo ha seguido en 2011 recordando la correcta interpretación del binomio constitucional bases estatales-normativa autonómica de desarrollo. Así, en el D. 18/11, reitera lo señalado en el D. 62/10 en el sentido de que la doctrina al respecto del TC vincula el contenido posible de las normas estatales básicas con el interés general para que exista una normativa uniforme en lo sustancial, es decir, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, pueda establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco que la CE y el EA le hayan atribuido sobre la misma materia (STC 28-1-82). Por eso, el D.73/11 insiste en que el respeto a la normativa básica es condición necesaria para la validez de la norma autonómica de desarrollo.

De esta doctrina general, extrae el Consejo las precisas consecuencias; y así ha advertido, en el citado D.73/11, que la repetición de las bases o la remisión a las mismas en la normativa de desarrollo, cuando esta no añade nada a la regulación general y abstracta de aquéllas, es innecesaria y genera inseguridad jurídica, ya que implica el desajuste o inadecuación sobrevenida de la normativa de desarrollo cada vez que se modifique la básica, por lo que basta con hacer una referencia a tales bases en la correspondiente Exposición de motivos.

Por su parte, el D. 31/11 advierte que la normativa autonómica puede desplazar al Derecho estatal cuando la Comunidad Autónoma tenga competencias normativas, pero como quiera que el Derecho estatal continuará vigente como supletorio en cuanto no haya sido desplazado, el Derecho autonómico puede remitirse expresamente en ciertos aspectos al estatal; si bien, en aras de la seguridad jurídica, es aconsejable evitar esta remisión y acometer una regulación completa de la materia.

Finalmente, el D.22/11 advierte, en base al *criterio de normativa mínima*, que la legislación autonómica (en el caso, la riojana en materia de servicios sociales) no ha de remitirse a legislación estatal (en el caso, sobre extranjería) mientras la Comunidad Autónoma no establezca condiciones más restrictivas.

C) *Las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE*

Reiterando la doctrina general expuesta en años anteriores (cfr. D.64/07, D.128/07, D.109/08, D.29/10, D.73/10), el D. 18/11 insiste en la necesaria distinción entre legislación básica y condiciones básicas del art. 149.1.1. CE y en el abuso del título competencial genérico que suponen las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE para hacer tan detallada la legislación básica en una materia concreta que no deje espacio para el desarrollo normativo autonómico.

Así, el Consejo Consultivo, en D.6/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11, insiste en la doctrina sentada en D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.62/10, D.73/10, D.100/10, D.62/10, D.73/10, D.105/10, D.100/10, D.29/10, D.30/10, D.44/10 y D.73/10, criticando que el Estado central haya empleado las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE, para imponer una uniformidad nacional en esta materia, cuando dicho precepto constitucional, según SSTC 61/97, 164/01, 239/02 y 228/03: i) solo se refiere a derechos constitucionales *stricto sensu* y no a los principios rectores de la política social y económica, como los de los arts. 49 y 50 CE; ii) ha de operar *a través* y no *a pesar* del reparto competencial; iii) no permite equiparar *condiciones básicas a legislación básica*; iv) se mueve en la perspectiva de garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, por lo que su destinatario es el ciudadano y no las CCAA; v) no puede operar como un título competencial horizontal del Estado susceptible de convertir en *compartidas* las competencias autonómicas *exclusivas*; vi) tampoco puede operar como una ley de armonización; vii) supone establecer un contenido mínimo o básico de los derechos fundamentales en sentido estricto, pero no de los derechos que constituyan principios rectores de la política económica y social ni de los derechos subjetivos creados por leyes estatales; y tampoco sirven para establecer medidas concretas de carácter ejecutivo que deban acometer las CCAA; y viii) supone convertir en compartida una competencia que es exclusiva de las CCAA.

D) *Los Reglamentos*

La competencia del Consejo Consultivo para dictaminar preceptivamente sobre los Anteproyectos de reglamentos ejecutivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, le ha permitido elaborar en 2011 la siguiente doctrina sobre esta fuente jurídica:

- *Finalidad*: Estos reglamentos tienen por objeto completar, desarrollar o concretar lo que en la Ley aparece regulado de modo más genérico o en

forma principal, dejando a la Administración un espacio regulativo a rellenar por medio del reglamento, en el que se precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la completa actuación administrativa sobre ella (D.29/11).

- *Competencia*: La competencia de la Comunidad Autónoma constituye un presupuesto necesario para la validez de cualquier tipo de disposición, legal o reglamentaria, que dicten sus órganos (D.10/11, D.11/11, D.30/11 y D.31/11).
- *Cobertura legal*: Estos reglamentos parten de una habilitación legal que constituye su marco normativo general y el objeto principal de los mismos consiste, de un lado, en establecer, bajo el principio de legalidad, unas reglas que ofrezcan a los ciudadanos la seguridad jurídica debida; y, de otro, permitir la adecuación normativa mediante el desarrollo reglamentario de una materia; por eso: i) el sometimiento a la ley de estos reglamentos es expresión de la satisfacción del principio de legalidad (D.29/11); y ii) un reglamento no puede establecer obligaciones a los ciudadanos que no estén contempladas en la ley que le presta cobertura (D.12/11).
- *Potestad reglamentaria de los Organismos autónomos*. En Organismos autónomos, hay que tener en cuenta que, salvo que su Ley creacional se la haya reconocido expresamente, carecen de la potestad reglamentaria *ad extra*, la cual se reserva a las entidades territoriales de las que dependen (principio de generalidad), por lo que, a lo sumo, solo dispondrán de una facultad de organización *ad intra*, o sea, interna o doméstica, que se limita a su propio ámbito de actuación (principio de especialidad). De estos principios, establecidos en los arts. 22.1 y 24.2 g) de la Ley 3/03, de 3 de marzo, de Organización del sector público de la CAR, resulta que, por lo general, ninguno de sus órganos internos podrá dictar la resolución de inicio de un procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, debiendo limitarse a formular propuestas a la Consejería de adscripción (D.1/11).

E) Convenios y Acuerdos colectivos

Ha declarado el Consejo en su D.10/11, a propósito de la negociación colectiva en el ámbito funcional, que, cuando el texto de una disposición general ha sido objeto de negociación colectiva, también debe serlo su modificación.

Por su parte, el D.82/11 ha señalado que, por motivos de jerarquía normativa, un Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en un Ayuntamiento, sea una manifestación de la potestad reglamentaria o de la negociación colectiva, no puede contradecir a la Ley General de Seguridad Social, sino que ha de adaptarse a ella.

5. Doctrina consultiva sobre las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de La Rioja

La preceptiva intervención del Consejo Consultivo en el procedimiento administrativo especial para la elaboración de disposiciones generales permite que sus dictámenes analicen, como cuestión prioritaria, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la norma proyectada, lo que viene conformando un sólido cuerpo de doctrina consultiva sobre este importante aspecto del Estatuto de Autonomía.

Con carácter general, en 2011, el Consejo ha seguido recordando que las competencias de la CAR: i) se tienen por el Estatuto de Autonomía, interpretado conforme a la Constitución, no por virtud de los Reales Decretos de traspasos, que solo transfieren medios personales y materiales para su ejercicio (D.73/11); y ii) se ciñen a su propio territorio, ya que, si una materia afecta a territorios de otras CCAA, la competencia es estatal, aunque la mayor parte afecte a una de ellas, sin perjuicio de que el legislador autonómico deba tener en cuenta las disfunciones que ello puede ocasionar (D.89/10).

En materias concretas, el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre las siguientes competencias asumidas por la CAR en el Estatuto de Autonomía:

A) Competencias en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias: la producción integrada de productos agrarios

La competencia estatutaria en materia de agricultura comprende la de regular la producción integrada de productos agrarios en la CAR (D.23/11).

B) Competencias en materia de promoción del deporte, adecuada utilización del ocio, espectáculos públicos y actividades recreativas: los espectáculos taurinos

Se trata de una competencia exclusiva de la CAR *ex art.* 8.1.27 y 29 EAR'99 que comprende, junto con la competencia de organización del art. 26 EAR'99 y sin perjuicio de la competencia estatal en materia de seguridad

pública del art. 149.1.29 CE, la de crear y regular el Consejo de espectáculos taurinos de la CAR (D.30/11).

El Consejo Consultivo se ha ocupado en 2011 especialmente de la competencia en materia de *espectáculos taurinos*, distinguiendo en el D.31/11 tres fases en su régimen estatutario:

- El EAR'82 atribuía esta competencia a la CAR como compartida (art. 9 EAR'82), siguiendo así el modelo de las CCAA constituidas por la vía lenta de la CE, mientras que las constituidas por la vía rápida del art. 151 CE y la DT 2ª CE asumieron desde el principio esta competencia como exclusiva. En este contexto, el Estado dictó la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en espectáculos taurinos, cuya DA respetaba las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de las estatales por razón de la competencia en materia de seguridad y orden público *ex* art. 149.1.29 CE.
- El art. 8.1.22 EAR'94 atribuyó a la CAR competencia exclusiva en materia de espectáculos, por lo que se pudo dictar el Decreto 30/1996, de 31 de mayo, sobre los taurinos tradicionales en la CAR, cuya cobertura legal se encontraba en la precitada Ley estatal 10/1991, que habilitaba en su DF 2ª para su desarrollo reglamentario, no solo al Estado sino también a las CCAA.
- El art. 8.1.29 EAR'99 atribuye competencia exclusiva a la CAR en materia de espectáculos y, a su amparo, la CAR dictó la Ley 4/2000, de 25 de octubre, de Espectáculos públicos y actividades recreativas, cuyo art. 1.2 prevé una normativa específica para ciertos espectáculos, como los taurinos. Ahora bien, dicha normativa específica es, no solo la autonómica, sino también la estatal, amparada por la competencia del Estado en materia de seguridad pública y contenida en la legislación estatal (Ley 10/91 y Reglamento taurino, aprobado por RD 145/96, de 2 de febrero), de suerte que la CAR no puede desplazar esta normativa estatal en cuanto resulte amparada por dicha competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública, pero sí puede desplazarla en todo lo demás, al ser mero Derecho supletorio *ex* art. 149.3 CE, según han entendido las SSTC 118/96 y 67/97; si bien, obviamente, quedará vigente dicha normativa estatal mientras no sea desplazada por la autonómica, como sucede si el Derecho autonómico se remite expresamente al estatal; si bien, en aras de la seguridad jurídica, es aconsejable evitar tal remisión.

En resumen, el D.31/11 concluye que la competencia autonómica en materia de espectáculos comprende, por lo que se refiere a los taurinos, junto con la competencia de organización del art. 26 EAR'99 y sin perjuicio de la competencia estatal en materia de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, la de crear y regular el Consejo de espectáculos taurinos de la CAR; y también la reglamentación autonómica de los espectáculos taurinos populares; aunque ha de entenderse vigente la exigencia de comunicar previamente su celebración al Delegado del Gobierno, que podrá suspenderlos o prohibirlos por razones de seguridad ciudadana u orden público *ex* DA Ley estatal 10/91. En todo caso, la potestad reglamentaria de la CAR en esta materia se enmarca en la Ley autonómica 4/2000, de 25 de octubre, de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

C) Competencias en materia de educación y títulos académicos y profesionales: los estudios superiores de diseño

La educación es una competencia compartida (de desarrollo normativo y ejecución) *ex* art. 10.1 EAR'99, sin perjuicio de las competencias estatales al respecto y en el marco de la legislación básica estatal en la materia, *ex* art. 149.1.30 CE (D.73/11). Sin embargo, la aplicación de esta competencia a ciertos subsectores educativos resulta compleja. Así, en 2011, el Consejo ha analizado dos de ellos: la formación para el empleo (al que aludiremos al tratar de la competencia en materia laboral) y los estudios de diseño.

En cuanto a éstos últimos, el Consejo ha declarado en 2011 que la competencia autonómica en materia educativa comprende la regulación de las enseñanzas artísticas de grado superior en diseño en la CAR, y ha aclarado que el marco normativo estatal que delimita las competencias autonómicas en esta materia se encuentra integrado por los arts. 54 a 58 LOE (LO 2/06), el RD 1614/09, de ordenación de estas enseñanzas; el RD 303/10, sobre los centros para impartirlas; y el RD 633/10, sobre contenido y Especialidades. En tal marco, la CAR ejercitó sus competencias mediante la Resolución de 3-9-10, sobre implantación de estas enseñanzas y el plan experimental de sus Especialidades. Mas, para ser completa, la norma que establece una planificación educativa duradera en el tiempo debe indicar, en cada Especialidad, las materias, su obligatoriedad y los cursos y cuatrimestres en que se impartirán.

Finalmente, el Consejo, en un caso sobre competencias profesionales (D.64/11), ha aludido al concepto de *profesión regulada*, que aparece recogido en el art 3.13 de la Ley 17/09 (*ley paraguas*) para la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios 123/06, para referirse a la actividad profesional

cuyo acceso, ejercicio o una de sus modalidades de ejercicio esté subordinada, directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, concluyendo el posible carácter de profesión regulada de los aplicadores de micropigmentación y perforación cutánea (*piercing*).

***D) Competencias en materia de función pública:
los turnos de reserva a discapacitados***

Se trata de una competencia compartida (de desarrollo normativo y ejecución) con el Estado central (que dicta la legislación básica), *ex art.* 31.5 EAR'99 (D.10/11). En todo caso, esta competencia autonómica comprende la de regular el acceso a la función pública de personas con discapacidad mediante un turno y cupo de plazas reservadas según su tipo de minusvalía (D.10/11).

***E) Competencias en materia de honores y distinciones:
el Derecho honorífico***

El Consejo Consultivo de La Rioja, cuya doctrina en materia de Derecho honorífico está acreditada desde su D.55/00, ha reiterado en el D.20/11 que, en su proyección externa, el *ius honorandi* goza de los mismos títulos competenciales que los estatutariamente conferidos sobre el sector de cuyo fomento premial se trata.

Así, en materia de Derecho honorífico, ha declarado el Consejo, en D.20/11: i) que la Ley 1/01 presta cobertura a los reglamentos de creación de distinciones sectoriales, p.e. en materia de agricultura; ii) que supone una extralimitación procedimental que los propios interesados en obtener una distinción participen en la convocatoria de la misma, pero no que sean propuestos por otras personas o entidades; y iii) que el reglamento de la distinción debe precisar el número, composición y duración de los miembros del Jurado de concesión.

***F) Competencias en materia laboral: las cualificaciones
y la formación ocupacional para el empleo***

Es competencia de ejecución de la legislación laboral *ex arts.* 149.1.7 CE y 11. 2 y 3 EAR'99 (D.1/11, D.29/11, D.46/11) que comprende: i) la implantación y regulación de un Registro administrativo de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo, que también sirve para su depósito y publicación, el

cual está previsto en los arts 89 y 90.2 ET y en el RD 713/10. (D.46/11); y ii) la creación y regulación de un Consejo Riojano del Trabajo autónomo, como órgano de participación y diálogo institucional entre las asociaciones de trabajadores (D.29/11).

También comprende, como una submateria laboral, la formación profesional ocupacional, es decir, para para el empleo, cuestión a la que el Consejo ha dedicado el D. 1/11 y el D. 18/11. En efecto, en materia de cualificación y formación profesional y ocupacional para el empleo, existe un doble título competencial: el art. 10 EAR'99 (educación) y el art. 11.1.3. EAR'99 (formación profesional ocupacional o para el empleo); de ahí que esta materia pueda afectar a las Consejerías competentes en materia de educación y de empleo (D.1/11, D.18/11). Además, en materia de formación para el empleo, la competencia laboral es meramente de ejecución, por lo que, para dictar normas reglamentarias, hay que acudir al título competencial en materia educativa, que es de desarrollo normativo (D.18/11), sin olvidar que el Estado ha dictado la Ley 5/02, de Cualificaciones y FP, desarrollada por el RD 1558/05, cuyo marco normativo ha de ser respetado por los reglamentos autonómicos en la materia (D.90/10, D.1/11). Además, el Consejo Consultivo advierte que el Estado central ostenta una competencia exclusiva en materia de títulos académicos y profesionales *ex art. 149.1.30 CE*, que, ampara a la LO 5/02, sobre Cualificaciones y formación profesional, la cual: i) en el art. 10, habilita al Estado central para fijar el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales que determine las ofertas existentes al respecto; ii) en los arts. 2.3.c) y 6.3 (sin el carácter de legislación orgánica, según declara la DF LO 5/02), prevé la creación de sistemas de participación social en la materia, lo que posibilita la intervención de las CCAA al respecto; y iii) en el art. 10.2, habilita a las CCA para ampliar los contenidos de los títulos de FP (D.1/11).

En cuanto a la CAR, tiene, por un lado, competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de cualificaciones y formación profesional, como submateria de la educación, *ex art. 10 EAR'99*; y, por otro, competencia ejecutiva en materia laboral *ex art 11.1.3 EAR'99*, que comprende, como una submateria, la formación profesional ocupacional, es decir, para para el empleo, cuya gestión ha sido asignada por el art. 4.3, d) de la Ley autonómica 2/03, al organismo autónomo denominado Servicio Riojano de Empleo (D.1/11).

Respecto a la organización en materia de cualificaciones y formación profesional, el Consejo observa que: i) el Estado central la concreta en el Consejo General de FP, órgano consultivo y de participación en la materia, ads-

crito al Ministerio de Trabajo (independiente del Consejo Escolar del Estado, si bien su presidencia corresponde a los Ministros de Trabajo y de Educación por turnos bianuales), para cuyo apoyo, el RD 375/99 creó el Instituto Nacional de Cualificaciones Profesionales (INCUAL); y ii) la CAR, inspirándose en el modelo estatal, adoptó el Acuerdo Social para la Productividad y el Empleo de 2005, que propició la creación, por Decreto 24/05, del Consejo de FP de La Rioja, adscrito a la Consejería competente en materia de educación (aunque con presidencia rotativa con el titular de la Consejería competente en materia de empleo) y con el apoyo de un Departamento de Cualificaciones, previsto en un instrumento de planificación (el ap. 1.2. del Plan de FP de la CAR para 2009-2011) y citado en una página web institucional como adscrito al organismo autónomo denominado Servicio Riojano de Empleo, si bien no figura en el Decreto 61/08 por el que se aprueba su estructura orgánica, por lo que carece de una norma de creación expresa, sin la cual no deben crearse Comisiones Sectoriales del mismo (D.1/11, D.18/11).

G) Competencias en materia de protección y tutela de menores: la asistencia domiciliar

Es competencia exclusiva *ex art. 8.1.32 EAR'99* (D.6/11), por lo que comprende la asistencia a domicilio prevista en la Ley 1/2006, de Protección de menores de la CAR (D.6/11).

H) Competencias en materia de organización institucional y administrativa: su necesaria distinción

Ambas son competencias exclusivas, *ex arts. 8.1.1 y 26.1 EAR'99* (D.10/11, D.29/11); pero el Consejo ha vuelto a insistir en 2011 en la necesidad de diferenciarlas. En efecto, la competencia *ex art. 8.1.1 EAR'99*, para la auto-organización de instituciones de autogobierno, no debe ser confundida con la competencia, *ex art. 26.1 EAR'99*, para la auto-organización de la propia Administración, como, recogiendo la doctrina sentada en D.56/06, D.73/08, D.6/10 y D.52/10, se ha reiterado en D.12/11 y D.46/11.

Así, es claro que la competencia del art. 26.1 EAR'99 comprende la creación y regulación del Consejo Riojano del Trabajo Autónomo, también permitido por el art. 22.7 de la Ley estatal 20/07, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (D.29/11). Pero existen materias en que dicha competencia en materia de auto-organización administrativa se entremezcla con la de auto-organización institucional. En 2011, el Consejo ha analizado dos casos en que así sucede.

El primero es la regulación del Registro de bienes e intereses de miembros de gobierno y de altos cargos, previsto en la Ley 8/2003, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros, donde el Consejo ha afirmado, en el D.12/11, que la competencia *ex art. 8.1.1 EAR'99* comprende solo la regulación de dicho Registro en cuanto se refiera a los miembros del Gobierno; mientras que, en cuanto se refiera a los demás altos cargos, la competencia operativa es la del art. 26.1 EAR'99.

El segundo caso es el de la regulación del propio Consejo Consultivo, donde el D.71/11 entiende que ambas competencias se mezclan y quedan superadas al estar reservada estatutariamente en el art. 42 EAR'99 la regulación de dicho Consejo a una ley específica, por lo que es dicho precepto estatutario el que opera como título habilitante en la materia.

***I) Competencias en materia de protección civil:
conurrencia con el Estado central***

Reiterando la doctrina sentada en el D. 33/06, el Consejo ha declarado en 2011 que la protección civil es competencia no mencionada ni en la CE ni en el EAR'99, pero reconocida, en SSTC 123/84 y 133/90, como competencia del Estado central, en cuanto atañe a la seguridad pública; y como competencia de las CCAA, en cuanto afecta a otras competencias relacionadas, como la vigilancia de sus edificios e instalaciones, sanidad, carreteras y montes, entre otras, por lo que es una competencia concurrente, si bien corresponde necesariamente al Estado caso de emergencias, catástrofes o calamidades de alcance nacional (D.55/11, D.61/11).

Por tanto, la CAR tiene competencia en materia de protección civil al ser titular de competencias sectoriales que, con diverso alcance, inciden sobre la misma, como la protección de sus propias instalaciones, la coordinación de las policías locales, los espectáculos, la agricultura, los ferrocarriles, carreteras y caminos de su ámbito territorial y el transporte por los mismos medios y por cable o tubería, las obras públicas, la industria, la protección del medio ambiente, la sanidad e higiene y los montes (D.55/11, D.61/11). En suma, la competencia de la CAR en esta materia comprende la ordenación de la protección civil en su ámbito, pero respetando los ámbitos de otras Administraciones públicas (D.55/11, D.61/11)

El carácter concurrente de esta competencia lo revelan normas bien significativas, como el art. 8 RD 407/92, por el que se aprueba la Norma Básica

de Protección Civil, que legitima a las CCAA para aprobar Planes territoriales y especiales en la materia, como ha hecho la CAR al aprobar la Ley 1/2001, de 7 de febrero, de Protección Civil y atención de emergencias de La Rioja y, en su desarrollo, tanto un Plan Especial de Protección Civil de La Rioja en materia de transporte de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril (*TRANSCAR*), analizado en el D.55/11; como un Plan Territorial de Protección Civil de La Rioja (*PLATERCAR*), estudiado en el D.61/11.

J) Competencias en materia de sanidad e higiene: regulación de desfibriladores y centros de micro-pigmentación y perforación cutánea

Son competencias de desarrollo normativo y ejecución *ex art.* 9.5 EAR'99 (D.64/11) que amparan la implantación y regulación del uso de desfibriladores externos (D.41/11 que reitera la doctrina establecida en D.71/08 y D.88/08) y la reglamentación de los centros de micro-pigmentación y perforación cutánea (*piercing*) a que se refiere el D.64/11, como ya hiciera el D.10/04.

K) Competencias en materia de servicios sociales, asistencia social y desarrollo comunitario.

El Consejo Consultivo, en coherencia con la antes referida inconstitucionalidad que le merece la Ley estatal 39/06 insiste, en sus D.14/11, D.15/11, D.85/11 y D.86/11, en que la misma crea un nuevo derecho subjetivo de carácter prestacional a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, caracterizado por no ser exigible al Estado que lo crea sino a las CCAA, cuyas políticas en la materia quedan condicionadas por el sistema de atención a la dependencia estatalmente impuesto, por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y parcialmente en el nivel cooperativo.

Por ello, el Consejo, reiterando la doctrina sentada en sus D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, entiende que dicha Ley estatal condiciona tan decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de Asistencia social que es inconstitucional, aunque exista normativa autonómica que la desarrolle; pero es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada tal por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo, máxime cuando la legislación autonómica (aunque incorrectamente) haya reconocido la validez y vigencia de aquella y se haya sometido a sus prescripciones, modulando el sistema autonómico de prestaciones a las exigencias estatales tanto legales como reglamentarias (D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11).

En consecuencia, como ya había señalado el D. 73/10, la CAR debe aludir en sus proyectos normativos solo a los títulos competenciales derivados del EAR.

Por lo demás, la competencia autonómica en materia de servicios sociales comprende: i) la regulación del servicio de ayuda a domicilio (D.6/11); ii) la regulación del Registro de entidades, centros y servicios sociales de La Rioja (D.11/11); iii) la regulación del servicio de estancias temporales para personas con discapacidad con gran dependencia o dependencia severa del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia (D.14/11, D.85/11); iv) la regulación del sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del Sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia (D.15/11, D.85/11); v) la aprobación y determinación de la Cartera de los Servicios y prestaciones sociales existentes en la CAR (D.22/11); y vi) la regulación del sistema de acceso al servicio público de atención residencial para personas mayores en situación de riesgo o exclusión social (D.5/12).

***L) Competencias en materia de tasas y precios públicos:
el concepto de precio público***

Se trata de una competencia de las CC.AA *ex arts.* 133 CE y 7 LOFCA, tal y como ha sido interpretado por STC 185/95 (D.39/11, que reitera la doctrina establecida en D.56/03 y D.91/04: D.18/06), por lo que comprende la de determinar, por Decreto autonómico (cfr. Decreto. 87/03, modificado por Decretos 59/04, 25/06 y 130/07), en desarrollo del art. 36.1 de la Ley 6/2002, de 18 de octubre, de Tasas y Precios públicos de la CAR, las categorías de bienes, servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos (D.39/11, que reitera la doctrina sentada en D.56/03, D.91/04, D.18/06, D.116/07 y D.88/10).

Esto dicho, el Concejo insiste en el concepto y requisitos de precio público (ingreso no tributario en contraprestación de servicios, actividades o entregas que, realizados también por el sector privado, sean efectuados por la Administración en régimen jurídico-público a solicitud voluntaria de los particulares) que se contiene en el art. 35 de la Ley 6/02 precitada (D.39/11, en la línea iniciada por el D.88/10).

En cuanto a las tasas, el Consejo se ha limitado en 2011 ha recordar que la fijación de tasas está reservada a la ley (D.22/11).

II. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Durante 2011, el Consejo Consultivo ha emitido 22 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto.¹ En ellos, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuado perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales y la técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

1. Trascendencia y régimen jurídico

En primer lugar, el Consejo ha continuado resaltando la *importancia* del cumplimiento de estos trámites, que, no solo debe ser formal, sino con rigor, ya que: i) se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico; ii) tiene por finalidad encauzar adecuadamente el ejercicio de una de las potestades de efectos más intensos y permanentes de la Administración, cual es la reglamentaria; iii) constituye una garantía de acierto en la elaboración de la disposición general; iv) presta una mayor certeza y garantía jurídica a los ciudadanos; y v) además, su incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas (D.1/11, D.6/11, D.10/11, D.11/11, D.12/11, D.14/11, D.15/11, D.18/11, D.20/11, D.22/11, D.23/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.39/11, D.41/11, D.46/11, D.55/11, D.61/11, D.64/11, D.73/11, D.85/11, D.86/11).

¹ Tales Proyectos se han referido a las siguientes materias: i) Gobierno: Registro de actividades de altos cargos (D.12/11) y Premios *Rioja capital* (D.20/11); ii) Interior: Consejo taurino (D.30/11), espectáculos taurinos populares (D.31/11); iii) Agricultura: Producción agraria integrada (D. 23/11); iv) Educación: Formación Profesional (D.1/11), competencias profesionales adquiridas por experiencia profesional (D.18/11), enseñanzas de diseño (D.73/11); v) Hacienda: precios públicos (D.39/11); vi) Protección civil: Plan territorial (D.61/11); vii) Sanidad: Desfibriladores (D.41/11), régimen de establecimientos de tatuaje y perforación cutánea (D.64/11); viii) Servicios Sociales: Ayuda domiciliaria (D.6/11), empleo de discapacitados (D.10/11), Registro de centros y entidades (D.11/11), estancias temporales de personas mayores discapacitadas y dependientes (D.14/11, D.15/11 y D.85/11) y cartera de servicios sociales (D.22/11); ix) Trabajo: Consejo riojano del trabajo autónomo (D.29/11), registro de convenios colectivos (D.46/11); y x) Transportes: Plan transportes mercancías peligrosas (D.55/11).

2. Iniciación

Respecto a la *Resolución de inicio*, el Consejo ha seguido insistiendo en la *competencia* para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios² apuntando únicamente como novedades las siguientes, que demuestran que la doctrina consultiva en este aspecto está suponiendo un importante factor de deslinde competencial en materias conflictivas en el seno de la Administración autonómica activa:

- Cuando una materia es competencia de varias Consejerías, la propuesta normativa debe ser elevada conjuntamente al Gobierno por todas ellas, aunque la resolución de inicio haya partido de una sola de ellas, ya que ni el art. 46 de la Ley 8/03, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros; ni los arts. 33 a 42 de la Ley 4/05, de funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, prevén el supuesto que, en el ámbito estatal, afecta a la forma de la disposición al ser atribuida en estos casos al Ministerio de la Presidencia (D.1/11).
- En Organismos autónomos, hay que recordar, como hemos señalado anteriormente, que, salvo que su Ley creacional se la haya reconocido expresamente, carecen de la potestad reglamentaria *ad extra*, la cual se reserva a las entidades territoriales de las que dependa (principio de generalidad), por lo que, a lo sumo, solo dispondrán de una facultad de

2 Dicha doctrina, formulada en numerosos Dictámenes anteriores (cfr. por todos, D.17/07 y D.88/10), es reiterada por el D.39/11 y consiste en que compete dictarla, tras el art. 33.1 Ley 4/05, al órgano competente por razón de la materia, de suerte que, una vez determinada la Consejería genéricamente competente, corresponde a su Consejero titular dictar esta Resolución de inicio, determinando en ella a qué órgano se asigna la tramitación; debiendo entender que lo será el Secretario General Técnico, salvo que se asigne a una Dirección General o a otro órgano, lo cual puede hacerse *ad casum* o mediante una disposición general reglamentaria (como así se ha hecho en los Decretos de estructura orgánica de las distintas Consejerías que suelen atribuir esta competencia a los Directores Generales, como afirma el D.10/11); sin perjuicio de que el Consejero pueda avocar para sí esta competencia mediante acuerdo expreso *ex art.* 14 LPAC; y todo ello sin perjuicio, en su caso, de los efectos convalidantes de la precitada disposición general o de la eventual aprobación final por el Consejo de Gobierno. Ahora bien, el D. 22/11 advierte que, en los casos de avocación legal por el titular de la Consejería de la competencia que correspondía a dos Direcciones Generales de la misma, es anómalo que luego se delegue la instrucción del procedimiento en un Servicio concreto de una de ellas, pues lo correcto es atribuirlo entonces a la Secretaria General Técnica como órgano de coordinación de la Consejería.

organización interna o domestica que se limita a su propio ámbito de actuación (principio de especialidad). De estos principios, establecidos en los arts 22.1 y 24.2 g) de la Ley 3/03, de 3 de marzo, de organización del sector público de la CAR, resulta que, por lo general, ninguno de sus órganos internos podrá dictar la resolución de inicio de un procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, debiendo limitarse a formular propuestas a la Consejería de adscripción (D.1/11).

- Concretamente, en el Organismo Autónomo Servicio Riojano de Empleo, al ser sus normas reguladoras (Ley 2/03 y Decreto 127/03) anteriores a la Ley 4/05, que regula el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, puede entenderse, que, según sus Estatutos, esta Resolución compete al Gerente (en cuanto que equiparado a Director General *ex art.* 10.2. de la Ley 2/03), la aprobación del proyecto al Consejo de Administración; y, finalmente, la remisión del mismo a la Consejería de la que depende (Hacienda) para su elevación al Gobierno, compete a su Presidente (D.1/11, para unificación de doctrina). En cuanto al *contenido*, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que, en su caso, deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el *bloque de la constitucionalidad* de la competencia ejercida por la CAR (D.6/11, D.10/11, D.11/11, D.18/11, D.20/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11, D.61/11 y D.64/11).

3. Integración

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro y cuidando debidamente de la *integración del expediente* (D.6/11, D.11/11, D.12/11, D.14/11, D.15/11, D.18/11, D.20/11, D.22/11, D.23/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11, D.55/11, D.61/11, D.64/11, D.85/11 y D.86/11).

4. Memorias

Sobre el trámite de elaboración de una *Memoria justificativa*, el Consejo solo se ha ocupado en 2011 de la Memoria *final* (evaluadora del *iter* procedimental y sustantivo seguido en la tramitación) y de la Memoria *económica*.

- La *Memoria final* a que se refiere el art. 40 de la Ley 4/05: i) debe dar cuenta del objeto del proyecto, sus antecedentes, la tramitación seguida, las alegaciones presentadas y las diversas modificaciones del texto a

que hayan dado lugar, así como a la suficiencia de la memoria económica (D.22/11); y ii) no debe ser sustituida por diversos informes parciales, aunque excepcionalmente el Consejo ha admitido los mismos cuando son completos, claros y recogen todo el *iter* procedimental (D.61/11).

- La *Memoria económica* tiene por objeto que luzca en los Proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en práctica de las medidas que en los mismos se prevean, así como la financiación prevista para acometerlos; en suma, programar y racionalizar la actuación de la Administración en sus consecuencias presupuestarias y de gasto (D.22/11, D.73/11). Por eso, no debe limitarse a referir las partidas presupuestarias eventualmente afectadas, sino que debe contener un estudio del montante calculado del gasto que se cargará en ellas (D.1/11); y debe ser valorada como suficiente en la Memoria final, especialmente si ha recaído informe contrario de los órganos económicos (D.22/11).

Sobre su necesidad, el Consejo ha declarado en 2011 que *es precisa*, en materia educativa, para ponderar si los perfiles del profesorado existente se corresponden con los exigidos por los nuevos planes docentes que la norma proyecta (D.73/11).

Además, el D. 22/11, terciando en una polémica entre las Consejerías de Hacienda y de Servicios Sociales sobre si la memoria económica que acompañaba a la Ley sectorial habilitante del Decreto aprobatorio de la Cartera de Servicios Sociales de la CAR era suficiente para este último Decreto, declara que la Memoria económica es precisa muy especialmente cuando se trata de aprobar por reglamento la cartera de servicios sociales, aunque la Ley habilitante al respecto ya contuviera un estudio económico, pues deben cuantificarse los compromisos de gasto que se deriven de su aplicación. Ahora bien, al tratarse de derechos subjetivos establecidos por la Ley, pero de configuración reglamentaria, la determinación de su dimensión e impacto económicos compete establecerla y valorarla al Gobierno, no a las Consejerías afectadas ni a los órganos consultivos. Pero, esto dicho, el Consejo advierte de la trascendencia de la Memoria económica en esta materia, para evitar que una incorrecta previsión financiera conduzca a modificaciones ulteriores de las dotaciones presupuestarias y del régimen de reconocimiento de los servicios y prestaciones previstos, especialmente teniendo en cuenta que el precitado carácter de derecho subjetivo de los servicios sociales previstos cuyas prestaciones estén suficientemente determinadas hace que los ciudadanos puedan reclamarlas judicialmente mediante el recurso por inactividad prestacional

del art. 29.1 LJCA y mediante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por omisión o incumplimiento de los estándares predicables de los diferentes servicios.

Sin embargo, el Consejo ha considerado en 2011 que la Memoria económica *no es precisa* cuando la norma solo trata de: i) redistribuir un cupo de reserva de plazas entre discapacitados según el tipo de discapacidad física o psíquica que les afecte (D.10/11); o ii) de modificar la normativa que regula un Registro administrativo que ya venía funcionando con anterioridad (D.12/11).

5. Borradores y Anteproyecto

Se ha ocupado, también en 2011, el Consejo Consultivo de los *Borradores* y del Anteproyecto previstos respectivamente en los arts. 34 y 35 de la Ley 4/05, si bien se ha limitado a señalar que el Anteproyecto no puede existir mientras no se cumplan los trámites del art. 35 de la Ley 4/05 (D.31/11).

6. Trámites de audiencia, audiencia corporativa e información pública

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado en 2011 su anterior doctrina, sentando que: i) el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública (D.6/11, D.11/11, D.12/11, D.18/11, D.22/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11, D.55/11, D.61/11 y D.64/11) como aclaran los arts 36 y 37 de la Ley 4/05 (D.6/11, D.12/11, D.20/11, D.30/11, D.31/11 y D.61/11); así, mientras la audiencia es preceptiva, la información pública es facultativa (D.66/10). ii) el trámite de audiencia a los interesados -directamente o a través de las entidades reconocidas por la ley, que los agrupen o representen-, debe darse cuando lo exija una norma con rango de ley o disposición que afecte a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (D.6/11, D.11/11, D.12/11, D.23/11, D.29/11, D.85/11 y D.86/11).

El Consejo ha precisado, sin embargo, que la audiencia *no es precisa*: i) en la disposición por la que se crea una distinción honorífica, pues se trata de una medida de fomento premial que no genera obligaciones para los particulares sino mero favorecimiento honorífico y promocional del sector correspondiente (D.20/11); ii) en la norma que crea o regula un Registro administrativo (D.12/11); y iii) en proyectos de disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de tributos o ingresos de Derecho público *ex art.* 36.3. Ley 4/05 (D.39/11).

Como es sabido, el trámite de audiencia *puede cumplirse consultando a órganos representativos* generales o sectoriales.

En 2011 el Consejo ha considerado incluidos en este segundo grupo a los siguientes órganos: i) la *Federación Riojana de Municipios* (D.10/11), pero no el Consejo Riojano de Cooperación local (D.6/11, D.22/11); ii) el *Consejo de Servicios Sociales* o sus Consejos Sectoriales, pero éstos últimos solo hasta la entrada en vigor del art. 51.2 de la Ley 7/09 que exige el informe del Consejo en cuanto tal, no de sus Consejos Sectoriales (D.11/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11); iii) la *Mesa General de Negociación* y el *Comité de Empresa* de la CAR (D.10/11); el *Foro para el empleo de personas con discapacidad en la CAR* (D.10/11); iv) el *Consejo Riojano de Formación Profesional* (D.1/11); v) el *Consejo Riojano de Relaciones Laborales* (D.46/11); y vi) la *Comisión Regional de Protección Civil* (D.61/11).

Ahora bien, para que la intervención de estos órganos de participación y asesoramiento surta los efectos del trámite de audiencia deben respetarse unas exigencias mínimas para evitar diversas **corruptelas** que el Consejo viene advirtiendo en sus dictámenes.

Así, en 2011, ha dictaminado, con el carácter de doctrina legal que debe ser observada en lo sucesivo (D.14/11, D.15/11, D.22/11 y D.85/11), que el órgano de participación social debe informar en cuanto, ya que la ley que exige el informe ha querido que el órgano correspondiente sea precisamente el cauce institucional de integración de los pareceres de las diversas entidades de lo forman, plasmado en el informe preceptivo correspondiente (D.24/11). Por ello, el Consejo entiende que son rechazables las prácticas de: i) dar únicamente trámite de audiencia a todos y cada uno de los miembros de un órgano de participación social cuyo informe sea legalmente preceptivo (D.22/11); ii) remitir el proyecto a dicho órgano para que este se limite a distribuirlo entre sus miembros o entidades integrantes a fin de que aleguen lo que tengan por conveniente (D.22/11); iii) limitarse el órgano de participación a emitir un escueto informe favorable sin fundamentación alguna, especialmente si algunas de las entidades miembros han formulado amplias alegaciones al respecto (D.22/11); iv) repartir el texto consultado entre los distintos componentes del órgano para que éstos presenten observaciones y que luego el órgano se limite a escuchar en una sesión la contestación que a las mismas haga el representante de la Administración en dicho órgano (D.24/11); v) remitir el informe del órgano de participación social como un mero formulismo legal de «informe favorable», sin expresar en la certificación ni la composición del Pleno ni fundamentación alguna (D.22/11).

En cuanto a la *información pública*, esta resulta acertada cuando el objeto del proyecto tenga apreciable repercusión e incidencia en los ciudadanos (D.30/11, D.31/11). Pero la inserción del texto en un espacio de internet que insta a la participación ciudadana es un medio de publicidad del proyecto independiente de la audiencia y la información pública, aunque pueda emplearse para estas (D.89/10).

7. Informes y dictámenes preceptivos, en especial el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (D.6/11, D.11/11, D.12/11, D.14/11, D.15/11, D.18/11, D.20/11, D.22/11, D.23/11, D.29/11, D.30/11, D.55/11, D.61/11, D.64/11, D.85/11 y D.86/11), añadiendo que estos informes deben referirse al mismo texto, pues, si se refieren a borradores diferentes, el expediente resulta disfuncional (D.22/11). En este ámbito, el Consejo se ha ocupado en 2011 de diversos informes:

- El dictamen del **Consejo Escolar de La Rioja (CER)** es *preceptivo* en los procedimientos de elaboración de los Anteproyectos de Leyes y Proyectos de disposiciones administrativas de carácter general que revistan la forma de Decreto, para la programación general de la enseñanza no universitaria que elabore la Consejería competente en materia de educación (D.73/11). Pero dicho dictamen es *facultativo* (ex arts 3.5. LOE y 63 Decreto 65/05) en caso de que el proyecto se refiera a enseñanzas calificadas como superiores o de carácter superior, como son las del grado superior en diseño (D.73/11).

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en 2011 en el *deslinde interno de competencias en el seno del CER entre el Pleno y la Comisión Permanente*, estableciendo la siguiente doctrina: i) solo el Pleno del CER, y no su Comisión Permanente, es el órgano competente para emitir dictámenes sobre Anteproyectos de Ley en materia educativa y todos aquellos que le atribuya expresamente una Ley (D.92/10, D.93/10 y D.73/11); ii) la Comisión Permanente del CER es el órgano competente para emitir los dictámenes que le delegue el Pleno por razones de urgencia o necesidad o que no estén atribuidas expresamente al Pleno (D.92/10, D.93/10, D.73/11); y iii) habida cuenta de que la Comisión Permanente del CER refleja una composición plural y proporcionada de todos los sectores representados en el Pleno, puede sostenerse que la misma es el órgano competente para emitir dictámenes sobre proyectos de reglamentos, ya que la Ley 3/2004, de 25 de junio, de Consejos

Escolares de La Rioja, no reserva esa competencia al Pleno; y su art. 32 atribuye a la Comisión Permanente, entre otras funciones, la de aprobar dictámenes sobre cualquier cuestión educativa que no sea atribuida expresamente al Pleno (D.92/10, D.93/10 y D.73/11).

- El informe del **Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE)**, es preceptivo, *ex* Decretos 58/97 (hasta 15-11-07) y 125/07 (desde 15-11-07), para la creación o modificación de órganos o procedimientos, cuando la norma proyectada no supone la creación, modificación o extinción de ningún órgano o procedimiento administrativos. No es preceptivo, pero resulta aconsejable, cuando la modificación de procedimientos se realiza a través de una norma de rango no reglamentario sino de Ley (D.71/11).
- El Informe de la **Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)** ha sido preservado por el Consejo Consultivo con especial énfasis. En efecto, en 2011, el Consejo ha declarado que dicho informe jurídico tiene el carácter de preceptivo y último, aunque siempre anterior a los dictámenes del CES y del Consejo Consultivo (D.1/11, D.10/11, D.22/11, D.29/11, D.46/11). Por ello, sobre la antigua polémica de si debe o no exceptuarse también al informe de la Intervención General, el Consejo Consultivo ha reiterado que el informe de la Asesoría Jurídica debe ser posterior al informe de la Intervención General (D.54/10, D.20/11). La razón de estas exigencias es permitir al Servicio Jurídico tener en cuenta y valorar las actuaciones y observaciones presentadas por las demás entidades, órganos o servicios (D.29/11, D.46/11). Es más, el Consejo Consultivo ha entendido en 2011 que la petición del informe jurídico no debe ser simultánea a la del informe del SOCE o a la del dictamen del CES (D.46/11). La razón de este rigor es que los principios de celeridad e impulso simultáneo de trámites no permiten infringir la regla de que el informe jurídico sea el último, por lo que esa práctica de simultaneidad en la petición debe ser desterrada pues hace perder efectividad a la función trascendental que está reservada al informe jurídico (D.29/11, D.46/11). Además, el informe jurídico debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá, en su caso, a dictamen del Consejo Consultivo (D.46/11), de suerte que, después del informe jurídico, solo puede recaer la Memoria final sobre el Anteproyecto y los dictámenes que sobre este formulen los órganos consultivos externos (D.29/11).

Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el **Consejo Consultivo** ha declarado que su dictamen es *preceptivo* en *disposiciones generales*, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (D.10/11, D.14/11, D.15/11, D.39/11, D.41/11, D.46/11, D.73/11, D.85/11 y D.86/11), habiendo aclarado especialmente que es preceptivo cuando se trata de una Orden de la Consejería de naturaleza reglamentaria que modifica otra Orden anterior (D.85/11). En cuanto a su *contenido*, el dictamen consultivo comprende los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (D.1/11, D.10/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.39/11 y D.73/11), y el examen de su ajuste al *bloque de la constitucionalidad* (D.46/11); pero no comprenden sus dictámenes cuestiones de *oportunidad*, si no han sido solicitadas (D.6/11, D.12/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11 y D.55/11). Además, ha recordado el Consejo que los borradores y proyectos no deben contener la expresión *conforme* con u *oído* el Consejo Consultivo cuando ni siquiera ha sido solicitado su dictamen, o este aun no se ha emitido y, por tanto, no puede conocerse cuál va ser su sentido, o cuál va a ser la decisión del Consejo de Gobierno a la vista del dictamen que se le remita (D.46/11).

Por otro lado, el Consejo, en el D.71/11, ha precisado la preceptividad de su intervención consultiva en el procedimiento de elaboración de *disposiciones que afecten a su propia organización, competencia o funcionamiento*, señalando: i) que dicha preceptividad comprende, no solo las propuestas de modificación de la Ley reguladora del Consejo, sino de cualquier otra norma que afecte a las competencias del mismo; y ii) que el contenido del dictamen en este caso se limita a cuanto afecta a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo, sin perjuicio de aludir también al grado de observancia del procedimiento de elaboración de la disposición general correspondiente.

Finalmente, en cuanto a la *audiencia a interesados en el procedimiento consultivo*, el D.35/11 ha señalado que no es un trámite previsto como preceptivo en la normativa consultiva vigente y el Consejo puede denegarlo si no hay motivos para acordarlo de oficio con arreglo a la misma.

III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA

En 2011, ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

1. Régimen jurídico

El Consejo ha aludido, en 2011 y como criterio de referencia en la materia, a las Directrices de Técnica Normativa de las disposiciones generales elaboradas por la Administración General del Estado y aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (D.29/11 y D.46/11).

2. Parte expositiva

El Consejo considera que la expresión *Preámbulo* debe ser reservada a las normas más fundamentales del sistema normativo, como la Constitución (D.29/11, D.46/11); y la de *Exposición de Motivos* a las Leyes, según el ap. 11 de las precitadas Directrices estatales de Técnica Normativa (D.29/11, D.46/11); por lo que, en los Proyectos de reglamentos, la *parte expositiva* debe denominarse así o no recibir denominación específica alguna (D.29/11 y D.46/11).

En cuanto a su *contenido*, la parte expositiva: i) debe indicar los títulos competenciales que amparan la norma que se dicta, con cita de los preceptos estatutarios que confieren la competencia, sin perjuicio de mencionar también la normativa estatal en cuyo marco se ejerce o que se desarrolla (D.12/11 y D.20/11); ii) para evitar equívocos, cuando se estime -especialmente por parte del Consejo Consultivo- que es inconstitucional la Ley estatal que habilita a la CAR para dictar una norma, la CAR debe aludir en el proyecto correspondiente solo a los títulos competenciales derivados del EAR y no a la ley estatal reputada inconstitucional (D.14/11 y D.15/11); y iii) debe indicar la normativa estatal básica que, en su caso, desarrolle (D.73/11).

También ha indicado el Consejo que: i) debe existir coherencia entre las justificaciones de la norma dadas en las Memorias que obren en el expediente de elaboración y el articulado del texto (D.12/11); y ii) cuando se trata de modificar por Decreto otro que es anterior a la ley que ahora sirve de cobertura al sector, la seguridad jurídica aconseja dictar un nuevo reglamento refundido, pero, si ello no es posible, la parte expositiva del decreto de modificación debe advertir esta circunstancia y que el conjunto reglamentario resultante respeta la ley de cobertura, para evitar así la perplejidad que supone aprobar un decreto que modifica otro que es anterior a la ley que presta cobertura a ambos (D.11/11).

3. Título

Sobre el *título* de las disposiciones generales, el Consejo ha declarado en 2011 que el título no debe inducir a confusión con otra norma sobre otro

aspecto de la misma materia, sino que debe diferenciar a la norma de cualquier otra disposición (D.14/11 y D.15/11).

4. Articulado

Respecto al *articulado*, el Consejo se ha centrado en 2011 en orientaciones sobre su numeración, indicando: i) que deben numerarse los apartados de los preceptos, tanto en el articulado y Disposiciones Adicionales, etc., como en los Anexos, por motivos de claridad, seguridad jurídica y para facilitar su cita, así como el exacto cumplimiento de los requisitos que establezcan (D.22/11); ii) que las referencias a la numeración deben ser coherentes con la adoptada (D.1/11); y iii) que la titulación de cada artículo debe ser expresiva de su contenido y coherente con el mismo (D.1/11 y D.20/11).

5. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales

El Consejo Consultivo ha seguido preocupándose en 2011 por el adecuado empleo de la terminología jurídica precisa y así ha declarado, sobre *denominaciones*: i) que no basta la denominación «Consejería competente en la materia», ya que hay que concretar a qué materia concreta se refiere (D.73/11); ii) que la denominación genérica de un órgano que se adopte, debe ser coherente a lo largo de todo el texto normativo (D.14/11, D.15/11); iii) que también debe emplearse la denominación concreta del órgano cuando la genérica pueda generar dudas sobre su dependencia orgánica a quienes deben relacionarse con el mismo (D.12/11); iv) que no deben emplearse en disposiciones reglamentarias con rango de Decreto referencias a modelos concretos de solicitud (D.73/10 y D.22/11); y v) que no deben emplearse denominaciones sobreentendidas como «la Fundación» para referirse en una norma a una Fundación pública concreta gestora de un servicio público (D.22/11).

En concreto, el Consejo ha realizado algunas advertencias en orden a asegurar la *precisión* en el lenguaje jurídico: i) que no debe emplearse la expresión *renuncia* para aludir a la no aceptación, que solo implica un desistimiento de una solicitud concreta, pero no una renuncia al derecho (D.14/11 y D.15/11); ii) que la expresión *rendimientos* debe ser adjetivada para aclarar a cuáles se refiere, como los económicos (D.22/11); iii) que no debe emplearse el término *revisión* para referirse a un ulterior procedimiento de inspección y control, pues induce a confusión con el de revisión de oficio a que se refiere la LPAC y que requiere dictamen previo del Consejo Consultivo, aunque obviamente, tras una inspección, puede patentizarse la necesidad de revisar

de oficio el acto declarativo de derechos correspondiente (D.22/11); y iv) que no debe ser empleada la expresión *funciones* de un órgano pluripersonal para referirse a los *derechos y obligaciones* de sus componentes (D.1/11).

6. Relaciones inter-normativas

La técnica normativa es peculiarmente relevante cuando se proyecta sobre las complejas relaciones inter-normativas, tan frecuentes en un Estado compuesto como el autonómico. A este respecto, el Consejo, siempre preocupado por la seguridad jurídica en esta materia, ha sentado en 2011 la siguiente doctrina:

A) Adaptación de preceptos; las normas de adaptación

Las previsiones efectuadas en abstracto por la ley de cobertura no deben ser reproducidas en el reglamento de desarrollo, el cual tiene que adoptar una solución concreta (D.1/11).

B) Ámbito temporal de la norma

Si la norma reglamentaria establece, en desarrollo de una ley, ciertos plazos para el ejercicio de un derecho subjetivo, debe ser coherente con las modificaciones que la ley de cobertura haya experimentado al respecto (D.22/11).

C) Ámbito material; carácter completo de la norma

Para ser completa una norma que establece una planificación educativa duradera en el tiempo, debe indicar, en cada Especialidad, las materias, su obligatoriedad y los cursos y cuatrimestres en que se impartirán (D.73/11).

D) Modificación de preceptos

Si la modificación de un precepto es parcial y consiste en eliminar un elemento que daba título al precepto, este debe ser redactado por completo y titulado de nuevo para evitar dudas sobre su contenido (D.64/11); y, obviamente, la norma modificadora no puede omitir la modificación que opera en la modificada (D.85/11).

E) Desplazamiento normativo

La normativa autonómica puede desplazar al Derecho estatal cuando la Comunidad Autónoma tenga competencias normativas; pero, como quiera que el Derecho estatal continuará vigente en concepto de supletorio en

cuanto no haya sido desplazado, el Derecho autonómico puede remitirse expresamente en ciertos aspectos al estatal, si bien, en aras de la seguridad jurídica, es aconsejable evitar esta remisión y acometer una regulación completa de la materia (D.31/11).

F) Reproducción de preceptos: la técnica de la lex repetita

La repetición de las bases o la remisión a las mismas en la normativa de desarrollo, cuando esta no añade nada a la regulación general y abstracta de aquéllas, es innecesaria y genera inseguridad jurídica, ya que implica el desajuste o inadecuación sobrevenida de la normativa de desarrollo cada vez que se modifique la básica, por lo que basta con hacer una referencia a tales bases en la Exposición de motivos (D.73/11). También es innecesario reproducir preceptos legales básicos en un reglamento autonómico que no añade nada a la regulación abstracta y general de los mismos (D.73/11).

G) Refundiciones

El Consejo ha advertido en 2011 que deben ser refundidas en un solo reglamento las normas contenidas en dos que sean muy similares en cuanto a su objeto (D.14/11, D.15/11).

El D.11/11 aconseja que, cuando se trata de modificar por decreto otro que es anterior a la ley que ahora sirve de cobertura al sector, la seguridad jurídica aconseja dictar un nuevo reglamento refundido, pero, si ello no es posible, la parte expositiva del decreto de modificación debe advertir esta circunstancia y que el conjunto reglamentario resultante respeta la ley de cobertura, para evitar así la perplejidad que supone aprobar un decreto que modifica otro que es anterior a la ley que presta cobertura a ambos.

H) Remisiones

El D.23/11 ha señalado que las remisiones han de indicar con claridad: i) si son *externas*, es decir, referidas a una disposición distinta de aquella en la que se efectúa la remisión, la disposición a la que se refieren; ii) si son *internas*, es decir, referidas a la propia disposición, el precepto y, en su caso, apartado, de la misma, a la que se refieren, pudiendo emplear expresiones como «del presente reglamento», «de este mismo artículo» u otras parecidas según los casos, ya que es incorrecto que un reglamento se refiera a sí mismo citando el número, año y rango de la disposición como si fuera otra distinta, de lo que hay que cuidar especialmente cuando se trata de disposiciones por las que se da nueva redacción a un precepto (D.23/11).

Por lo demás, el Consejo, se ha pronunciado sobre los siguientes aspectos concretos en materia de *remisiones* normativas: i) la remisión interna debe hacerse al precepto concreto que regula la materia (D.64/11); ii) las remisiones genéricas a una ley concreta deben unificarse con las remisiones específicas que se hagan a preceptos concretos de la misma (D.14/11, D.15/11); iii) una norma reglamentaria no debe aludir en su articulado a un mero Acuerdo del Gobierno ni a un Acuerdo económico-social concertado entre el Gobierno y los interlocutores sociales, salvo quizá en su parte expositiva (D.29/11); iv) la legislación autonómica no tiene que remitirse a legislación estatal cuando no establezca condiciones más restrictivas (D.22/11); v) son innecesarias las remisiones en el articulado a normas estatales específicas cuando sea notorio que las mismas son las únicas que regulan la institución a la que la remisión se refiere o si dichas normas estatales son referidas en la Exposición de motivos (D.29/11, D.46/11); vi) las remisiones a la normativa básica son innecesarias si la de desarrollo no añade nada a la regulación general y abstracta de aquella; y son disfuncionales por la inadecuación a las bases que provoca la ulterior modificación de estas, por lo que deben sustituirse por una mención a las bases en la Exposición de motivos (D.73/11).

1) Relaciones inter-orgánicas y competenciales

Sobre este tipo de relaciones, el Consejo ha advertido en el D.1/11 lo siguiente: i) que no deben crearse Comisiones Sectoriales de un órgano de participación social que no ha sido creado formalmente por norma organizativa alguna, aunque se haya previsto en un Acuerdo social con sindicatos o en una disposición de planificación sectorial ni cuando existan órganos con denominaciones parecidas; ii) que, si en un determinado sector administrativo, quiere reproducirse el modelo estatal de organización, adaptándolo al autonómico, debe aclararse qué órganos autonómicos ejercerán las correspondientes competencias administrativas; iii) que los órganos deben ser creados mediante una norma legal o reglamentaria expresa y no funcionar *de facto* sin norma creacional alguna que preste cobertura a su actuación; y iv) que la denominación orgánica (Instituto, Agencia, Unidad, Departamento, Servicio) no debe inducir a confusión sobre el rango orgánico y la personalidad jurídica, en su caso, de la realidad organizativa que se crea.

7. Disposiciones Finales

El D.2211 advierte que no es propio de las normas autonómicas dedicar una disposición final a indicar los títulos competenciales que la amparan, lo cual debe hacerse en la parte expositiva de la norma; sin copiar en esto al

Estado, el cual debe expresar, en caso de dictar legislación básica, en una disposición final cuáles son los títulos competenciales que la amparan.

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En 2011, el Consejo Consultivo ha emitido tres Dictámenes en materia de contratación administrativa (D. 35/11, D. 36/11 y D.72/11), todos ellos relativos a resolución de contratos municipales por incumplimiento imputado al contratista que manifiesta su oposición, siendo el dictamen consultivo en tales casos preceptivo *ex arts.* 197 LCSP; 109.1, del RD 1098/01; 11, de la Ley 3/01, del Consejo Consultivo de La Rioja; y 12, de su Reglamento, al haber optado la Administración contratante por resolver el contrato y mediar oposición del contratista. Los dos primeros se refieren a la resolución de sendos contratos municipales de obras de urbanización y de redacción del proyecto para las mismas; y el tercero versa sobre la resolución de un contrato de aprovechamiento cinegético.

- El D.35/11 se pronuncia sobre la improcedencia de la resolución de un contrato de obras de urbanización por culpa imputada al contratista, cuando ya ha concluido el plazo de ejecución y las obras de urbanización ya están terminadas, incluidas las de conducción y conexión eléctrica interna, aunque, en la ejecución y sus diversas prórrogas, haya habido retrasos culpables penalizados por la Administración contratante, se encuentre pendiente una sentencia sobre las penalizaciones impuestas, y, en el acta de recepción, persistan discrepancias, no resueltas en su día por la Administración contratante (mediante una interpretación ejecutiva del contrato y su proyecto), sobre la imputación de los pagos de la traída eléctrica externa, cuya realización y facturación compete a un tercero (la Compañía eléctrica). Entiende el Consejo que, en tal caso, no procede resolver el contrato, sino que este entre en fase de liquidación, con reclamación (ejecutiva, si son la favor de la Administración contratante) de los saldos resultantes.
- El D.36/11 trae causa del precitado D.35/11, pues se refiere a la improcedencia de la resolución del contrato de dirección de obra por conexión con la resolución del contrato de obra principal imputado a culpa del contratista principal, ya que la eventual resolución culpable de este, al igual que la anterior penalización del mismo por demora, no implica

necesariamente la de aquél, que debe entrar en fase de liquidación, con abono entre las partes de los saldos resultantes.

- Por último, el D.72/11 versa sobre un caso de improcedencia de resolución de un contrato de concesión de aprovechamiento cinegético de caza mayor en un coto municipal por el mero retraso de cuatro meses en el pago del precio concertado, pero efectuado este en su totalidad antes del inicio del procedimiento de resolución, el cual causaría perjuicio económico al municipio al perder la adjudicación de una temporada entera de caza, sin poder presumirse impagos posteriores, y pudiendo el Ayuntamiento resarcirse del perjuicio causado por la demora exigiendo el interés legal con cargo a la fianza definitiva.

Pues bien, esta triple intervención preceptiva ha permitido al Consejo formular en 2011 una relevante doctrina sobre los siguientes aspectos del ejercicio de la potestad administrativa de contratación.

1. Régimen jurídico aplicable

El Consejo ha reiterado, en los D.35/11 y D.36/11, la aplicación de la LCAP (RDLeg 2/00 y su Reglamento, aprobado por RD 1098/01) y de la LCSP (Ley 30/07, modificada por Ley 34/10) por razón de la fecha de adjudicación, *ex* DT 1.2. LCSP.

2. Ejecución

A) Plazos

El Consejo ha señalado en 2011 que el contrato de obras es un «negocio fijo» en el que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento a causa de este, según Dictámenes del Consejo de Estado de 26-10-67 y 13-1-83, sin necesidad de interpelación o intimación previa por parte de la Administración contratante, salvo que el retraso no se haya producido por causas imputables al contratista (D.35/11).

B) Penalizaciones

Las penalizaciones por retraso, como ha declarado la STS 6-3-97, no son manifestación de la potestad sancionadora, sino una modalidad de la autotutela administrativa en materia de dirección, inspección y control del con-

trato, consistente en arbitrar medios coercitivos de estímulo al cumplimiento, de contenido reglado, aunque impuestos discrecionalmente por la Administración en aras del interés público. Esto dicho, las penalizaciones implican una prórroga implícita y revelan que la Administración no ha optado por la resolución del contrato (D.35/11).

C) Interpretaciones ejecutivas y órdenes de ejecución

La Administración contratante, que, además, es *dominus operis*, no debe consentir el retraso en la ejecución de las obras cuando se presenten discrepancias con el contratista, pues ello implica hacer dejación de las potestades que la legislación contractual le confiere en interés público para, en el momento adecuado y no con retraso, imponer una interpretación ejecutiva del contrato y dar las órdenes de ejecución pertinentes (D.35/11, D.36/11).

D) Imputación de los costes de obra urbanizadora relativos a la energía eléctrica

El D.35/11 afronta por primera vez en la historia consultiva del Consejo la fijación de doctrina sobre la ejecución de los contratos de urbanización en lo relativo a las instalaciones eléctricas, estableciendo los siguientes criterios:

- Salvo cláusula contractual en contrario, puede entenderse que: i) los gastos derivados de la instalación eléctrica *interna* de una Unidad de Ejecución (UE) de un Plan General de Urbanismo (PGU), incluidos los de tendido interior y establecimiento de puntos de conexión a la red general, corresponden al contratista de la obra de urbanización y son, por tanto, objeto de la presupuestación, licitación y adjudicación del contrato de obras de urbanización; pero ii) los gastos de instalación eléctrica *externa*, esto es, los necesarios para conducir la electricidad suficiente hasta la UE urbanizada, corresponden al promotor -en su caso, la Administración municipal contratante-, aunque tales instalaciones deban ser ejecutadas y facturadas por la Compañía suministradora o por sus empresas dependientes; y, por tanto, no son objeto de presupuestación, licitación ni adjudicación del contrato de obras de urbanización.
- De ahí que la existencia de partidas presupuestadas genéricamente, a tanto alzado y en cuantía moderada, por el contratista, para gastos de electrificación, deben entenderse imputadas a los gastos *internos* y no a

los *externos* de conducción de electricidad, especialmente si éstos últimos han sido negociados por las partes contractuales con la empresa suministradora tras la adjudicación del contrato.

- Ahora bien, una vez establecida la distinción entre obras de electrificación *internas* y *externas*, no deben ser confundidos ni mezclados los siguientes aspectos: i) las consecuencias jurídicas que las obras de electrificación, sean internas o externas, conlleven en el retraso de la ejecución del contrato, como son las prórrogas, demora, penalización o resolución, imputables o no al contratista, según los casos; ii) la cuantía del coste de dichas obras de electrificación, el cual dependerá: si son internas, de su presupuestación por el contratista, ya la efectúe antes de la adjudicación del contrato o después de la misma mediante un expediente contradictorio de revisión precios, aunque en el mismo intervenga orientativamente la Compañía suministradora de energía eléctrica; y, si son obras externas, de su presupuestación por la Compañía suministradora, ya la efectúe esta antes de la adjudicación del contrato o en una valoración negociada ulteriormente con el promotor, aunque en la misma intervenga el contratista; y iii) la imputación del pago del coste de las obras de electrificación, que incumbe al contratista, si son internas; y al promotor, en su caso, la Administración contratante, si son externas, por lo que, si en este último caso, la Administración contratante las impusiera ejecutivamente al contratista, este tendría derecho a su abono mediante la oportuna modificación del contrato.

E) Recepción

La recepción debe ser un acto claro, incondicional y definitivo, que no induzca a confusión con instrumentos propios de otras fases contractuales, especialmente las de liquidación, como sucede si se califica de parcial, se acompaña de una certificación-liquidación de obras, se relacionan las obras parcialmente ejecutadas, pero resulta que corresponden a la totalidad de las contratadas, o se difiere el inicio del plazo de garantía a la subsanación de ciertas deficiencias (D.35/11).

F) Liquidación

El contrato ejecutado, una vez recibidas las obras, debe entrar en fase de liquidación, en la que se abonen los saldos respectivos, una vez compensadas las partidas cuyo pago incumbe a cada parte, como son las certificaciones debidas, los intereses por demora pendientes, las penalidades impuestas

no satisfechas, la aplicación de partidas presupuestadas a los gastos correspondientes que resulten pendientes de pago, deducida la baja de licitación, y otras semejantes (D.35/11).

3. Resolución

A) Causas: Por incumplimiento imputable al contratista

Los tres dictámenes emitidos por el Consejo en 2011 sobre contratación administrativa han versado sobre la causa de resolución, alegada por la Administración municipal contratante, consistente en el incumplimiento imputable al contratista; y en todos ellos el Consejo ha considerado que dicha causa no concurría en el caso concreto.

B) Requisitos

El Consejo Consultivo ha insistido en 2011 en el requisito de *trascendencia o esencialidad del incumplimiento* para que pueda ser resuelto un contrato administrativo por esa causa (D.72/11); y así ha entendido que no es esencial el retraso de tres o cuatro meses en el pago del primer plazo del pago del precio de adjudicación de un aprovechamiento cinegético municipal, cuando el pago total se ha efectuado antes del inicio del procedimiento de resolución del contrato, esta causaría daño económico al municipio por pérdida de la adjudicación de una temporada de caza y no hay motivos para presumir impagos posteriores (D.72/11).

En la misma línea, el Consejo ha subrayado como requisito para resolver un contrato la necesaria *motivación o justificación* de tal medida, con las pruebas correspondientes y la determinación de las obligaciones incumplidas y su imputación por culpa al contratista (D.35/11, D.36/11).

De ahí, extrae el Consejo: i) la *improcedencia de otras medidas*, como prórrogas, órdenes de ejecución o penalizaciones por retraso (que, como ha declarado la STS 6-3-97, no son manifestación de la potestad sancionadora, sino una modalidad de la autotutela administrativa en materia de dirección, inspección y control del contrato, consistente en medios coercitivos de estímulo al cumplimiento, de contenido reglado, aunque impuestos discrecionalmente por la Administración en aras del interés público), pues tales medidas implican, en su caso, una prórroga implícita y revelan que la Administración no ha optado por la resolución del contrato (D.35/11); ii) la improcedencia de la resolución de un contrato una vez realizada la recepción

de las obras (según Dictámenes del Consejo de Estado 2510/04, 1274/05 y 1276/05), con las salvedades propias de la subsanación de deficiencias (D.35/11); y iii) la improcedencia de la resolución del contrato por impago del precio debido por el contratista adjudicatario de un aprovechamiento cinegético cuando el pago lo ha efectuado antes del inicio del procedimiento de resolución del contrato (D.72/11).

C) Procedimiento

En lo relativo al procedimiento, el Consejo solo se ha pronunciado en 2011 (D.35/11, D.72/11) sobre su propio dictamen, reiterando que es preceptivo cuando la Administración opte por la resolución por demora o ejecución defectuosa y haya oposición del contratista, por así disponerlo la legislación estatal básica vigente en la materia con rango legal y reglamentario en los distintos momentos (cfr. arts. 194, 195.3 a) y 197.1, LCSP, y 109-1, Reglamento de la LCAP aprobado por RD 1098/01; antes, art. 96 LCAP) y la normativa del Consejo (cfr. arts 11 Ley 3/01 y 12 Decreto 81/02).

D) Indemnización de daños y perjuicios

El D.72/11 ha advertido sobre este aspecto que, caso de demora en el pago de parte del precio por parte del adjudicatario de un aprovechamiento cinegético municipal, el Ayuntamiento perjudicado puede resarcirse, con cargo a la fianza definitiva, con el interés legal fijado por la Ley de Presupuestos del ejercicio correspondiente, *ex* arts 4 LHL y 1108 Cc, ya que no procede la imposición de las penalidades previstas en el art. 196 LCSP, por no tratarse de un incumplimiento total (art. 196.4 LCSP), ni parcial redundante en uno total (art. 196.6 LCSP), ni de un cumplimiento parcial de prestaciones (art. 196.7 LCSP).

V. DOCTRINA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA., las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Así, de los 86 dictámenes emitidos en 2011, 57 versan sobre responsabilidad patrimonial (es decir, el 65 %), En su mayoría se refieren al ámbito sanitario (41), ya que

la elevación legal a 6.000 € de la cuantía exigida para las consultas en esta materia (que antes era de 600 €) ha limitado desde 2008 los dictámenes en materia de responsabilidad viaria (solo 1 en 2011), docente (2 en 2011), y cinegética (6 en 2011).

Por lo demás, el Consejo Consultivo ha continuado durante 2011 en su esfuerzo por ratificar y complementar el sólido edificio doctrinal que ha venido construyendo al respecto desde su creación en 1996 y del que hemos venido dando cuenta en años anteriores. Por ello, no nos vamos a detener en la exposición detallada de la completa red de conceptos técnicos con las que el Consejo se ha propuesto atrapar la rica variedad del casuismo que presenta la práctica en esta materia, sino a exponer, en sus líneas generales, la evolución de su doctrina durante el año consultivo de 2011 que nos ocupa. y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

1. Responsabilidad de la Administración general

A) Doctrina general: requisitos, naturaleza y fundamento

El Consejo ha insistido en la *doctrina general* en esta materia, que ha sido expuesta, una vez más, en D.2/11, D.3/11, D.4/11, D.7/11, D.9/11, D.13/11, D.16/11, D.17/11, D.19/11, D.21/11, D.25/11, D.26/11, D.27/11, D.28/11, D.32/11, D.37/11, D.38/11, D.43/11, D.47/11, D.48/11, D.49/11, D.50/11, D.51/11, D.52/11, D.54/11, D.56/11, D.57/11, D.59/11, D.60/11, D.62/11, D.63/11, D.66/11, D.70/11, D.74/11, D.75/11, D.76/11, D.77/11, D.80/11, D.81/11, D.82/11 y D.84/11. En ellos, se reproduce y actualiza la doctrina, recopilada con todo detalle en D.29/07, D.134/07 y D.83/10, con amplia cita de la doctrina precedente del Consejo Consultivo.

En cuanto a los *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, han sido reiterados en D.2/11, D.3/11, D.4/11, D.5/11, D.7/11, D.9/11, D.13/11, D.16/11, D.17/11, D.19/11, D.21/11, D.25/11, D.26/11, D.27/11, D.28/11, D.32/11, D.37/11, D.38/11, D.43/11, D.47/11, D.48/11, D.49/11, D.50/11, D.51/11, D.52/11, D.54/11, D.56/11, D.57/11, D.58/11, D.59/11, D.60/11, D.62/11, D.63/11, D.70/11, D.74/11, D.75/11, D.76/11, D.80/11, D.81/11, D.82/11 y D.84/11, que los cifran en los siguientes: i) hecho dañoso imputable a la Administración por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; ii) daño material, personal o moral, efectivo, antijurídico (que el dañado no tenga obligación de soportar), individualizado en relación a una persona o grupo de per-

sonas y evaluable; iii) nexo causal entre hecho y daño, no interrumpido por la conducta de la víctima o de un tercero ; iv) que no concurra fuerza mayor; y v) que no haya prescrito la acción para reclamar la indemnización, cuyo plazo es de un año contado desde la producción del acto dañoso o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Sobre la *naturaleza* y *fundamento* de la responsabilidad patrimonial, en sus Dictámenes de 2011, ha seguido repitiendo el Consejo que la Administración pública no es una especie de «Aseguradora universal» de todos los riesgos, obligada a garantizar siempre la indemnidad de todo supuesto pues nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es providencialista ni constituye una especie de seguro social a todo riesgo para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas (D.7/11, D.9/11, D.21/11, D.25/11, D.27/11, D.37/11, D.43/11, D.51/11, D.54/11, D.58/11, D.66/11, D.70/11, D.74/11, D.75/11, D.76/11, D.80/11 y D.81/11).

B) Concepto y régimen de la causa

También se ha pronunciado el Consejo en 2011 sobre concepto y régimen de la *causa*. A este respecto, el Consejo viene insistiendo en que, al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad, lo primero que inexcusablemente debe analizarse es la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente, conforme a la lógica y la experiencia, explican que un concreto resultado dañoso ha tenido lugar (D.24/11, D.42/11, D.58/11, D.65/11, D.66/11, D.77/11 y D.79/11).

Ahora bien, la causa (cuya doctrina general expuso el D.57/08) no es un *concepto* jurídico sino una noción propia de la lógica y de las ciencias naturales, concebible como el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme a las leyes de la experiencia científica, de que el resultado dañoso ha tenido lugar (D.77/11). En esta materia, rigen diversos *criterios para la determinación de la causa*, entre los que el Consejo ha destacado en 2011 los siguientes:

- El criterio de la *conditio sine qua non*, por el que la fórmula que permite determinar cuál es la causa, de entre las distintas condiciones empíricas causantes del daño, es tener como tal al hecho que, suprimido mentalmente, hace que el resultado, en su configuración totalmente concreta,

no se habría producido (D.2/11, D.5/11, D.8/11, D.24/11, D.25/11, D.43/11, D.42/11, D.45/11, D.47/11, D.53/11, D.58/11, D.65/11, D.66/11, D.77/11 y D.79/11), aunque, caso de existir varias causas concurrentes, el criterio de la *conditio sine qua non* no implica que otra u otras causas puedan explicar todos o parte de los daños, los cuales serían imputables a las mismas, o a solo a una de ellas, de modo exclusivo o suficiente, atendiendo a un análisis racional de la relación de causalidad en sentido estricto (D.77/11).

- El criterio de la *causalidad adecuada*, por el que se niega la imputación del daño al co-causante del mismo cuando son otras las concausas concurrentes a la producción de aquél las únicas racionalmente relevantes (D.32/11), criterio este que se ha empleado en el D.4/11 (para desechar una eventual responsabilidad por caída de un minusválido al resbalar con las piedrecitas de un jardín ornamental a la salida del Hospital (D.4/11) y en caso de ovejas muertas tras ser vacunadas contra la lengua azul al no haberse probado otra posible causa de su muerte (D.58/11, D.6/12); y
- El criterio de los *estándares del servicio*, pues no cabe exigir a un pequeño Ayuntamiento un control permanente de la ausencia de elementos de riesgo en una fuente pública (D.78/11).

C) Régimen de la carga y medios de prueba

El Consejo también se ha ocupado en 2011 de la carga y objeto de la *prueba* y los *medios* de la misma en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la *carga de la prueba*, el criterio general es que incumbe al reclamante probar los hechos en que se funda (o sea, del hecho dañoso y de la causa del daño), ex arts. 1214 Cc y 74.4 y D.A. 6ª LJCA, salvo los hechos admitidos, los negativos y los notorios, sin que sirvan al respecto las meras manifestaciones de parte (D.38/11 y D.59/11).

El reclamante debe probar, pues, no solo la realidad del daño y su evaluación económica (D.59/11), sino, además, la relación de causa a efecto entre el funcionamiento de un servicio público y la producción de aquél sin intervención del perjudicado o de un tercero que pueda interferir en el nexo causal (D.3/11, D.4/11, D.66/11, D.78/11, D.82/11); y todos los hechos positivos en que base su reclamación, y concretamente la realidad del daño

y la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación administrativa que lo causa, según los criterios *da mihi factum, onus probandi incumbit actori* y *necessitas probandi incumbit ei qui agit* (ex art. 217 LEC); pero también compete a la Administración (que no puede adoptar una posición pasiva en estos procedimientos) realizar de oficio, ex art. 78.1 LPAC, la actividad indagatoria y de instrucción necesaria sobre ellos y probar los hechos negativos que fundamenten su exoneración de responsabilidad (D.3/11, D.38/11 y D.78/11).

Por tanto, en estos expedientes, no rige en toda su amplitud el criterio de aportación de parte, debido al deber de instrucción que compete a la Administración ex art. 78.1 LPAC y 7 RRP que exige a la Administración averiguar *motu proprio* los hechos, acreditar si concurren los requisitos para indemnizar y, en su caso, la el alcance y cuantía de la indemnización, todo ello con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante, abriendo el periodo probatorio pertinente ex art. 80.2 LPAC, e incluso realizando una inspección ocular e interrogatorios a testigos (D.3/11 y D.38/11).

Además, en materia sanitaria, se produce una *inversión de la carga de la prueba*, ya que es la Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*; inversión esta apoyada por doctrinas tales como las de la culpa virtual, la del daño desproporcionado, el criterio de facilidad (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur*; pero ello siempre que el reclamante aporte al menos un principio de prueba de la existencia del daño y de que este es consecuencia de un servicio público (D.60/11).

En todo caso, es criticable la ausencia de actividad indagatoria por parte de Administración, como sucede si se limita a practicar la prueba propuesta por el reclamante y a solicitar un informe técnico casi un año después del hecho (D.3/11).

Por lo que se refiere a los *medios de prueba*, el Consejo ha señalado en 2011:

- Respecto a la prueba *documental*: i) la relevancia de las facturas de reparación, especialmente con la declaración del taller de haber recibido su pago; la necesidad de examinar su contenido, pero inexistencia de una obligación de peritación administrativa y la relatividad de los informes de peritación sobre las mismas (D.34/11, D.47/11); ii) que la reparación del vehículo dañado no es obligatoria, por ello no cabe exigir facturas

cuando el dañado decide no realizarla o posponerla, en cuyo caso debe exigírsele presupuesto de la misma, tasación pericial u otro modo de prueba razonable y, si la Administración no se conforma con el mismo, instruir una peritación contradictoria, sin que la indemnización pueda exceder el valor venal del vehículo en el momento del accidente (D.34/11); iii) la distinción entre atestado y mero informe estadístico de la Guardia Civil (D.47/11); iv) la relevancia de las fotografías de la lesión resultante (D.19/11); y v) la irrelevancia de las fotografías cuya fecha no consta ni tampoco si reflejan la realidad que lo fotografiado tenía en el momento del daño (D.4/11).

- Respecto a la prueba *confesoria*; i) la relevancia de las valoraciones económicas efectuadas por el perjudicado y aceptadas con la Administración, es decir, de los hechos *aceptados* (D.48/11); y ii) la relevancia de los hechos narrados por una parte, ratificados por los testigos y no negados por la Administración (D.47/11); c) en cuanto a la prueba *pericial*: i) la relevancia especial de la prueba pericial emitida por Médicos Forenses por su mayor imparcialidad y objetividad frente a los presentados a instancia de parte (D.50/11 y D.52/11); y ii) la relevancia de los informes veterinarios, siempre que se refieran al caso y no a otros acaecidos en circunstancias espacio-temporales diferentes (D.58/11).
- Finalmente, sobre la prueba *testifical*, que tiene valor probatorio si no es contradicha por otras y el testigo propuesto es citado a declarar y comparece a deponer en el expediente, pero no si no comparece (D.3/11).

D) Imputación objetiva: el concepto de servicio público a estos efectos

Ha proseguido el Consejo insistiendo en 2011 en el criterio de *imputación objetiva por funcionamiento de los servicios públicos*, que está abierto a un amplio casuismo de imputación y exoneración.

Con carácter general, señala el Consejo, sobre los criterios de imputación objetiva, que, identificadas las concretas condiciones empíricas antecedentes o «causas» que explican la producción de un daño, los criterios de imputación objetiva permiten determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la actuación del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no (D.47/11), teniendo en cuenta que el Consejo ha declarado en el D.83/11, que puede y debe reclamarse la responsabilidad patrimonial a la Administración competente para prestar el servicio público de que se trate, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación, aunque el mismo

derive en concreto de la conducta de un tercero al que aquella haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa.

En todo caso y a diferencia de lo que ocurre con la *relación de causalidad* en su más exacto sentido, la cuestión que nos ocupa es estrictamente jurídica, a resolver con los criterios que proporciona el ordenamiento (D.77/11). En este ámbito, el ordenamiento jurídico-administrativo ofrece, primero, un esencial criterio positivo de imputación objetiva: el del *funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. Quiere ello decir que, una vez aislada la causa o causas-en sentido estricto- de un determinado resultado dañoso, es preciso dilucidar si alguna o algunas de ellas son identificables como funcionamiento de un servicio público (D.25/11). Ahora bien, el *concepto de servicio público* a estos efectos es amplio, ya que comprende cualquier esfera bajo el control de la Administración, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación y aunque dicho daño derive en concreto de la conducta de un tercero al que la Administración haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa (D. 83/11).

Concretamente, el Consejo en 2011 ha reputado *servicio público* a estos efectos, entre otros: i) los municipales *de aguas* (el D.38/11 se refiere al servicio de fuentes y abrevaderos públicos en un caso de daños por corte en manos al apoyarse para beber en el borde de una fuente que tenía cristales rotos durante las fiestas locales); ii) los Servicios patrimoniales *de edificación y conservación de inmuebles públicos* (así, el D.48/11 sobre daños producidos por un edificio municipal ruinoso en otro privado colindante antes y después del derribo del primero); iii) los Servicios *veterinarios* (D.58/11 y D.6/12, sobre muerte de ovejas tras ser vacunadas contra la lengua azul); iv) los Servicios municipales *de pavimentación de calles* (D.3/11 sobre daños personales por caída en una arqueta o registro sin tapa); v) los Servicios autonómicos *de pavimentación y conservación de carreteras y travesías* (D.47/11) y vi) los Servicios *de personal*, que han sido contemplados en tres dictámenes, dos de ellos por alegado acoso laboral, que destacan en el inevitable casuismo que la responsabilidad patrimonial ha seguido presentando en 2011:

- El D.56/11 versa sobre daños por remoción de una funcionaria en prácticas producidos por indefensión al no darle audiencia *ex art.* 112.3 LPAC en el recurso de alzada interpuesto contra su nombramiento por otra opositora a la que finalmente se asigna la plaza, teniendo en cuenta que: i) en este caso no existe deber de soportar el daño de estar a la eventual resolución del recurso, al no habersele dado audiencia en el mismo; ii) tampoco cabe una compensación en especie por el hecho de haber

sido nombrada luego la removida como funcionaria interina, ya que la posición del funcionario interino, por su precariedad, no es equiparable a la del funcionario en prácticas; iii) ni existe ruptura del nexo causal al haber renunciado a la interinidad para volver a su anterior plaza de Profesora Asociada de Universidad, ya que la falta de audiencia en el precitado recurso le impidió adoptar decisiones de trabajo con conocimiento de las consecuencias que al respecto podría tener la eventual estimación del mismo; iv) todo ello debe entenderse sin perjuicio de que la retribución percibida como Profesora Interina y Asociada, tras la estimación del recurso, deba ser tenida en cuenta para la valoración del daño causado y, por tanto, para el cálculo de la indemnización procedente.

- El D.76/11 es el primero de los casos de alegado acoso laboral. Se trata de una funcionaria que aduce daños materiales -honorarios profesionales- y morales -trastornos psicológicos- subsiguientes a una sanción disciplinaria anulada parcialmente en vía judicial y que el Consejo no estima resarcibles y soportables por la interesada, los primeros, por no ser preceptiva la intervención de Abogado y Procurador y no haber expresa condena en costas; y lo segundos, por falta de prueba y ser debidos a la idiosincrasia de la reclamante.
- El D.82/11 es el segundo de los asuntos de pretendido acoso laboral. Versa sobre una funcionaria municipal que alega daños morales –síndrome depresivo- subsiguientes a diversos desencuentros con la Secretaria General del Ayuntamiento por cuestiones inherentes a la relación de servicios, como diferencias retributivas, funciones asignadas al puesto de trabajo, régimen de tramitación o consecuencias económicas de las bajas sanitarias, que el Consejo estima no indemnizables por falta de prueba de que encierren un menosprecio personal y consistir más bien en una mera contraposición de intereses objetivada en los consiguientes recursos administrativos y jurisdiccionales, sin que el sistema de responsabilidad patrimonial pueda emplearse para corregir disfunciones en la relación funcional de servicios.

E) Exoneración

El Consejo ha exonerado de responsabilidad a la Administración por las siguientes *causas*:

- Por *falta de prueba*, en los D.4/11 (falta de prueba del nexo causal) y D.78/11 (falta de prueba de la relación de causalidad, de las circuns-

tancias y de la valoración del daño causado a quien se realizó un importe corte en la mano con unos cristales rotos existentes en una fuente pública durante las fiestas del pueblo).

- Por *deber de soportar el daño*. El Consejo ha insistido en su doctrina general sobre el deber de soportar el daño (D.2/06 y D.87/06) declarando especialmente en 2011 que: i) debe atemperarse a las circunstancias del caso (D.2/06); ii) debe interpretarse estrictamente (D.55/05, D.65/05 y D.86/05); iii) incluye casos en que el deber viene establecido directamente por la norma o deriva indirectamente de su aplicación (D.55/05); iv) incluye deberes generados por el propio interesado con su conducta inadecuada (D.50/00); v) no concurre cuando procede compensar el daño con el lucro obtenido por la víctima; vi) tampoco concurre cuando no se trata propiamente de soportar el daño sino del efecto reflejo de no concurrir ningún criterio positivo que permita imputarlo a la Administración (D.55/05, D.66/05, D.86/05 y D.28/11); pero, vii) existe caso de una funcionaria declarada judicialmente en situación de invalidez permanente total a quien no se pudo facilitar un puesto de trabajo adecuado a su nueva situación hasta después de cuatro años y en ejecución de sentencia, por no existir hasta entonces tal puesto y por haber impugnado la interesada diversas actuaciones administrativas al efecto (D.70/11).
- Por *riesgo general de la vida o riesgo típico* inherente a la actuación administrativa, criterio que ha sido aplicado en el D.4/11 (persona minusválida que resbala con piedrecitas de un jardín ornamental a la salida del Hospital).

F) Indemnización

Para fijar la indemnización procedente, el Consejo ha seguido en 2011 recurriendo a los siguientes *criterios*:

- Aplicación analógica, meramente orientativa y no vinculante del *baremo de accidentes de tráfico* vigente al resolver, que incluye también los daños morales, pero que debe modularse para acomodarlo al caso concreto; también teniendo en cuenta que, en su caso, el baremo aplicable por la Administración es el vigente, no en el momento de la causación del daño, sino en el del pago, por lo que debe efectuarse de oficio la oportuna actualización, aunque el reclamante deba emplear el vigente en el momento de la producción del daño (D.50/11).

- Aplicación de *baremo oficial de sacrificio de ganado*, en caso de muerte de ovejas vacunadas; pero descontando los corderos y el número de cabezas que solían fallecer normalmente en periodos sin vacunación (D.58/11).
- Aplicación del *factor de corrección* por perjuicio económico según la edad de la víctima (D.50/11).
- Aplicación de la *peritación* para calcular los daños derivados de días improductivos y secuelas, ya que ambos requieren un informe pericial que determine el término de la curación y las eventuales secuelas (D.4/11).
- Aplicación de una *valoración global discrecional caso de daños morales*. En efecto, los daños morales son indemnizables *ex art* 139.1 LPAC que utiliza el término *cualquiera* para referirse a los daños resarcibles, pues son efectivos y evaluables económicamente *ex art* 139.2 LPAC (D.76/11); pero teniendo en cuenta para su valoración: i) que es imprescindible acudir a una *apreciación racional, global, discrecional y ponderada* de los daños morales, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, ya que no existen módulos o parámetros objetivos para valorarlos, al consistir en realidades inmateriales (D.56/11 y D.76/11); ii) que los daños morales precisan *signos de exteriorización* que evidencien las situación de zozobra o ansiedad en que consisten, como son partes o diagnósticos médicos, actos administrativos o judiciales que los revelen u otros semejantes, pero no pueden consistir en la propia idiosincrasia del interesado (D.59/11 y D.76/11); y iii) que es posible considerar, entre los factores integrantes de la valoración global del daño moral, la *excesiva duración de la tramitación del expediente*, valorada en función del interés legal correspondiente al tiempo transcurrido en exceso (D.56/11). Con estos criterios, el Consejo ha apreciado daños morales en 2011 en los siguientes casos:
 - En D. 56/11, por falta de audiencia a una opositora nombrada y luego removida como funcionaria en prácticas, al no haberle dado trámite de audiencia en el recurso de alzada interpuesto contra su nombramiento por otra opositora cuya estimación determinó la remoción. Aquí el daño moral estriba, no solo en la indefensión que le produjo no haber podido alegar en su momento lo que a su derecho conviniera, sino sobre todo en no haber podido adoptar sus decisiones profesionales - en el caso, aceptación de una plaza en interinidad de la que luego fue también removida y renuncia a otra como profesora asociada de Uni-

versidad que ya ostentaba y que recuperó, aunque con pérdida de derechos de prórroga— con conocimiento de la pendencia del recurso interpuesto contra su nombramiento y de las eventuales consecuencias de su estimación.

- En D.77/11, por la zozobra temporal que causó a una embarazada gemelar la inobservancia inicial del vigente *Protocolo de actuación quirúrgica para los Testigos de Jehová* al ser citada para una cesárea no urgente, pero de alto riesgo, a cuyo consentimiento informado se negó por incluir eventuales transfusiones de sangre.

En cuanto a las *partidas que pueden incluirse* en la indemnización, el Consejo ha resaltado en 2011 las siguientes:

- Los **gastos de honorarios profesionales** a Abogado y Procurador son objeto de detenido examen en el D.76/11, que sienta la siguiente doctrina al respecto: Con carácter general, no procede su indemnización, por la socialización que ello implicaría del riesgo inherente a los siniestros jurídicos, cuyo coste debe ser soportado por los reclamantes. No obstante, el Consejo distingue en el precitado dictamen, según la vía de actuación profesional de que se trate:

– Cuando se trate de intervenciones profesionales en la *vía judicial*, no procede incluir los honorarios cuando dicha intervención sea facultativa en la referida vía judicial; ni cuando la intervención sea preceptiva pero haya habido una condena expresa en costas o la sentencia no se haya pronunciado al respecto y cada parte deba pechar con las propias.

– Cuando se trate de intervenciones profesionales en la *vía administrativa*, no procede incluir los honorarios cuando dicha intervención sea facultativa en la posterior vía judicial en el mismo asunto; ni cuando el interesado tiene un conocimiento y relación habitual con la Administración actuante, como sucede con los funcionarios en cuestiones de personal que no impliquen la separación del servicio; y tampoco cuando el interesado cuenta con un sistema permanente de asistencia jurídica. Sin embargo, puede proceder su pago como indemnización a un interesado que se relaciona esporádicamente con la Administración y que resulta evincente en vía administrativa, si concurren las demás circunstancias precisas para ello y atendiendo siempre a las circunstancias del caso concreto, como han admitido las SSTS 18-3-00, 1-12-09 y 15-6-10, en unificación de doctrina.

- Los **gastos derivados de forma refleja de un acto anulado** cuya anulación se estima lesiva pero que no están en relación directa de causa a efecto con el mismo, han sido tenidos en cuenta en el D.56/11 sobre el caso de una opositora nombrada funcionaria en prácticas y que, sin haber sido oída en el recurso interpuesto contra su nombramiento por otra opositora, fue removida luego al estimarse dicho recurso y pretendía ser indemnizada de las siguientes partidas, que el Consejo estima improcedentes, sin perjuicio de considerarlas a efectos de una valoración global de daños morales: i) daños materiales por alquiler de piso en la localidad para la que había sido nombrada; ii) daños personales por depresión imputada a la remoción calculada en forma de días improductivos y no improductivos durante el tratamiento médico; iii) daño emergente por pago de alquiler de vivienda en la localidad a la que había sido destinada; y iv) lucro cesante por pérdida de prórrogas en un contrato como profesora asociada universitaria que disfrutaba antes de la remoción).

Finalmente, sobre el *pago*, el Consejo ha declarado que puede ser en dinero, pero también mediante reparación *in natura* o en especie, admitida por el art. 141.4 LPAC, cuando sea apropiada para lograr la reparación debida y convenga al interés público. Así, el D.48/11 admite una reparación *in natura* consistente en reparar desperfectos en un edificio a costa de la Administración responsable de los mismos. En cuanto a la determinación del acreedor, el D.47/11 aclara que el pago de la indemnización por daños materiales en un automóvil debe hacerse a quien pruebe haberlos satisfecho, independientemente de quién sea el propietario del vehículo siniestrado.

G) Procedimiento

Comienza el Consejo advirtiendo de que no deben ser confundidos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial que dan lugar a una indemnización por daños con los de queja por disfunciones en el funcionamiento administrativo, mala atención o trato desconsiderado, que pueden dar lugar a una sanción por infracción de deberes funcionariales o a la adopción de medidas de mejora en la calidad del servicio, aunque eventualmente puedan ocasionar también daños morales indemnizables; pero teniendo en cuenta que la queja no implica que se hayan producido daños y que éstos no implican necesariamente un funcionamiento anormal (ya que pueden derivarse de uno normal) de los servicios públicos (D.2/11, D.27/11, D.28/11).

Esto dicho, la doctrina sentada por el Consejo en 2011 en materia procedimental es la siguiente:

- *Iniciación*: El procedimiento se inicia con la presentación del escrito inicial por el interesado; pero si dicho escrito no cumple los requisitos legales exigidos por los arts. 70 LPAC y 6.1 del Reglamento (RD 429/93), procede requerir de subsanación *ex art.* 71 LPAC, pero ha de tenerse en cuenta: i) que no cabe declarar la inadmisibilidad de la reclamación (D.3/11, D.16/11), salvo que el reclamante no concrete el daño, pues debe ser inadmitida la reclamación cuando la acción que conlleva aun no ha nacido por falta de efectividad del daño, sin perjuicio de que pueda ser reproducida cuando el daño devenga efectivo (D.38/11); y ii) que, una vez realizada cualquier tramitación, por mínima que sea, la reclamación debe entenderse admitida a trámite y continuar en su tramitación, teniéndola por iniciada desde el momento en que el interesado presentó el primer escrito a la Administración (D.16/11). Entre los *defectos subsanables*, se encuentra la acreditación de la paternidad, la filiación o la representación alegadas, y la valoración del daño reclamado (D.16/11). Sobre estos aspectos, el Consejo ha dictaminado en 2011: i) que se debe requerir la acreditación de la personalidad de los reclamantes o sus representantes *ex arts.* 32.3 y 4 LPAC no bastante el apoderamiento verbal para presentar escritos que no sean de mero trámite (D.3/11); y ii) que es defecto subsanable que debe dar lugar a un requerimiento de subsanación *ex art.* 71.1 LPAC, la falta de cuantificación de la indemnización pedida, pues el hecho de que no se valore económicamente el daño en el escrito inicial no es obstáculo para inadmitir la pretensión (D.38/11).
- *Instrucción*: Una vez presentada la reclamación en forma o subsanados los defectos de que adoleciere, el procedimiento ha de ser *impulsado de oficio* en todos sus trámites (D.3/11). Desde luego, cabe suspender el procedimiento si las secuelas aun no están estabilizadas y así lo pide el reclamante (D.38/11). También es posible, a consecuencia de las alegaciones del interesado en trámite de audiencia, completar el expediente y realizar nuevas pruebas dando traslado de todo ello al interesado para las alegaciones que procedan (D.38/11). En su caso, se deben realizar las actividades de instrucción precisas para determinar el día de estabilización de las secuelas y las partidas indemnizables (D.38/11).
- *Dictamen consultivo*: Es preceptivo el dictamen previo del Consejo Consultivo, teniendo presente que el mismo puede requerir que se complete el expediente y se practiquen nuevas pruebas, dando audiencia al interesado para alegaciones (D.38/11).

- *Resolución*. El Consejo ha insistido en que: i) debe evitarse el retraso injustificado en la tramitación, especialmente cuando su falta de complejidad haga injustificable la dilación o tardanza (D.7/11). La resolución, para incluir la necesaria motivación, debe ser notificada y no solo la parte dispositiva de la resolución (aunque esta se remita al cuerpo de la misma), sino toda ella, incluyendo los fundamentos jurídicos (D.7/11).

H) *Prescripción*

Partiendo del plazo anual señalado en los arts. 142.5 LPAC y 4.2 RD 429/93 (como se recuerda en D.13/11, D.21/11 y D.49/11), el Consejo se ha pronunciado en 2011 sobre diversos aspectos de la prescripción en materia de responsabilidad patrimonial:

- *Prescripción parcial*. Es posible apreciar la prescripción en un concreto pedimento de la reclamación referente a un hecho ocurrido hace más de un año (D.2/11).

- *Dies a quo*: Es indudable el término inicial cuando el daño consiste en un fallecimiento que tuvo lugar en una fecha cierta (D.74/11); pero no siempre es tan simple esta cuestión. Así:

– En el caso de *daños continuados*, el *dies a quo* comienza cuando cesan los efectos lesivos (STS 11-5-04, 12-5-97, 26-3-99, 29-6-02, 20-2-01, 10-10-02, 8-7-93, 28-4-97, 14-2-94, 26-5-94 y 5-10-00), como ha sentado el Consejo en D.13/11 y D.49/11. Un caso particular representa el de daños anteriores y posteriores al derribo de un edificio administrativo irrogados a un inmueble colindante, en cuyo caso, el plazo anual debe contarse desde la fecha del derribo, sin considerar la *actio nata* en el momento de la primera reclamación (D.48/11).

– En el caso de las *secuelas*, el plazo comienza cuando se determina su alcance *ex art.* 142.5 LPAC, esto es, cuando pueden considerarse estabilizados los efectos lesivos; por eso; si no se ha producido la curación o la determinación del alcance de las secuelas, no ha nacido aun la acción para reclamar (D.16/11, D.38/11). Sobre la fecha de estabilización de las secuelas, el Consejo ha declarado en 2011 lo siguiente: i) que las secuelas pueden entenderse estabilizadas aunque se mantenga un tratamiento continuado del paciente y aunque este presente informes médicos posteriores sobre dichas secuelas consolidadas, pues, de no ser así, la acción podría ejercitarse de manera indefinida, lo que es con-

trario al precepto legal citado (STS 24-2-09 y D.13/11, D0.21/11, D.38/11 y D.49/11); ii) que debe considerarse *dies a quo* de la estabilización de las secuelas la fecha en que el Facultativo comunica al paciente que pone fin al tratamiento rehabilitador tras una última tanda de sesiones tendentes a aliviar las molestias, sin tener en cuenta actuaciones médicas posteriores motivadas por la persistencia de las mismas (D.21/11); y iii) que la calificación por la Seguridad Social de un grado de invalidez en base a las secuelas es *indicio* de la estabilización de estas a efectos de fijación del *dies a quo* del computo del plazo prescripcional, puesto que la iniciación de un expediente de esa naturaleza supone, por definición, que las secuelas ya están estabilizadas (D.13/11 y D.21/11); pero, como precisa el D.21/11, la firmeza de la resolución de la Seguridad Social por la que se declara al reclamante en un determinado grado de invalidez no puede tomarse como *dies a quo* de la prescripción, ya que recae en un procedimiento que tiene un objeto distinto del de indemnización de daños y perjuicios, como es la determinación de la aptitud laboral del afectado. En este D.21/11 recayó un voto particular del Consejero D. José. María Cid Monreal que, con base en las SSTs 8-10-09 y 24-5-10, sostiene que el *dies a quo* en estos casos debe ser el de la firmeza en vía administrativa o judicial de la declaración de invalidez por la Seguridad Social.

– En caso de *desestimación de la reclamación por silencio administrativo*. La doctrina del silencio administrativo negativo está pensada en garantía del ciudadano, para abrirle la vía jurisdiccional, pero no impide la resolución tardía de la Administración *ex art. 42 LPAC*, por lo que esta, al dictarla, no puede tomar como *dies a quo* de la prescripción el de la petición inicial ni el de la denegación por silencio, sino el de la resolución expresa (D.48/11).

– En todo caso, cuando la fijación del *dies a quo* sea debatida, el Consejo Consultivo, aunque entienda que la reclamación ha prescrito, puede entrar al fondo del asunto *ad cautelam* o para exponer su doctrina (D.21/11, D.74/11).

2. Responsabilidad de la Administración educativa

La elevación a 6.000 euros de la cuantía mínima de las reclamaciones para que la intervención del Consejo sea preceptiva ha provocado que, en 2011, este solo haya emitido tres dictámenes sobre responsabilidad de la Administración docente (D.7/11, D.16/11 y D. 56/11).

En el D.16/11, tras reiterar la doctrina general en la materia (sentada en D.4/00 a D.7/00, D.43/06, D.3/06 y D.52/06; D.111/08, entre otros), el Consejo se pronuncia en el sentido de exonerar a la Administración, aplicando el criterio del *riesgo general de la vida* en un caso de daños por tropiezo de un alumno con un compañero caído en el suelo.

El D.7/11 también se inclina por exonerar a la Administración docente en el caso de un alumno al que la jurisdicción contencioso-administrativa reconoció, en Sentencia firme y como situación jurídica individualizada, el derecho a cursar el programa de diversificación curricular de 3º de la ESO en el curso 2006/07, concurriendo la circunstancia de que el alumno afectado, al haber concluido académicamente y haber abandonado voluntariamente los estudios obligatorios, una vez alcanzada su mayoría de edad, hacía imposible el cumplimiento de la Sentencia en forma específica, por lo que la Sala acordó, en trámite de ejecución de Sentencia, sustituirlo por una indemnización alzada en dinero, la cual el Consejo considera que es la correspondiente a la reclamación de responsabilidad patrimonial posteriormente presentada por el interesado, desechando la alegación de que esta última correspondía a los perjuicios académicos mientras que la primera se refería a la inexecución de la Sentencia. Así pues, en este dictamen, el Consejo aplicó, como criterio de exoneración, no solo el de *cosa juzgada*, tal y como se ha expuesto; sino también el de *culpa de la víctima*, al entender que un alumno que abandona voluntariamente los estudios rompe el nexo causal de los perjuicios que ellos le haya podido causar.

Sin embargo, el Consejo opta por la imputación objetiva de responsabilidad a la Administración en el caso que fue objeto del D.56/11, al apreciar un funcionamiento anormal del servicio de selección de personal docente por falta de audiencia a una aspirante nombrada funcionaria en prácticas en el recurso interpuesto contra su nombramiento por otra opositora a la que finalmente se asignó la plaza.

3. Responsabilidad de la Administración viaria

En un sector administrativo que en la CAR sigue siendo reacio a reconocer la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal del servicio viario, el Consejo Consultivo ha venido recordando que la responsabilidad patrimonial de la Administración viaria es objetiva por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, como criterio general de imputación, incumbe a la Administración viaria el deber de conservar las vías públicas (art. 139 RD 1428/03, Reglamento General de Circulación)

en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad (D. Consejo de Estado 1837/95), adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso, señalización, reparación, retirada o limpieza de los obstáculos existentes (DD. Consejo de Estado 102/93, 1234/94 y 221/95), sin que la presencia de éstos suponga necesariamente un funcionamiento anormal del servicio cuando se han respetado los estándares del servicio y no haya habido tiempo material para conocerlos, retirarlos, repararlos o limpiarlos, pero existiendo entonces imputación objetiva por funcionamiento normal del servicio público.

Esta doctrina, que fue explicitada en el D.16/10, solo ha podido ser reiterada en 2011 (debido al incremento de las cuantías consultivas que prácticamente eliminan la intervención del Consejo en esta materia) en el D.47/11, relativo a un caso de daños personales y materiales producidos por deslizamiento de un automóvil sobre una placa de hielo existente en la carretera. Este dictamen insiste en el criterio general de imputación por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos planteándose en concreto si la actividad administrativa de cuidado de la carretera respetó o no los *estándares del servicio* de conservación y mantenimiento de una carretera con placa de hielo.

El D.47/11 concluyó que tales estándares no se limitan a una correcta señalización del peligro de deslizamiento y a una diligente conservación solo de los tramos que suelen presentarlos; y, por eso, el Consejo entendió que no se cumplieron en el caso concreto ya que el deslizamiento se produjo efectivamente un día de helada probada, en un lugar no señalizado, y la Administración, sin probar que hubiera conducción imprudente, procedió luego a eliminar la placa causante.

4. Responsabilidad de la Administración por daños producidos por sus concesionarios y contratistas

La doctrina general en esta materia, con amplio estudio de la jurisprudencia al respecto, fue fijada por el Consejo en DD 2 y 59/00; 51/01; 18/03; 50 y 119/05; 8 y 16/06; 37, 72 y 142/08 y 12/09 y fue reiterada en el D.36/10, en el sentido de que la obligación de indemnizar al tercero dañado es cuestión que pertenece a la relación interna entre Administración y su contratista, sin perjuicio de que la Administración repita luego contra el contratista responsable.

La misma doctrina ha sido repetida en el D.83/11, al afirmar que puede y debe reclamarse la responsabilidad patrimonial a la Administración com-

petente para prestar el servicio público de que se trate, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación, aunque el mismo derive en concreto de la conducta de un tercero al que aquella haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa.

En 2011, esta variante de la responsabilidad patrimonial de la Administración se ha apreciado en dos casos referidos a daños causados en Centros sanitarios y sociales privados concertados con la Administración sanitaria.

- El D.83/11 la aplica a un caso de actuación del Centro sanitario privado por encargo, en virtud de un concierto con la Administración sanitaria, afirmando que la responsabilidad de esta es directa, sin perjuicio de la posterior acción de regreso o reembolso que pueda proceder contra el Centro privado en virtud del concierto.
- El D.62/11, para evitar la inseguridad jurídica sobre la imputación de responsabilidad patrimonial, advierte que es preciso aclarar en los conciertos sanitarios si la asistencia sanitaria prestada en un centro privado concertado con la Administración sanitaria pública se limita al acto médico concertado estrictamente considerado o comprende también la atención posterior de las secuelas o incidencias posteriores que el paciente derivado presente a consecuencia de dicho acto médico durante el periodo post-operatorio o de convalecencia.

5. Responsabilidad de la Administración cinegética

La elevación legal a 6.000 euros de la cuantía para recabar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha seguido reduciendo drásticamente en 2011 el número de consultas sobre reclamaciones de daños y perjuicios producidos por accidentes de tráfico provocados por la fauna silvestre.

En efecto, solo se han contabilizado cinco dictámenes en esta materia (D.33/11, D.34/11, D.67/11, D.68/11 y D.69/11), ya que el D.58/11, contabilizado en la Memroia 2011 del Consejo como un sexto dictamen sobre responsabilidad referente a animales, trata de un caso de daños causados al ganado en una campaña de vacunación obligatoria y no por piezas de caza que provocan accidentes de tráfico.

En suma, como ya señalábamos en 2010, prácticamente se ha truncado la posibilidad de que el Consejo Consultivo siga fijando el cuadro de

doctrina sobre responsabilidad cinegética que tanto ha contribuido, no solo a clarificar esta materia –aparentemente simple, pero de casuismo muy complejo–, sino también a facilitar la gestión de este tipo de reclamaciones por la Administración cinegética de la Comunidad Autónoma en un momento de cambio normativo en el que la doctrina consultiva puede ser de gran utilidad.

A) Régimen jurídico

Los cinco dictámenes de 2011 expresados aplican el régimen jurídico posterior a la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, cuyo art 38 modificó el art. 13 de la Ley 9/98, de Caza de La Rioja, sobre responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, para remitir esta materia a la legislación estatal aplicable, es decir, a la Ley estatal 1/1970, de 4 de abril, de Caza, que así recupera su aplicabilidad en este aspecto, y a la DA 9ª de la Ley 17/05 (D.33/11, D.34/11, D.67/11, D.68/11, D.69/11).

El Consejo ha efectuado en 2011 las siguientes *observaciones críticas* sobre el citado régimen jurídico vigente en la materia:

- Se mantiene indirectamente el sistema de desplazamiento de la legislación estatal en cuanto que la Ley de Caza de la CAR: i) determina a quién se considera en cada caso titular de los aprovechamientos cinegéticos sobre el terreno del que proceda el animal causante del daño, cuando se trate de un terreno cinegético; ii) aclara que es a dicho titular a quien prioritariamente ha de exigirse la responsabilidad y que subsidiariamente siempre podrá exigirse al propietario, salvo cuando se trate de un terreno no cinegético por ser cercado, vedado voluntario o zona no cinegética voluntaria, en cuyo caso responden sus propietarios; y iii) determina que la CAR es titular de ciertos terrenos cinegéticos (reservas, cotos sociales), así como de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas (D.34/11).
- Se mantiene la posibilidad de concurrencia o incluso de desplazamiento de la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos con la de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos, especialmente, por la adopción de medidas administrativas especiales ínsitas en los Planes Técnicos de Caza y documentos complementarios, con todas las matizaciones realizadas por el Consejo Consultivo en esta materia (D.68/11, que reproduce la doctrina anterior del Consejo sobre Planes Técnicos de Caza).

- Se confiere aplicabilidad a la DA 9ª de la Ley estatal 17/05 que limita la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y la subsidiaria de los propietarios con un criterio de tipo subjetivista: que el accidente sea consecuencia directa: i) de la acción de cazar o ii) de una falta de diligencia en la conservación del acotado, pero con las siguientes precisiones, efectuadas en D.33/11, D.34/11 y D.68/11:

1/ La necesaria inversión de la carga de la prueba: La primera restricción legal es irrazonable (ya que se opone al criterio racional de que quien percibe un beneficio, como es el aprovechamiento de la caza, debe soportar en justa compensación los eventuales daños inherentes al mismo) y la segunda incomprensible (ya que la única medida diligente que puede impedir que el animal abandone el acotado es vallarlo por completo y eso lo convertiría en un cercado y, por tanto, en terreno no cinegético), por ello se impone una interpretación de esta D.A. 9ª en línea con la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS que viene sosteniendo una cierta objetivación de la responsabilidad civil, que determina el establecimiento de una presunción de negligencia en la conservación del acotado con la consiguiente inversión de la carga de la prueba de la diligencia que recae en el titular del aprovechamiento cinegético (D.34/11)

2/ La posible existencia de otras imputaciones: En modo alguno pueden interpretarse los dos casos previstos en la DA 9ª como un *numerus clausus* de hipótesis posibles de responsabilidad ya que no impiden la posible concurrencia de culpa de la víctima (aunque no haya infringido normas de circulación), de un tercero o de la Administración titular de la vía pública (p.e. si la Administración cinegética estima que el lugar del accidente es «punto de especial concentración de accidentes con animales silvestres»; o si la zona del accidente carece de la señalización de peligro cinegético) o de la Administración cinegética por adopción u omisión de medidas administrativas específicas ínsitas en los Planes Técnicos de Caza o documentos complementarios (D.34/11, D.67/11, D.68/11).

3/ La referencia a que el animal proceda del terreno cinegético como consecuencia directa de la acción de cazar, mantiene el sistema de responsabilidad objetiva de la legislación estatal, pero con la restricción de que la actividad de cazar se esté practicando (D.34/11, D.68/11).

4/ La referencia a la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, recupera a la culpa o negligencia como criterio de imputación, es decir, vuelve a la aplicación de la reiterada doctrina de la Sala 1ª del

TS sobre la responsabilidad civil extracontractual de presumir la existencia de negligencia, aquí en la conservación del terreno acotado, por parte de los titulares del aprovechamiento cinegético y, en su caso, de su propietario, con la consiguiente inversión de la carga de prueba, debiendo el presunto responsable probar que ha puesto todos los medios para impedir que las piezas de caza abandonen el acotado (D.34/11, D.68/11).

5/ Es de lamentar el retroceso jurídico que ha supuesto para los perjudicados la modificación legal operada en la Ley estatal de Caza de 1970 por la DA 9ª de la Ley 17/05 al desplazar la legislación autonómica en beneficio de los titulares de los cotos, que se lucran con la actividad cinegética (D.67/11).

B) Doctrina general

Siguiendo la doctrina consultiva establecida especialmente en D. 139/08 y D.144/08, se imputan los daños de caza a los *titulares* de los aprovechamientos y, subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos, pero teniendo en cuenta que la legislación estatal considera terreno cinegético (*acotado*) a todo el territorio nacional, si bien con zonas susceptibles de aprovechamiento cinegético común y otras sometidas a régimen especial, como, p.e, las urbanas en que está prohibida la caza (D.67/11, D.68/11, D.69/11).

Por tanto –advierte el Consejo en D. 67/11–, que hay que tener en cuenta que en la expresión «terreno acotado» de la Ley estatal de Caza se comprenden, tanto los terrenos que la Ley riojana de Caza considera cinegéticos (cotos y reservas), como los no cinegéticos (vedados, cercados y zonas no cinegéticas, incluyendo entre estas últimas las llamadas zonas de seguridad, que comprenden, entre otras, las áreas urbanas), ya que todos ellos son susceptibles de un aprovechamiento cinegético, sea común o de régimen especial, prescripción esta última que comprende a los terrenos en los que la caza puede estar totalmente prohibida (como sucede en los terrenos cercados y en las zonas de seguridad).

Por su parte, el D.68/11 reitera que el titular del aprovechamiento cinegético debe presentar el Plan Técnico de Caza a la Administración para su aprobación, de suerte que este, *ex art.* 76 Reglamento de Caza, fije: i) la existencia o no de la especie cazable; ii) las características del terreno, especificando su potencialidad cinegética e incidencia en la actividad cinegética; y iii) la determinación, potencialidad y estado de las poblaciones cinegéticas

presentes en el terreno (D.68/11). El órgano administrativo, una vez presentado el Plan Técnico, puede, *ex art. 79* Reglamento de Caza, realizar las comprobaciones para constatar los datos y previsiones y, si presenta defectos, devolverlo para su corrección (D.68/11); además, debe informar en estos expedientes : i) del contenido detallado de los Planes Técnicos de Caza en cuanto a las especies susceptibles de aprovechamiento cinegético existentes en el coto; ii) de las modalidades de caza permitidas en el mismo; iii) de las capturas autorizadas; iv) del criterio técnico sobre la posible existencia de la especie dañosa en el coto; y v) sobre la procedencia del animal causante del daño (D.68/11).

Desde luego, la facultad de cazar corresponde a los particulares y, en relación con ella, la actividad de la Administración es exclusivamente de índole autorizatoria. Por ello, el D.68/11 recuerda que la Administración no puede imponer, salvo supuestos tasados, la obligación de cazar, pues el ejercicio de la caza es rogado. La contrapartida de estas limitaciones administrativas cuando existan y de la correspondiente libertad de decisión de los titulares de aprovechamientos cinegéticos está en el régimen de imputación de los daños causados por las piezas de caza, esa es la ratio de la Ley Caza de La Rioja al imputar dichos daños a los titulares de terrenos que, pudiendo serlo, no son cinegéticos por su propia voluntad, como son los cercados o los no cinegéticos voluntarios (arts. 13, 33 y 34) o aquellos acotados en que, advertida en el Plan Técnico de Caza la existencia de la especie dañosa, su titular no solicita su captura, pues todos estos actos voluntarios tienen como contrapartida la imputación de la responsabilidad por los daños causados por la especie a cuya caza se renuncia.

En los cotos, el Plan Técnico limita la facultad de cazar todas las especies cinegéticas que existan en él, pero se trata, en cierto sentido, de una autolimitación que ellos mismos se imponen puesto que, aunque los Planes han de ser redactados por técnico competente, son tales titulares los que los proponen y presentan, correspondiendo a la Administración únicamente su aprobación o rechazo, pero sin adoptar una posición meramente pasiva, ya que puede indicar las correcciones que proceda introducir y en casos tasados, puede obligar a caza todas o algunas especies. Estas actitudes respectivas de titulares y Administración pueden responsabilizarles, en todo o en parte, de los daños causados por especies cuya presencia esté prevista en el Plan. De ahí, la posibilidad de culpa concurrente de la Administración cinegética y del titular del acotado cuando consta a ambos la existencia de una especie en el coto y la misma no queda reflejada en el Plan Técnico de Caza (D.68/11).

C) *Imputación*

El Consejo ha señalado en 2011 algunos casos en los que, a consecuencia de la aplicación del régimen jurídico precitado, responde la Comunidad Autónoma y que son los siguientes:

- Cuando la Comunidad Autónoma sea titular del terreno cinegético (Reserva regional, o Coto social) y no prueba que ha utilizado la diligencia debida para evitar que la pieza cinegética abandonara el acotado causando daños (D.33/11, D.34/11); pero teniendo en cuenta que, sobre esta diligencia debida, el Consejo ha señalado en 2011 lo siguiente: **i)** que no basta para probar diligencia afirmar una correcta gestión general de la Reserva (D.33/11); **ii)** que debe probarse una correcta señalización de la carretera (D.33/11); **iii)** que la existencia vallados o de pasos, elevados o subterráneos, para el ganado podría probar la diligencia (D.33/11, D.34/11); **iv)** que la reiteración de accidentes causados por animales en un punto concreto induce a pensar en falta de adopción de medidas suficientes en la Reserva (D.33/11); **v)** que no es admisible que la Administración cinegética interprete el nuevo régimen legal como una especie de vuelta al estado originario natural, de suerte que estos daños, fuera de los casos derivados de una aplicación estricta de la ley, sean considerados de causa fortuita (D.34/11); y **vi)** que, en este ámbito, la Administración genera y percibe beneficios ambientales de interés general, así como económicos derivados de la explotación de la caza, por lo que es coherente que se produzca una inversión de la carga de prueba, de manera que sea la Administración, como titular de tales aprovechamientos, la que pruebe que ha realizado una correcta actuación para evitar la producción del daño; y, en defecto de prueba de diligencia, el daño debe imputarse a quien se beneficia de la actividad de servicio público generadora del daño, es decir, a la Administración cinegética (D.34/11).
- Cuando, aun no siendo titular del aprovechamiento cinegético, se le imputa la responsabilidad por omisión de la diligencia debida en la adopción de medidas administrativas necesarias, concretadas en la aprobación del correspondiente Plan de Caza (D.68/11).
- Cuando se le impute la responsabilidad por un título extra-cinegético, como el viario, u otro (D.34/11). Respecto a estos casos, especialmente por lo que se refiere a la Administración viaria, el Consejo ha declarado en 2011: **i)** que corresponde a la Administración viaria competente acreditar, de acuerdo con los estándares del servicio (criterios para la seña-

lización en función de la estadística de accidentes producidos en los distintos tramos), que no concurrían circunstancias para señalar, como exige la normativa sobre tráfico, las vías que discurren por el interior de una Reserva Regional de caza (D.34/11); **ii**) que no puede imputarse responsabilidad a la Administración viaria si el estado de conservación de la vía era bueno y estaba suficientemente señalizado el peligro de animales en libertad (D.68/11); y **iii**) que no puede imputarse responsabilidad a una Administración que no es la titular de la carretera en la que se produce el accidente. (D.69/11).

D) Exoneración

También ha señalado el Consejo en 2011 algunos casos en los que, a consecuencia de la aplicación del régimen jurídico precitado, la Comunidad Autónoma queda exonerada de responsabilidad. Son los siguientes:

- Cuando el animal proceda de un terreno acotado, pues entonces responde de sus daños el titular del aprovechamiento cinegético de ese terreno y, subsidiariamente, los propietarios del mismo *ex art. 33 Ley estatal 1/70, de Caza, por remisión del art. 13.1 Ley 9/98, en la redacción de la Ley 6/07 (D.68/11).*
- Cuando el animal proceda de un terreno cercado, vedado o zona no cinegética voluntaria, pues entonces responderá el dueño del terreno *ex art. 13.1.b) Ley 9/98, ya que, ex art. 33 Ley estatal 1/70, no puede haber otro titular del aprovechamiento cinegético (D.68/11, D.69/11).*
- Cuando la falta de concretización de medidas en el Plan Técnico de Caza de un coto no administrativo se debe a la renuncia de su titular a incluir en el aprovechamiento una especie cuya existencia consta en el coto (D.68/11, que aprecia responsabilidad compartida).

Ahora bien, debe ser recordado que, en estos casos, ni la Administración cinegética ni el Consejo pueden pronunciarse, ya que es cuestión privada que compete, en su caso, a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que la Administración deba facilitar al damnificado la identidad del titular del terreno del que procedió el animal (D.67/11, D.69/11).

6. Responsabilidad de la Administración sanitaria

En 2011, el Consejo Consultivo haya emitido 41 Dictámenes sobre reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a la Administración pres-

tadora de asistencia sanitaria (DD. 2, 4, 5, 8, 9, 13, 17, 19, 21, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 37, 42, 43, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 59,60, 62, 63, 65, 66, 74, 75, 76, 77,79, 80, 81, 83 y 84/11); lo que supone el 47% del total de dictámenes emitidos en dicho año y el 66% de los recaídos sobre responsabilidad patrimonial. Esta mayor incidencia se debe a que, en el sector sanitario, las reclamaciones suelen ser de elevada cuantía, por lo que resulta menos afectado que otros sectores de la actividad administrativa por la normativa sobre limitación de consultas por razón de la cantidad reclamada.

Esta circunstancia ha permitido que el Consejo haya continuado insistiendo en los grandes parámetros para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia. Nos limitamos a exponer seguidamente los criterios que han sido objeto de pronunciamientos en 2011.

1º Criterio de la *obligación de medios y no de resultados*

El Consejo sigue insistiendo en que la obligación de la Administración sanitaria es, en la Medicina curativa, no en la satisfactiva, «de medios y no de resultados», debido a la condición perecedera y enfermable del ser humano, a la inexistencia de un derecho a la curación (no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes), al estado de los conocimientos científicos, a la extensión del servicio sanitario, y a los recursos limitados asignados por los poderes públicos (D.2/11, D.5/11, D.13/11, D.17/11, D.19/11, D.21/11, D.25/11, D.26/11, D.27/11, D.32/11, D.42/11, D.43/11, D.51/11, D.52/11, D.62/11 y, D.81/11).

Ello es debido, según reiterada doctrina del Consejo Consultivo, a que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, desarrolladas por el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, no son derechos absolutos, pues, por muy ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos (D.17/11, D.26/11, D.27/11, D.50/11, D.52/11, D.62/11, D.63/11 y D.81/11).

Insiste el Consejo en que la conducta seguida por los Facultativos con el paciente es una prestación que forma parte del contenido del derecho del paciente a ser atendido por el Servicio sanitario público (D.79/11); y añade

(D.60/11, D.75/11, .77/11, D.79/11, D.80/11 y D.81/11) que la existencia, en todo caso, de una obligación previa a cargo de los Facultativos y, en último término, de la Administración sanitaria por la que actúan, explica que coincidan la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que tal obligación es *de medios y no de resultado*, por lo que solo se incumple aquella, con la responsabilidad consiguiente, cuando la conducta de prestación del servicios por los Facultativos no resulta conforme a la *lex artis ad hoc* o cuando, aun siéndolo –y habiendo daño–, exceda lo actuado de la legitimación conferida por el propio paciente (*consentimiento informado*) o por la ley (falta objetiva de la situación de *urgencia* requerida).

Ahora bien, el Consejo advierte que la responsabilidad sanitaria no deriva de un funcionamiento de los servicios públicos sanitarios *en abstracto*, es decir, de un deber abstracto de las Administración para con destinatarios genéricos, sino de un daño efectivo que nace del incumplimiento por la Administración sanitaria de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor el paciente, que tiene derecho, no solo a una genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones concretas que su caso requiera (D.65/11, D.75/11, D.77/11, D.79/11, D.80/11 y D.83/11).

2º Criterio de la imputación solo por *funcionamiento anormal* del servicio público

El Consejo sigue fiel a su criterio de que la Administración sanitaria solo responde caso de funcionamiento anormal de los servicios públicos objetivado en una infracción de la *lex artis ad hoc* o del consentimiento informado (D.42/11). El fundamento de esta limitación en el carácter relativamente «contractual» y no «extracontractual» de la responsabilidad sanitaria.

En efecto, partiendo de la idea antes expuesta de que la prestación sanitaria de la Administración es una obligación de hacer conectada con el derecho del paciente a ser atendido en la sanidad pública, no solo en abstracto sino con las prestaciones concretas que su caso requiera (D.42/11, D.51/11, D.54/11 y D.60/11); parece claro al Consejo que la responsabilidad sanitaria presenta dos fuentes: i) en la primera u ordinaria, que cabe calificar de convenida, participan los Facultativos que actúan por la Administración sanitaria proponiendo al paciente la intervención que estiman requiere su estado de salud (deber y derecho de información) y, además, el propio paciente añadiendo a esa propuesta u oferta su aceptación (*consentimiento informado*); ii) en la segunda o extraordinaria, en cambio, la fuente de la obligación no es convenida sino legal, pues es la ley la que impone a los Facultativos y demás

personal sanitario público la obligación de atender directamente a los pacientes, sin necesidad de consentimiento informado, en los casos en que la atención sanitaria sea urgente. De ahí que, por ser previa, la obligación de la Administración sanitaria es *de medios* y no *de resultados* y solo responde cuando la conducta de sus Facultativos no es conforme a la *lex artis ad hoc* o, aun siéndolo, excede de lo que ha sido autorizado por el paciente al manifestar su consentimiento informado o por la ley ante una situación objetiva de urgencia (D.42/11, D.51/11, D.54/11, D.79/11 y D.83/11).

Finalmente, destaquemos el D.74/11 en cuanto contempla un caso de imputación por *funcionamiento anormal del servicio sanitario no médico*. Se trataba de un paciente que fallece por infarto agudo de miocardio tras ser correctamente atendido tras su traslado al Hospital, pero con pérdida de oportunidades terapéuticas ya que no recibió una atención médica temprana, aunque sí la de un transeúnte guiado telefónicamente por un Médico, por estar cerrado, sin explicación de la causa, el Centro de Salud de su municipio, al que se dirigió inicialmente y no funcionar el teléfono móvil del Médico de guardia, aunque en el caso se estimó prescripción de la acción.

3º Criterio de la *lex artis ad hoc*

La observancia de la *lex artis ad hoc* es un parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria consistente en la exigencia de que esta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos y los protocolos profesionales de actuación previstos para las circunstancias concretas que el mismo presenta (D.13/11, D.49/11).

Sobre este conocido criterio, el Consejo se ha limitado en 2011 a reseñar: **i)** que la *lex artis* constituye el parámetro que permite deslindar aquéllos casos en los que la parte reclamante no debe soportar el daño de aquellos en los que ha de hacerlo (D.81/11); **ii)** que el cumplimiento de la *lex artis* es independiente de que los resultados no sean los deseados (D.81/11); **iii)** que, no habiéndose llevado a cabo asistencia ni intervención alguna que precisara el consentimiento del paciente o de sus familiares, la eventual responsabilidad de la Administración sanitaria habrá de enjuiciarse exclusivamente a la luz del criterio de la *lex artis* para determinar si la misma se ha infringido en la asistencia prestada al paciente (D.37/11); y **iv)** que, en el criterio de la *lex artis ad hoc*, deben incluirse las modulaciones que a la conducta de los Facultati-

vos impone la necesidad de respetar los derechos fundamentales, incluyendo el de la libertad religiosa, especialmente cuando existen instrumentos que atienden a la seguridad jurídica en esta materia, como es el *Protocolo de actuación quirúrgica para los testigos de Jehová* y la convicción de éstos contraria a las transfusiones de sangre (D.77/11).

En este último dictamen, el Consejo ha **imputado** responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por mala praxis *ad hoc* en el caso de una mujer embarazada gemelar, bicorial y biamniótica, con uno de los fetos en posición podálica, a la que, pese a haber inscrito en el Registro de instrucciones previas su oposición a las transfusiones de sangre, por su condición de testigo de Jehová, no se le aplica inicialmente, por desconocimiento, el vigente *Protocolo de actuación quirúrgica para testigos de Jehová*, que forma parte de la *lex artis ad hoc*, sino que es citada para una cesárea de alto riesgo, aunque no urgente; y, cuando se le informa de que no existe en la cartera de servicios de la Administración sanitaria actuante la práctica de dicha intervención sin eventuales transfusiones sanguíneas, ni el traslado en ambulancia a centros privados caso de alta voluntaria, se niega a firmar el consentimiento informado y a permanecer ingresada mientras se busca otro centro sanitario público que pueda atenderla, pide el alta voluntaria y se traslada por su cuenta a un centro sanitario privado donde es intervenida con éxito sin transfusión sanguínea; si bien el Consejo entiende que solo son indemnizables en este caso los daños morales temporales por la zozobra causada por la inobservancia inicial del meritado *Protocolo* y no los gastos en la sanidad privada asumidos por decisión voluntaria de la paciente.

Por el contrario, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria en 2011 en los siguientes casos en que se alegaba mala praxis médica:

- *Anestesiología*:
 - D.42/11 (paciente diagnosticada de bocio multinodular que, al practicársele una tiroidectomía, presenta una tal saturación de oxígeno que requiere que se le practique una traqueotomía de urgencia vital, sin prueba de haberse incumplido la *lex artis ad hoc* en la intubación, pero de la que resultan secuelas de disfagia, disnea y disfonía).
- *Cardiología, Angiología y Cirugía vascular*:
 - D.59/11 (paciente con marcapasos, operada de recambio trivalvular, medicada con Sintrom y afectada por numerosas embolias cerebrales

desde hace más de 20 años, que sufre un leve accidente isquémico transitorio –AIT– compatible con un cuadro de hipoglucemia inicialmente diagnosticado y que es descartado tras un TAC practicado a las 24 h. del accidente).

– D.62/11 (paciente aquejado de estenosis mitral moderada sintomática e insuficiencia tricuspídea moderado-severa de más de 20 años de evolución que, tras ser intervenido quirúrgicamente, en un centro privado concertado, para la sustitución de la válvula mitral por una prótesis mecánica bivalva, presenta, como riesgos típicos objeto de consentimiento informado, secuelas de insuficiencia cardiaca y mediastinitis con dehiscencia esternal, que no se deben al hecho de no haber sido intervenido de la válvula tricúspide, ya que esta última intervención no era médicamente precisa ni había sido programada).

• *Ginecología, Obstetricia y Neonatología:*

– D.27/11 (paciente a la que, tras sangrado incoercible en un legrado, se le practica correctamente una histerectomía de la que resulta, como riesgo típico objeto de consentimiento informado, una fístula vaginal).

– D.28/11 (paciente joven a la que, tras una correcta extirpación de nódulos mamarios benignos, resulta un perjuicio estético consistente en asimetría entre el completo de areola y pezón de ambos pechos)

– D.51/11 (paciente con perforación vesical tras laparoscopia y laparotomía para la extracción de un DIU).

• *Medicina interna y del aparato digestivo:*

– D.83/11 (paciente intervenida conforme a la *lex artis ad hoc* de colecistectomía laparoscópica en un Centro sanitario privado concertado, con secuelas de fístula biliar y complicaciones derivadas, a las que prestó consentimiento informado como riesgos típicos de la misma).

– D.21/11 (paciente fallecida de carcinoma de colon un mes después de haberlo detectado el Servicio de Aparato Digestivo, sin prueba de retraso en el diagnóstico por el Médico de cabecera que la atendió correctamente de afecciones menores los meses anteriores).

• *Neumología:*

– D.24/11 (joven paciente que fallece en la UCI por sepsis pulmonar incoercible un día después de haber sido ingresada en el Servicio de Urgencias por neumonía).

- *Neurología:*

- D.5/11 (paciente diagnosticada y tratada correctamente de cefalea migrañosa que, al día siguiente, presenta una hemorragia subaracnoide correctamente tratada).

- D.37/11 (paciente octogenaria y con tratamiento anticoagulante –*Sintrom*– que ingresa, consciente, sin amnesias, vómitos ni convulsiones, en el Servicio de Urgencias, con un traumatismo craneoencefálico por caída fortuita en su domicilio; es dada de alta, conforme a la *lex artis*, por presentar un estado neurológico y radiológico normal, aunque sin realizar un TAC craneal ni una valoración del estado coagulativo (INR); y, tres días después, presenta síntomas convulsivos cuyo examen neurológico releva un hematoma intracraneal subdural de formación progresiva para cuya detección precoz las pruebas omitidas no habrían sido predictivas, por lo que no existe pérdida de oportunidades terapéuticas).

- D.63/11 (paciente con un cuadro de parestesias faciales, disestesias y disartria de casi 10 años de evolución, que, tras un episodio agudo en el que se le practican en el Servicio de Urgencias de su Centro sanitario público pruebas analíticas y de TAC sin contraste, es diagnosticada allí de parálisis facial periférica; pero que, 4 días después, reingresa en un Hospital de referencia donde, tras practicarle nuevos TAC, RMN y arteriografía, es diagnosticada de posible ictus isquémico vertebro-basilar asintomático y de un aneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media –ACM- derecha, sin posibilidad de embolización, por lo que, tras un periodo en lista de espera, es objeto allí mismo de una craneotomía con clipaje del aneurisma, de la que resultan secuelas de edema cerebral post-quirúrgico, no de sutura, y paresia braquial y crural, que son riesgos típicos objeto de consentimiento informado y que remiten con el tiempo).

- D.65/11 (paciente diagnosticado acertadamente del *Síndrome de Guillain Barré* tras diez días en que fue atendido de urgencia según la sintomatología que presentaba).

- *Odontología:*

- D.84/11 (paciente al que, tras una extracción dentaria rutinaria practicada correctamente, adviene una hemorragia incoercible que revela que padecía una leucemia de la que es correctamente tratado).

- *Oftalmología:*

– D.17/11 (paciente con ciclitis heterocrómica de Fuchs crónica, al que, para curar una catarata subcapsular en el ojo derecho, que también presentaba, se le practicó, con arreglo a la *lex artis*, una cirugía de catarata mediante faco-emulsificación, que fracasó por advenir, como riesgos típicos objeto de consentimiento informado: i) una rotura de la cápsula posterior del cristalino, que requirió una vitrectomía e implante de lente intraocular en el sulcus del cristalino, y ii) un postoperatorio con vitritis y aumento de tensión e inflamación ocular, que exigió una segunda intervención, también realizada según la *lex artis*, de explante de la lente intraocular y vitrectomía, que no pudo evitar la cronificación del edema corneal en forma de queratopatía bullosa establecida y drusas maculares, no siendo indicado el trasplante corneal y resultando de todo ello una no corrección de la pérdida de visión originaria y una apreciable pérdida de agudeza visual, pero que no es imputable a las dos intervenciones quirúrgicas sino a la evolución de su enfermedad crónica subyacente).

– D.32/11 (paciente con patología previa de miopía magna y diabetes mellitus al que, tras una doble operación de cataratas, adviene pérdida de visión en un ojo en que se produjo, como riesgo típico, la rotura de la cápsula del cristalino, y ptosis palpebral).

- *Oncología:*

– D.26/11 (paciente al que, como riesgo típico objeto de consentimiento informado, se le extravasa un reservorio perfusivo de sustancias quimioterápicas irritantes implantado correctamente tras una operación oncológica).

- *Otorrinolaringología:*

– D.57/11 (paciente que, sin probarlo, asocia una cofosis o pérdida total de audición en un oído a la extracción de un tapón de cerumen, pero que la prueba pericial demuestra que es consecuencia de la sífilis que padece).

– D.75/11 paciente con secuela de neuropatía isquémica del nervio óptico derivada de eventos vasculares por hemorragia endonasal producida durante una cirugía endoscópica de senos paranasales, sin prueba pericial de dicha hemorragia, analíticamente demostrada *a posteriori*, hubiera podido ser detectada de forma precoz durante la intervención.

- *Pediatría:*

- D.52/11 (lactante fallecido por peritonitis subsiguiente a apendicitis que no pudo diagnosticarse a tiempo por no presentar síntomas abdominales específicos sino más bien sugerentes de una gastroenteritis, siendo excepcional lo primero y difícil el diagnóstico diferencial en los lactantes).

- *Traumatología:*

- D.13/11 (paciente con politraumatismo y secuelas tras caída desde una altura de cuatro metros, correctamente diagnosticado y tratado, que presentó luego un diagnóstico privado de sospecha de hernia diafragmática que no se objetivó al ser intervenido, aunque la operación de toracotomía descubrió y reparó una rotura del diafragma).

- D.21/11 (paciente correctamente intervenido de coxartrosis izquierda mediante una artroplastia o implantación de prótesis total de cadera, que se provoca luego una luxación en la misma al salir de un vehículo, siendo reintervenido correctamente pero presentando como riesgo típico infección que finalmente es tratada también de forma adecuada).

- D.49/11 (piloto de aeronaves con secuelas de hombro doloroso tras una correcta intervención quirúrgica por caída domiciliaria sin prueba de mala praxis médica).

- D.79/11 (paciente con metatarsalgia y *hallux valgus* bilateral de varios años de evolución y resistente al tratamiento, que, tras varias intervenciones quirúrgicas, realizadas según la *lex artis ad hoc*, sigue presentando, como riesgos típicos objeto de consentimiento informado, deformidades, limitaciones articulares y otras secuelas que pueden requerir tratamiento ortopédico o incluso nuevamente quirúrgico).

- D.80/11 (paciente con bloqueo articular y sensación de cuerpo extraño libre que no prueba que sean consecuencia de una artroscopia para meniscectomía de rodilla izquierda practicada en un centro sanitario concertado).

- D.81/11 (paciente con fractura del húmero derecho que es reducida quirúrgicamente con arreglo a la *lex artis ad hoc*, enclavándola con osteosíntesis endomedular, aunque resultaron secuelas neurovasculares,

axonotmesis y pseudoartrosis, todos ellas riesgos típicos objeto de consentimiento informado).

4º Criterio de la exigencia del *consentimiento informado*

Sobre este criterio fundamental (el derecho del paciente a la protección de su salud incluye el de prestar su consentimiento a las intervenciones médicas, una vez informado debidamente de sus características y consecuencias), el Consejo ha completado en 2011 su doctrina de años anteriores con las siguientes precisiones:

- Respecto a su **naturaleza**, el consentimiento informado *no es una causa de exoneración* por sí mismo, ni constituye una especie de salvoconducto para el Facultativo (de manera que, producido cualquier riesgo contenido en el mismo, ello ya sea suficiente para desestimar la existencia de responsabilidad patrimonial), puesto que el Facultativo, en todo caso, ha de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y ha de acreditarse que el riesgo típico no se ha producido como consecuencia de una defectuosa atención prestada (D.75/11).
- Respecto a su **especificidad**: **i)** el consentimiento prestado *para la inclusión en una lista de espera quirúrgica* no suple al preciso para la intervención que ha de practicarse, salvo que se pruebe que este último se ha practicado verbalmente y, tras ello, se firmó la inclusión en la lista de espera (D.21/11); y **ii)** el consentimiento prestado *para la anestesia* puede implicar el consentimiento para la operación en sí, si se prueba que el paciente fue informado al respecto, habida cuenta de la íntima conexión entre ambos aspectos que ha señalado la jurisprudencia (D.21/11).
- Respecto a su **forma**: **i)** la exigencia de que el consentimiento informado conste *por escrito* tiene la consecuencia de invertir la carga de la prueba, de suerte que, caso de no existir el documento firmado por el paciente, será la Administración quien haya de acreditar que ha proporcionado a este toda la información necesaria para que, libremente conocedor de las ventajas e inconvenientes, adopte su decisión (D.21/11); y **ii)** la utilización para el consentimiento informado de un *modelo normalizado* impreso con el contenido general propuesto por la Sociedad médica de la Especialidad correspondiente puede contener información suficiente para un caso concreto si este encaja en las previsiones generales (D.32/11).

- Respecto a la **prueba** del consentimiento informado, esta incumbe a la Administración sanitaria (D.21/11).
- Respecto a los **casos en que no es preciso**: i) en caso de urgencia vital sobrevenida en el transcurso de la operación, no es preciso el consentimiento informado por ser legalmente obligado intentar la salvación del paciente (D.42/11); y ii) no es preciso para la extracción de un tapón de cerumen del oído (D.57/11).

El Consejo ha **imputado** responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado prestado en el caso del -D.25/11 (joven a la que se le practica una intervención quirúrgica consentida de extirpación de una mastopatía fibroquística o nódulo mamario benigno, perfectamente localizado y palpable, sin diagnóstico de padecer otros similares, el cual, meses después, se descubre que no ha sido extirpado; la razón de la imputación a la Administración sanitaria del daño moral producido a la paciente en este caso estriba en que el consentimiento se prestó para extirpar un nódulo mamario que de hecho persiste tras la operación).

5º Criterio de la ponderación de los *riesgos típicos*

Los riesgos típicos inherentes a ciertas intervenciones médicas deben ser ponderados al analizar el cumplimiento de las obligaciones de observancia de la *lex artis ad hoc* y del consentimiento informado. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2011 que la Administración sanitaria ha de probar que el riesgo típico no se ha producido como consecuencia de una defectuosa atención prestada (D.75/11).

En concreto, el Consejo ha considerado en 2011 como riesgos típicos los siguientes: i) la rotura de la cápsula posterior del cristalino en una operación de cataratas (D.32/11); ii) la perforación vesical tras laparotomía o laparoscopia tras extracción de un DIU (D.51/11); iii) la insuficiencia cardiaca y la mediastinitis con dehiscencia esternal tras una intervención quirúrgica cardiaca para sustitución de la válvula mitral por una prótesis mecánica bivalva (D.62/11); iv) el edema cerebral y la paresia de extremidades tras una craneotomía para el clipaje de un aneurisma de arteria cerebral (D.63/11); v) la neuropatía isquémica del nervio óptico derivada de eventos vasculares por hemorragia endonasal producida durante una cirugía endoscópica de senos paranasales (D.75/11); vi) las metatarsalgias, la recidiva de la deformidad, la limitación del movimiento articular y otras molestias residuales a una inter-

vención quirúrgica, que puedan requerir tratamiento ortopédico o incluso una segunda intervención (D.79/11); y vii) la fístula biliar tras una colecistectomía laparoscópica (D.83/11).

6º Criterio de la *idiosincrasia* o estado previo del paciente

El Consejo ha reiterado en 2011 que la idiosincrasia o situación previa del paciente, especialmente su patología anterior, es siempre una concausa a estimar, que puede incluso ser la única relevante (D.4/11, D.8/11, D.24/11, D.32/11, D.53/11, D.57/11, D.65/11).

7º Criterio de la *pérdida de oportunidades terapéuticas*

El Consejo comenzó a inclinarse en 2010 hacia la consideración de la pérdida de oportunidades terapéuticas, no tanto como un criterio de imputación del daño a la Administración sanitaria, cuanto como un módulo para fijación de la indemnización procedente por otros motivos, puesto que, según la jurisprudencia, en los casos de pérdida de oportunidades terapéuticas, el *quantum* indemnizatorio debe efectuarse sobre el porcentaje de supervivencia que llevaría aparejada, en su caso, una actuación totalmente ajustada a la *lex artis ad hoc*, si bien la fijación de dicho porcentaje es pericial y puede ser ponderada por el Consejo (D.36/10).

En esta línea, el Consejo *ha apreciado* en 2011 la pérdida de oportunidades terapéuticas en un paciente que falleció por infarto agudo de miocardio tras ser correctamente atendido una vez trasladado al Hospital, pero que no recibió una atención médica temprana por estar cerrado, sin explicación de la causa, el Centro de Salud de su municipio, al que se dirigió inicialmente y no funcionar el teléfono móvil del Médico de guardia, aunque en el caso se estimó prescripción de la acción (D.74/11).

Sin embargo, el Consejo *no ha apreciado* en 2011 la pérdida de oportunidades terapéuticas: i) cuando las pruebas diagnósticas omitidas carezcan de valor predictivo para un diagnóstico precoz (D.37/11); y ii) cuando ha existido continuidad asistencial sin periodos entre lesión, diagnóstico y el tratamiento correcto. D.81/11. Finalmente, el D.2/11 analiza una cuestión concomitante cual es la del *terapeuta indicado para el tratamiento del paciente*, declarando que este no tiene derecho a que las pruebas diagnósticas no se las realice un Médico Interno Residente (MIR), ni la intervención de este es conducta susceptible de causar daño, ni siquiera moral, pues, de aceptarse una indemnización por tal causa, se estaría en cuestión todo el sistema de forma-

ción y especialización de los Médicos españoles, que se consigue precisamente a lo largo de un periodo de residencia, máxime cuando, en el caso, el MIR actuó bajo la supervisión del correspondiente Médico Adjunto, que también realizó la prueba (D.2/11).

8º Criterios sobre la *causalidad, antijuridicidad y efectividad del daño*

Sobre la **relación de causalidad**, el Consejo ha declarado en 2011 que no existe cuando el servicio sanitario público no intervino, o lo hizo en una fase precoz o con actuaciones sin entidad, debido a que el paciente se traslada voluntariamente a la sanidad privada donde se le practican las intervenciones decisivas (D.53/11). Concretamente, en 2011 se produjo la exoneración de la Administración sanitaria

- Por inexistencia de relación causal según el criterio de la *condicio sine qua non*: en el D.45/11 (paciente al que un Cirujano General practica conforme a la *lex artis ad hoc* la exégesis de un quiste facial de la que resultan secuelas cicatriciales «en culo de pollo» que no pueden ser imputadas como perjuicio estético alegando que debió haber sido operado por un Cirujano Plástico).
- Por interferencia del paciente en el nexo causal: i) en D.53/11 (paciente con pie diabético que se traslada voluntariamente a centro sanitario privado para diagnóstico y tratamiento); y ii) en D.66/11 (paciente con marcapasos que no acude a la cita programada para la sustitución de la pila o generador temporal del mismo y sufre una lesión por caída doméstica, sin prueba de si se debió a un tropiezo causal o a un síncope por disfunción del aparato).

Respecto a la **antijuridicidad**, el Consejo ha reiterado en 2011 su irrelevancia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, pues en este ámbito no existe propiamente un **deber de soportar el daño**, sino, en su caso, la mera imposibilidad de imputarlo a una mala práctica de la Administración (D.17/11).

En cuanto a la **efectividad del daño**, el Consejo ha declarado que no hay daño efectivo: i) en el caso de un paciente al que se suspende en el mismo quirófano la práctica de una prostatectomía radical para sustituirla por un tratamiento radioterápico pues lo aconsejaba la idiosincrasia del paciente; y, aunque podía haberse previsto antes, el diagnóstico y tratamiento fue el adecuado, el retraso careció de trascendencia y la ligera zozobra por el inciden-

te se compensa por la que se evitó al no tener un periodo post-operatorio (D.2/11); **ii**) cuando todavía no se conoce el alcance de las dolencias o no se han estabilizado las secuelas, por lo que en tales casos es preciso acreditar en el expediente el estado de salud del reclamante para saber si permanece en estado de curación o ya no es susceptible de mejoría (D.43/11); y **iii**) cuando el paciente no ha probado que el retraso en la práctica de las pruebas diagnósticas en la sanidad pública haya comprometido sus posibilidades de curación y tampoco hay daño moral, al habérselas practicado voluntaria e inmediatamente, en la sanidad privada (D.60/11).

9º Criterio de la ponderación del *error médico* de diagnóstico o de tratamiento

Como señaló el D.79/10, el *error de diagnóstico o de tratamiento* de una enfermedad grave produce al paciente un daño moral indemnizable consistente en la preocupación psicológica sobre cuál sería su estado de salud de no haber existido dicho error, independientemente de que el resultado hubiera sido el mismo si el error no se hubiera producido.

Esta doctrina ha sido completada en 2011 con las siguientes precisiones: **i**) el error de diagnóstico solo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.50/11, D.52/11, D.60/11, D.81/11); y **ii**) el error en el diagnóstico inicial efectuado en la sanidad pública y detectado luego por una prueba posterior realizada en la sanidad privada no responsabiliza de por sí a la Administración sanitaria si no se tradujo en un daño personal o moral al paciente probado por este (D.60/11). Este criterio ha provocado varias *exoneraciones e imputaciones* de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria en 2011, relativas a casos en que se alegó *error de diagnóstico o de tratamiento* o diversas variantes de los mismos.

Los casos de **imputación** por apreciación de este tipo de errores se han limitado en 2011 a dos dictámenes en que se apreció *error de tratamiento*: **i**) D.25/11 (joven a la que se le practicó una intervención quirúrgica de extirpación de una mastopatía fibroquística o nódulo mamario benigno, perfectamente localizado y palpable, sin diagnóstico de padecer otros similares, el cual, meses después, se descubre que no ha sido extirpado); y **ii**) D.50/11 (paciente que fallece por sepsis tras una infección aguda hematógena de una prótesis de cadera, al que, según los Forenses, debió practicarse un desbridamiento quirúrgico de la articulación afectada, seguida de tratamiento antibiótico, en vez de supresión antibiótica seguida de intervención quirúrgica para desbridar).

Los casos de **exoneración** se han debido a los siguientes motivos:

- Por *inexistencia de error de diagnóstico*: i) D.13/11 (paciente con politraumatismo y secuelas tras caída desde una altura de cuatro metros, correctamente diagnosticado y tratado, que presentó luego un diagnóstico privado de sospecha de hernia diafragmática que no se objetivó al ser intervenido, aunque la operación de toracotomía descubrió y reparó una rotura del diafragma); ii) D.63/11 (paciente con un cuadro de parestesias faciales, disestesias y disartria de casi 10 años de evolución, que, tras un episodio agudo en el que se le practican en el Servicio de Urgencias de su Centro sanitario público pruebas analíticas y de TAC sin contraste, es diagnosticada allí de parálisis facial periférica; pero que, 4 días después, reingresa en un Hospital de referencia donde, tras practicarle nuevos TAC, RMN y arteriografía, es diagnosticada de posible ictus isquémico vertebro-basilar asintomático y de un aneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media –ACM- derecha, sin posibilidad de embolización, por lo que, tras un periodo en lista de espera, es objeto allí mismo de una craneotomía con clipaje del aneurisma, de la que resultan secuelas de edema cerebral post-quirúrgico, no de sutura, y paresia braquial y crural, que son riesgos típicos objeto de consentimiento informado y que remiten con el tiempo).
- Por *inexistencia de retraso en el diagnóstico*: i) D.5/11 (paciente diagnosticada y tratada correctamente de cefalea migrañosa que, al día siguiente, presenta una hemorragia subaracnoide correctamente tratada); ii) D.65/11 (paciente diagnosticado y tratado acertadamente del Síndrome de Guillain Barré tras diez días en que fue atendido de urgencia según la sintomatología que presentaba debido al difícil diagnóstico temprano de esta dolencia).
- Por *irrelevancia práctica en el caso de la prueba diagnóstica omitida*: i) D.37/11 (paciente que hubiera fallecido igualmente aunque la prueba omitida se hubiera realizado); ii) D.37/11 (falta de carácter predictivo de las pruebas omitidas, por lo que no existe pérdida de oportunidades terapéuticas).
- Por *inexistencia de daño tras un cambio de tratamiento*: D.2/11 (paciente al que no se practica una prostatectomía radical por decidirse en el mismo quirófano sustituirla por un tratamiento radioterápico a la vista de su idiosincrasia).

10º Criterio de la necesidad de la prueba y su amabilización

En todos los ámbitos de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta fundamental la *prueba*; pero en el sanitario esta resulta aun más relevante ya que se produce una *inversión de la carga de la prueba*, puesto que es la Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*. Esta inversión resulta apoyada por doctrinas de *amabilización* de la prueba, tales como las de la *culpa virtual*, la del *daño desproporcionado*, el criterio de *facilidad* (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur* (D.19/11, D.25/11).

El criterio *res ipsa alloquitur* (la cosa habla por sí sola) significa que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media 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 (D.19/11). Este criterio implica inclinarse por la idea de que algo tuvo que hacerse mal para provocar un daño que en otro caso solo se explicaría por un desgraciado cúmulo de circunstancias adversas (D.19/11, D.25/11).

Así pues, no es necesaria la prueba del daño cuando este es inherente al incumplimiento de su deber por parte del productor (daños *in re ipsa*), se deducen de la propia existencia del daño (daños en los que *res ipsa alloquitur*) o se trata de daños reconocidos por su causante (D.25/11).

La *prueba pericial* es sumamente importante en estos casos y el Consejo, que es lego en Medicina, ha de estar a los informes periciales que no estén contradichos por otras pruebas, no sirviendo como tales las manifestaciones de la parte reclamante, también imperita en Medicina (D.32/11).

El Consejo ha propuesto en 2011 la *desestimación* de reclamaciones por falta de prueba: i) *de la realidad del daño* (D.59/11, D.60/11); ii) *de la inobservancia de la «lex artis ad hoc»* (D.9/11, D.59/11, D.80/11); y iii) *de la efectividad del daño tras un error de diagnóstico* (D.60/11 sobre el caso de una paciente diagnosticada, por la sanidad pública, en el Programa de detección precoz de cáncer de mama, y tras estudio mamográfico y ecográfico, de una densidad asimétrica focal de la mama derecha con clasificación 3 BI.RADS, pero que no solicita segunda opinión médica en la sanidad pública ni espera a la cita para revisión a los tres meses, sino que, sin mediar urgencia vital, se traslada, inmediata y voluntariamente, a la sanidad privada, donde la mamografía y una biopsia revelan una clasificación 4 BI-RADS, que no compromete su curación ni ocasiona daños morales, aunque no se ha probado si el error en

el diagnóstico por imagen padecido en la sanidad pública se debe a una mayor resolución de los aparatos empleados por la sanidad privada o a una mayor pericia de los Facultativos de esta).

También ha propuesto la desestimación de reclamaciones por *falta de toda actividad probatoria* aun de principio sobre el daño, la causa y la inobservancia de la *lex artis* alegados (D.49/11, D.80/11).

11º Criterio del daño producido «con ocasión» del servicio pero no «como consecuencia» del mismo

El Consejo ha recurrido a esta doctrina en su D.9/11, sobre una paciente hipertensa atendida en el Servicio de Urgencias por una fuerte cefalea que se fractura la muñeca al incorporarse voluntariamente de la camilla en la que había sido colocada, aunque en este dictamen estimó el Consejo que también concurría el *riesgo general de la vida* como criterio de exoneración.

12º Criterio del *estándar de los servicios*

Obviamente, no resulta exigible que la Administración tenga todos los servicios previstos en su *Cartera* en el mismo Centro sanitario. Así, el D.45/11 señala que no resulta exigible ser operado de un quiste facial por un Cirujano Plástico en vez de por un Cirujano General; y el D.54/11 precisa que no resulta exigible ser suturada una herida facial por un Cirujano Plástico en vez de por un Cirujano General al no existir la Especialidad de Cirugía plástica o estética en la cartera del Servicio de Urgencias.

13º Criterios indemnizatorios

La responsabilidad sanitaria no es distinta de la general en materia de *indemnización*, pero presenta algunas peculiaridades en materia de valoración, daños morales, daños desproporcionados y pago de gastos realizados en la sanidad privada:

- *Valoración*

A este respecto, el Consejo ha señalado en 2011 que la indemnización por funcionamiento normal o anormal del servicio público es independiente de las indemnizaciones que el dañado pueda percibir por el Sistema de la Seguridad Social, pues se trata de indemnizaciones que surgen de distintas fuentes y, por lo tanto, son compatibles (D.11/12).

- *Daños morales*

El Consejo ha declarado a este respecto que la fijación del daño moral ha de hacerse de forma estimativa y *a tanto alzado* teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes en el caso (D.25/11).

El D.25/11 añade que el daño moral incluye la zozobra causada por un tratamiento incorrecto (joven a la que se le practica una intervención quirúrgica de extirpación de una mastopatía fibroquística o nódulo mamario benigno, perfectamente localizado y palpable, sin diagnóstico de padecer otros similares, el cual, meses después, se descubre que no ha sido extirpado).

Por su parte, el D 60/11 precisa que no hay daño moral en un diagnóstico retrasado en la sanidad pública que no compromete la curación del paciente el cual, si existir urgencia vital, se había trasladado, seguida y voluntariamente, a la sanidad privada para la práctica de pruebas diagnósticas que se le realizaron allí inmediatamente.

- *Daños desproporcionados*

El Consejo ha imputado la responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria en aplicación de la doctrina del carácter desproporcionado del daño en el caso del D.19/11 (parto distócico en el que, tras practicar correctamente la maniobra de Kristeller, se produce un importante desgarro vaginal que es suturado por una Matrona residente, todo ello sin pruebas de mala praxis, pero provocando un post-parto con tales dolores y molestias que incluso impide defecar, de suerte que ha de procederse al descosido, desbridación, nueva suturación e incluso reconstrucción plástica de la zona perineal y vaginal).

- *Gastos en sanidad privada*

El Consejo parte del principio de que no son indemnizables los gastos producidos por el traslado voluntario del paciente a otro Centro distinto del sanitario público donde podía haber sido atendido, ya que el paciente, por supuesto, tiene derecho a trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado para ser atendido en el mismo, pero asumiendo entonces dicho paciente los gastos correspondientes, sin poder repercutirlos ni exigirlos a la sanidad pública, ya que ha roto voluntariamente la relación jurídica con la sanidad pública, que es gratuita, extracontractual y de carácter legal; y ha contraído voluntariamente otra con la sanidad privada, que es contractual,

onerosa y de Derecho privado, por lo que conlleva obviamente la obligación del paciente de pagar los gastos correspondientes, sin poder luego exigirlos a la sanidad pública, salvo caso de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, que es el único supuesto en que cabe pedir dicho reembolso como una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social (D.8/11, D.53/11).

Así, el *alta voluntaria del paciente* ha sido estimada como criterio de exoneración en los siguientes dictámenes de 2011: i) D.8/11 (paciente oftalmológica que, antes de concluir la preparación preliminar de dilatación pupilar para poder examinarla, se da de alta voluntaria en el Centro sanitario público y se traslada también voluntariamente, para diagnóstico y tratamiento, a Centros privados, de cuyos gastos pretende luego ser reintegrada); ii) D.43/11 (paciente que se niega a someterse a una nueva intervención quirúrgica para solventar la pseudoartrosis que presentaba como riesgo típico objeto de consentimiento informado tras un politraumatismo por accidente de tráfico tratado en varias intervenciones de urgencia vital; y iii) D.53/11 (paciente con pie diabético que se niega a pruebas diagnósticas por imagen propuestas conforme a la *lex artis* por el servicio público de salud antes de decidir sobre la amputación y se traslada, para tratamiento y voluntariamente, a un centro privado).

Pero la citada *alta voluntaria* no debe confundirse: i) con el *traslado a otro centro sanitario público*, derecho este del paciente que no existe cuando puede ser tratado en el centro público que le corresponde (D.28/11); y ii) con el derecho a solicitar una *segunda opinión médica*, el cual se reconoce solo para pedirla en el sistema sanitario público, no en la sanidad privada (D.60/11).

Esto dicho, insiste el Consejo en que tampoco no debe ser confundido el *procedimiento de reclamación de gastos ex RD 63/95*, que forma parte del Sistema de la Seguridad Social y cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social (ahora reducidos al caso de urgencia vital inmediata sin posibilidad de acceso a la sanidad pública ni de utilización abusiva o desviada de la privada), con el *de reclamación de responsabilidad patrimonial ex LPAC*, que forma parte del Sistema de responsabilidad administrativa cuyo conocimiento compete a la contencioso-administrativa y que, si se cumplen los requisitos generales, comprende no solo la citada *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), sino cualquier otro funcionamiento anormal del servicio sanitario; pero sin que esto último suponga la existencia de un derecho de

opción entre la sanidad pública y la privada, con gastos a cargo de la primera (D.27/11).

Para discernir ambos procedimientos, el Consejo señala: i) que puede considerarse que estamos ante un procedimiento de reintegro de gastos cuando la cantidad reclamada es la de las facturas de la sanidad privada (D.27/11); y ii) que no concurre *riesgo vital* en una paciente que se traslada voluntariamente a la sanidad privada para someterse a una prueba diagnóstica para la que había sido citada más tarde por la sanidad pública (D.60/11).

VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Intervención consultiva en el procedimiento y distinción de este con figuras afines

Sabido es que, en los casos de revisión, el dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo (*ex arts* 102, LPAC; 11 f), de la Ley reguladora del Consejo; y 12.2, f), de su Reglamento) y, no tanto vinculante, cuanto *habilitante* u obstativo de la ulterior decisión revisora de la Administración, en el sentido de que esta solo puede anular el acto si el dictamen es favorable a la nulidad del mismo (D.40/11, D.44/11). En cuanto a su contenido, este dictamen debe versar sobre la observancia del procedimiento y sus garantías *ex art.* 102 LPAC, así como sobre la concurrencia de los motivos de nulidad contemplados en el art. 62 LPAC (D.40/11).

Desde luego, *no debe confundirse* la revisión de oficio: i) con el *procedimiento de inspección administrativa* sobre si un servicio cumple los requisitos legalmente establecidos para su funcionamiento, aunque obviamente, tras una inspección, puede patentizarse la necesidad de revisar de oficio el acto declarativo de derechos correspondiente (D.22/11); ni ii) con el *procedimiento de recuperación de pagos y derechos indebidos*, que es un procedimiento comunitario europeo, regulado en los arts. 80 y 81 del Reglamento (CE) 1122/09, de la Comisión, para la recuperación de ayudas de la política agraria común (PAC) indebidamente cobradas; si bien este procedimiento no es aplicable cuando el pago de las mismas aun no se ha producido, en cuyo caso procede la revisión de oficio de la resolución administrativa que lo autoriza (D.44/11).

2. Causas de nulidad de pleno Derecho

El Consejo se ha limitado a pronunciarse en 2011, con carácter general, sobre la nulidad parcial, la incomunicabilidad de las causas de nulidad y el principio de conservación de los actos administrativos, que conducen al mantenimiento de las partes del acto no viciadas (D.40/11).

En especial, el Consejo se ha pronunciado solo sobre la *causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1.f) LPAC*. (adquisición de derechos sin los requisitos esenciales precisos para ello), declarando lo siguiente en D.40/11 y D.44/11:

- La *esencialidad* de los requisitos: i) debe referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; y iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o un facultad en el sujeto (nombramientos, concesiones) o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como sucede en el caso de las autorizaciones.
- No todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (D.2151/09) una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica; de suerte que tal esencialidad debe quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén directa e indisolublemente ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate.
- Por tanto, el art. 62.1.f) LPAC debe ser objeto de una *interpretación estricta* para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos esenciales.
- Debe, pues, distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues solo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho.

En aplicación de esta doctrina, el Consejo ha entendido en 2011 que la causa de nulidad que nos ocupa concurría en los siguientes casos:

- Reconocimiento del derecho al cobro (aunque todavía no se había procedido a su pago) de ayudas en régimen de pago único de la política agraria común (PAC) a personas que carecían de los requisitos esenciales exigidos para ello por el RD 1680/09, regulador de dichas ayudas en desarrollo de los Reglamentos (CE) 74/09, del Consejo, y 1120/09, de la Comisión, por no ser viticultores, no ser titulares de suficientes parcelas vitícolas, no estar inscritos en ningún registro agrario ni de alta en la Seguridad Social Agraria (D.44/11).
- Reconocimiento de cuatro años de antigüedad a un Médico estatutario del SERIS, que se traducen en un trienio a efectos retributivos, en concepto de servicios prestados como MIR en una Clínica universitaria privada concertada para ello, por no haber sido prestados a una entidad del sector público, como exige la Ley estatal 70/78 de reconocimiento de servicios previos. En este caso, el D.40/11, con cita de doctrina de otros Altos Órganos Consultivos, entiende que el acto es nulo, aunque, en el caso, se aplicó el art. 106 LPAC para exceptuarlo de revisión, con un voto particular en contra que entiende que se trata de un caso de anulabilidad susceptible de impugnación por la vía de la lesividad.

3. Procedimiento de revisión de oficio

El procedimiento para la revisión de actos nulos de pleno derecho *ex art* 62.1 LPAC, que sean declarativos de derechos, se encuentra regulado en el art. 102 LPAC (D.44/11). El Consejo se ha ocupado en 2011 de los siguientes aspectos:

- En cuanto a la *competencia* para iniciar y para resolver, en la Administración autonómica riojana, el régimen vigente se encuentra contenido en Ley 4/2005, y, al respecto, el Consejo ha declarado en 2011 que:
 - Su art. 48.1 ha aclarado que estos procedimientos de revisión se iniciarán por el órgano autor del acto, salvo cuando se trate de actos dictados por los Consejeros, por el Consejo de Gobierno o por el máximo órgano rector de los organismos públicos, en cuyo caso, la competencia corresponderá al Consejo de Gobierno; si bien la declaración de nulidad se efectuará por los Consejeros cuando los actos deriven de órganos inferiores (D.40/11 y D.44/11).
 - En el caso del SERIS, corresponde a su Presidente, que es el Consejero competente en materia de salud, dictar la resolución de inicio y al Consejo de Gobierno resolver el procedimiento (D.40/11).

– En el caso de una Resolución dictada por una Dirección General, esta es la competente para iniciar el procedimiento de revisión y no la Secretaría General Técnica, aunque el acuerdo de esta última sea convalidado por el Consejero, el cual solo es competente para resolver el procedimiento, si bien, en el caso concreto, el Consejo entendió que, por economía procesal y para no insistir en la confusión generada, no procedía retrotraer sino proseguir las actuaciones, habida cuenta de que debía resolver el Consejero (D.44/11).

- Sobre el trámite de *audiencia a los interesados*, el Consejo ha declarado en 2011 que, en el procedimiento de revisión, debe darse audiencia a los interesados por un plazo máximo de 15 días *ex art.* 84 LPAC (D.40/11 y D.44/11).
- Respecto a la *suspensión* del procedimiento de revisión, el Consejo ha advertido que la misma procede, *ex art.* 42.5. c) LPAC, desde el momento de solicitar el dictamen al Consejo Consultivo hasta que este sea recibido (D.40/11 y D.44/11).
- La *caducidad* (en procedimientos iniciados de oficio) se produce a los tres meses *ex art.* 102.5 LPAC, tanto si el procedimiento se inició a iniciativa de la propia Administración como a instancia de parte (D.40/11 y D.44/11, que reiteran la doctrina especialmente desarrollada en el D.46/08).

Finalmente, el Consejo ha insistido en que el *informe jurídico*, previo al dictamen del Consejo Consultivo, es preciso en estos procedimientos *ex art.* 8 de los Decretos 42/08 y 21/06, reguladores de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja (D.40/11 y D.44/11). Y lo mismo ha señalado respecto a la *propuesta de resolución* (D.40/11 y D.44/11).

4. Límites de la revisión de oficio

La revisión de oficio no es ilimitada. El fundamento de sus límites estriba en el carácter exorbitante de la potestad administrativa de revisión, derivada de la de autotutela, a diferencia de los particulares que están sujetos, salvo casos excepcionales, a la heterotutela judicial (D.40/11). Dichos límites son los *intrínsecos*, derivados de los arts 102 y 103 LPAC, y los *extrínsecos*, contemplados en el art. 106 LPAC, especialmente el transcurso del tiempo (D.40/11).

También constituye un límite el *principio de confianza legítima* que, procedente del Derecho alemán, de donde lo tomó el Derecho europeo (SSTJUE 22-3-61 y 13-7-65, asunto *Lemmerz-Werk*), ha sido recibido por nuestra jurisprudencia (desde STS 1-2-90 hasta STS 25-2-10 y STC 4-10-90) y, desde 1999, en el art. 3.1 LPAC; y no es una condición subjetiva sino el respeto a una apariencia objetivamente generada por la Administración (D.40/11).

Por ello, el Consejo ha entendido en el D. 40/11 que no es conforme a la buena fe y la confianza legítima volver sobre un acto administrativo declarativo de derechos que ya es firme y ha sido ejecutado y consentido durante años por la Administración en el libramiento y pago de las sucesivas nóminas mensuales a un empleado público.

5. Anulación e indemnización

Por último, el Consejo, con cita de amplia jurisprudencia y doctrina consultiva, ha vuelto a recordar en 2011 que *la mera anulación de un acto no implica derecho a indemnización* (arts. 142.2 LPAC y 4.2 RPR), pero puede conllevarla si concurren los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Administración, en cuyo caso el plazo de prescripción de la reclamación es al año de haberse dictado sentencia definitiva (D.7/11, D.56/11 y D.70/11).

Ahora bien, si la jurisdicción contencioso-administrativa fija una indemnización, aunque su cuantía se haya fijado en ejecución de sentencia, y luego, por imposibilidad de ejecutar esta, adviene la cosa juzgada, la Administración ya no puede indemnizar al resolver una reclamación posterior de responsabilidad patrimonial, sin que pueda aceptarse la alegación de que los perjuicios indemnizados judicialmente lo eran en concepto de imposibilidad de ejecutar la sentencia y que los reclamados en vía administrativa son los derivados del acto anulado, ya que ambos coinciden cuando el proceso contencioso-administrativo se pronuncia sobre el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, según resulta de la comparación de los arts 102.4, 139.2 y 141.1 LPAC y 31.1, 65.3 y 71.1 d) LJCA (D.7/11).

VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS

En 2011, el Consejo Consultivo se ha pronunciado, además, sobre diversas materias concretas, sentando la doctrina que seguidamente se extracta:

1. Derechos fundamentales: *Derecho a la libertad religiosa*

El Consejo se ha enfrentado en el D.77/11 al caso de una paciente que se niega a recibir transfusiones de sangre por pertenecer a los Testigos de Jehová y ha sentado la doctrina de que, en el criterio de imputación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria según la observancia de la *lex artis ad hoc*, deben incluirse las modulaciones que a la conducta de los Facultativos impone la necesidad de respetar los derechos fundamentales, incluyendo el de la libertad religiosa, especialmente cuando existen instrumentos que atienden a la seguridad jurídica en esta materia, como es el *Protocolo de actuación quirúrgica para los Testigos de Jehová* y la convicción de éstos contraria a las transfusiones de sangre.

2. Función pública

A) Acceso

En lo relativo al acceso a la función pública, el Consejo ha declarado en 2011 que: i) la posición de funcionario en prácticas es distinta de la de funcionario interino, que tiene un notable grado de precariedad (D.56/11); y ii) debe observarse la legislación vigente sobre plazas de reserva a personas con discapacidad (D.10/11).

Pero, especialmente, el Consejo se ha ocupado del acceso a la función pública docente, en concreto, a los Cuerpos de Profesores de Enseñanza Secundaria y Profesores Técnicos de FP, señalando en el D.56/11 que: i) la regulación básica, *ex art.* 1491.118 y 30 CE, se encuentra en la DT 17ª LOE 2/06, desarrollada por RD 276/07, que establece un sistema trifásico de concurso-oposición, más una fase de prácticas, con posibilidad de recurrir en alzada la Resolución aprobatoria del resultado de las dos primeras fases; ii) el criterio administrativo de valorar en la fase de concurso solo los servicios prestados en centros públicos del *mismo nivel educativo*, como establece la normativa vigente, sin contar los prestados en el nivel universitario, no parece acertado al Consejo que, no obstante, lo respeta al haber sido confirmado por sentencia firme; y iii) que el nombramiento como *funcionario en prácticas* no otorga una posición definitiva, ya que es preciso superar la fase de prácticas para perfeccionar la condición de funcionario, aunque ello no significa que dicha posición carezca de contenido y no otorgue derecho subjetivo alguno, como el de ser oído caso de impugnación de las puntuaciones por un opositor excluido inicialmente.

B) Estatuto de los funcionarios públicos

Sobre el estatuto jurídico de la función pública, el Consejo ha declarado en 2011: i) que empleo público es una relación de sujeción especial que convierte a todo el *status* funcional en materia de *ius strictum*, que debe ser correspondido por una actuación igualmente diligente y ajustada a Derecho de la Administración empleadora (D.40/11); y ii) que, en el marco de la llamada *relación de servicios* funcional, pueden surgir desavenencias que se traduzcan en recursos administrativos y jurisdiccionales que, en su conjunto, releven un clima laboral enrarecido, pero que el Derecho no siempre puede resolver y que tampoco pueden siempre fundar una reclamación de indemnización por daños y perjuicios (D.82/11).

Por otro lado, el Consejo ha tratado sobre las *incompatibilidades de altos cargos* en su D.12/11 relativo al Registro de sus bienes e intereses; y también sobre la *negociación colectiva* en el ámbito funcional en el D.10/11 al que hemos aludido antes al tratar de la doctrina consultiva sobre las fuentes del Derecho recogidas en la Constitución.

C) Reconocimiento de servicios previos

El D.40/11 versa sobre un caso de *reconocimiento de servicios previos (antigüedad)*. Al respecto, el Consejo ha aclarado que: i) dicho reconocimiento de servicios se rige por la Ley estatal 70/78, que exige haberlos prestados en entidades del sector público, por lo que no pueden ser reconocidos los servicios prestados en entidades privadas; ii) una Clínica universitaria privada no pertenece al sector público a efectos de la Ley 70/78 aunque esté habilitada por este para impartir la formación de Médicos Internos Residentes (MIR) y concertada para prestar, en ciertos supuestos, asistencia sanitaria a afiliados al Sistema de la Seguridad Social; iii) la certificación de servicios previos emitida por una entidad privada en el modelo oficial establecido por el RD 1181/89 para las entidades públicas no convierte en administrativo el acto correspondiente.

Pero, esto dicho, el D.40/11 matiza que: i) no es conforme a la buena fe y a la confianza legítima volver sobre un acto administrativo declarativo de derechos, como el de reconocimiento de servicios previos, cuando ya es firme y ha sido ejecutado y consentido durante años por la Administración en el libramiento y pago de las sucesivas nóminas mensuales a un empleado público; y ii) tampoco es conforme a la equidad ni está suficientemente razonado desde la perspectiva de la igualdad, reconocer servicios previos a los MIR que los prestaron en Clínicas públicas y no a quienes lo hicieron en pri-

vadas concertadas para ello y para la asistencia en determinados casos a afiliados a la Seguridad Social, si bien este pronunciamiento lo es a efectos de aplicar el art. 106 LPAC para impedir la revisión de oficio de un acto concreto, por lo que el Consejo advierte que no resulta generalizable.

D) Asistencia sanitaria

El D.82/11 contempla el caso de los *funcionarios locales atendidos por Médicos de Aseguradoras privadas*, en lo relativo al *régimen de bajas laborales y su control*, señalando que, en el caso de funcionarios municipales atendidos por Médicos de una Aseguradora privada, el art. 6 RD 480/1993 determinó la integración del Régimen Especial de MUNPAL en el General de la Seguridad Social, por lo que, *ex art. 128.1 a) LSS (RDLeg. 1/1994)*, el control de las bajas por incapacidad temporal superiores a 365 días compete al INSS quien puede prorrogarlas hasta 180, iniciar el expediente de invalidez o declarar el alta; sin perjuicio de que, antes de transcurrir dichos 365 días, el Ayuntamiento correspondiente pueda controlar las bajas, dadas por los Médicos de la Aseguradora privada de que se trate, en la forma y con los límites que establezca el *Acuerdo regulador de condiciones de trabajo* pactado con la representación de los funcionarios locales, condiciones estas que no pueden contravenir lo dispuesto en la LSS a la que deben adaptarse.

3. Sanidad

A) Centros de micropigmentación y perforación cutánea (piercing)

Sobre el régimen de estos Centros ya versó el D.10/04 y, en 2011, ha recaído el D.64/11. En él, entiende el Consejo: i) que es preferible seguir empleando la técnica de la autorización administrativa previa en materia de apertura de estos centros, pues el peligro que encierran para la salud y el hecho de que deben ser atendidos por personal oficialmente capacitado permiten acogerlos a la excepción de la Directiva para servicios sanitarios de prestación reservada a profesiones reguladas; y ii) que, si se opta por la técnica de la comunicación previa responsable, la Administración sanitaria debe extremar el celo en supervisar el cumplimiento de los requisitos por los centros privados, ya que puede ocasionar responsabilidad patrimonial por falta de adecuada vigilancia.

B) Desfibriladores externos

El D.41/11, como ya hicieron los D.71/08 y D.88/08, analiza el Derecho autonómico comparado regulador de la materia, concluyendo que la regula-

ción por norma reglamentaria del uso de desfibriladores externos carece de cobertura legal, si se quiere imponerlo obligatoriamente a personas físicas o jurídicas particulares ajenas a centros pertenecientes al sector público; sin perjuicio de que pueda acometer por reglamento una política de adquisición de estos aparatos o promover su empleo mediante ayudas o subvenciones para su adquisición.

4. Servicios Sociales

A) Naturaleza de los mismos y su Cartera

El D.22/11 comienza constatando que la Ley 7/09, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja configura, a los incluidos en la Cartera de los reconocidos por la Comunidad Autónoma de La Rioja, como un *derecho subjetivo* (arts 1.1, 1 y 8 j) universal (arts. 1,2, 8 a), 14 a) y 16.3), cuya titularidad corresponde, *ex art.* 5.1. y 2, a todos los ciudadanos de la UE, a los extranjeros legalmente residentes en La Rioja y a los residentes ilegales, aunque éstos solo para los Servicios del primer nivel, los de protección a la infancia y la atención a mujeres víctimas de violencia de género.

No obstante, esta universalidad, advierte el D.22/11, no significa un acceso libre e indiscriminado, pues los arts. 4 y 5.3 de la Ley 7/09 lo sujetan a los requisitos específicos y adicionales que reglamentariamente se establezcan para cada Servicio y prestación, como el copago (arts. 23.3 y 25-1.4) o la renta del beneficiario (art. 23.5) y teniendo siempre en cuenta los principios generales, estructurales y organizativos, del sistema público (art. 7) y los derechos y deberes de los demás usuarios (arts. 8 y 9).

Esto significa, para el D.22/11, que se trata de derechos subjetivos *legales*, en cuanto que están reconocidos por la Ley, pero con una notable *colaboración reglamentaria* en su configuración; la cual, si bien en ningún caso puede significar el vaciamiento de dichos derechos legales, implica atribuir al reglamento un amplio margen para la configuración del derecho de disfrute de los mismos, lo cual constituye una legítima opción de política legislativa adoptada por el Parlamento y el Gobierno riojanos. En efecto, la Ley 7/09, habilita en sus arts 24 y 25.1 al Gobierno de la CAR para desarrollar mediante Decreto los Servicios y Prestaciones sociales incluidos en el Anexo de la misma.

Ahora bien, advierte el D.22/11 que los servicios sociales tienen una dimensión económica imprescindible, pues los legalmente implantados

están limitados por las disponibilidades presupuestarias, sin las que se convierten en meras palabras vacías.

No obstante, el D. 22/11 reconoce que el carácter de derecho subjetivo de los servicios sociales previstos y cuyas prestaciones estén suficientemente determinadas hace que los ciudadanos puedan reclamarlas judicialmente mediante el recurso por inactividad prestacional del art. 29.1 LJCA y mediante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por omisión o incumplimiento de los estándares predicables de los diferentes servicios.

Por todo ello, recuerda el Consejo en el D.22/11 cómo resulta esencial la previsión de la *actualización* de la Cartera, que puede hacerse en cualquier momento, mediante una evaluación efectuada por el Gobierno sobre si se adecúa o no a la realidad social y económica para realizar las oportunas ampliaciones o restricciones.

B) Beneficiarios

El Consejo ha contemplado en 2011 casos afectantes a determinados beneficiarios de servicios sociales, como los *discapacitados y minusválidos* (en el D.10/11, sobre las plazas de reserva a personas con discapacidad en la función pública); los *extranjeros* (en el D.22/11); y los *dependientes*, habiendo contemplado, respecto a este último colectivo de beneficiarios, no solo, con carácter general, la antes aludida posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (D.14/11, D.15/11); sino, en concreto, el régimen del Sistema público riojano para la autonomía personal y la dependencia, en lo relativo: i) al funcionamiento del Servicio de estancias temporales para *personas con discapacidad* con gran dependencia o dependencia severa (D.14/11); y ii) al acceso a los Servicios de atención residencial y de estancias temporales residenciales para *personas mayores* grandes dependientes y dependientes severos (D.15/11).

C) Precios públicos por prestación de servicios sociales

El D.22/11 se pronuncia sobre el llamado *sistema de copago*, sosteniendo que un reglamento en materia de Servicios sociales puede establecer fórmulas de copago por los beneficiarios pero no cuantificarlas ya que son precios públicos cuya fijación es objeto de reserva de Ley.

VIII. CONCLUSIÓN

En resumen, la cantidad y, sobre todo, la calidad de los asuntos que han sido sometidos al Consejo Consultivo en 2011 muestran que se trata de una institución estatutaria consolidada y en pleno rendimiento que presta su refuerzo consultivo a todos los sectores y ámbitos de la Administración consultante.

Ha proseguido el Consejo su labor didáctica, sentando pautas de actuación para la Administración activa, especialmente en materia de tramitación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, donde se ventila la calidad de los productos normativos de la CAR.

Ha reforzado su ya sólida y completa doctrina en materia de responsabilidad administrativa tanto en garantía de los ciudadanos reclamantes como de la Administración pública, especialmente en el sector sanitario, aunque la elevación de la *cuantía gravaminis* de las consultas preceptivas en esta materia disminuye notablemente la incidencia doctrinal del Consejo.

Y ha mantenido su penetración en cuestiones estatutarias y de constitucionalidad, en línea con la función constitucional de los Altos Órganos Consultivos.

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2012)

SUMARIO: I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS. – II. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES. – III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA. – IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA. – V. DOCTRINA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. – VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. – VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS. – VIII. CONCLUSIÓN.

I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS

1. La posible inconstitucionalidad de la Ley Estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia

El Consejo Consultivo ha seguido insistiendo en su D.22/12 (sobre un Anteproyecto de Orden reguladora del procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la CAR) en la doctrina sentada en dictámenes anteriores (D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.105/10, D.6/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11), todos ellos referidos a proyectos de reglamentación de diversos Servicios Sociales), en el sentido de la posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. El motivo de esta posible inconstitucionalidad es la incompetencia estatal para dictar la Ley 39/06, que se extiende lógicamente a las normas estatales que traten de modificarla, como, respecto del art 5, la DA 6ª y la DT 3ª del RDL 8/10, señaló el D.62/10. La argumentación del Consejo Consultivo estriba en que la competencia exclusiva en esa materia corresponde a las CCAA por el título *asistencia social* (así, en la CAR, *ex* arts. 8.1.30 y 31 EAR'99); y el título competencial (art. 149.1.1 CE) esgrimido por el Estado (DF 8ª de la Ley 39/06), según la nítida doctrina del TC, ni puede tener un objeto como el regulado, ni puede servir para dejar prácticamente sin contenido, como de hecho sucede, la indicada competencia exclusiva autonómica. Para el Consejo Consultivo, esta incompetencia estatal es tanto más grave cuanto que la Ley estatal 39/06 crea un nuevo derecho subjetivo de carácter prestacional a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, caracterizado por no ser exigible al Estado que lo crea sino a las CCAA, cuyas políticas en la materia quedan condicionadas por el sistema de atención a la

dependencia estatalmente impuesto, por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, parcialmente, en el nivel cooperativo. Así, el D.22/12 reitera la doctrina mantenida en años anteriores (cfr. D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.14/11, D.15/11, D.85/11 y, D.86/11).

Así pues, el Consejo sigue insistiendo (D.22/12) en que la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de asistencia social (D.29/10, D.44/10, D.100/10, D.86/11) y es, por tanto, inconstitucional, aunque exista normativa autonómica que la desarrolle. No obstante, el D. 22/12 advierte que dicha Ley es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada inconstitucional por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo, máxime cuando la legislación autonómica (aunque incorrectamente) haya reconocido la validez y vigencia de aquella y se haya sometido a sus prescripciones, modulando el sistema autonómico de prestaciones a las exigencia estatales tanto legales como reglamentarias. El D.22/12 reitera así la doctrina mantenida en D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11).

Lo que podría haber hecho el Estado es esgrimir su título competencial exclusivo en materia de *Seguridad Social*, englobando en ella el nuevo sistema de atención a la dependencia, al ser aquella de carácter evolutivo según la STC 206/97, lo que hubiera permitido actuar a las CCAA en su desarrollo normativo y ejecución (D.29/10, D.100/10).

El D.22/12 completa el razonamiento afirmando que el art. 149.1.1^a CE confiere competencia al Estado para regular o establecer el contenido mínimo o básico de los derechos constitucionales en sentido estricto (esto es, «*aquellos que la Constitución recoge en su Título I, Capítulo II, que por tal razón pueden calificarse de derechos fundamentales*», como ha dicho la STC 246/2007, F. J. 13), al objeto de garantizar la necesaria igualdad en todo el territorio nacional del régimen de dichos derechos fundamentales (razón por la que el Estado puede establecer las «*condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales*», de acuerdo con el referido artículo 149.1.1^a. CE), pero no para hacerlo con derechos subjetivos creados o abordados en leyes por las propias Cortes Generales, ni siquiera en el caso –como es sin duda, el de las personas con discapacidad– en que tales derechos constituyan un desarrollo de los principios de política social de que la Constitución se ocupa.

Es más, afirma el Consejo en estos dictámenes que, aun suponiendo que efectivamente pudiera el Estado esgrimir el art. 149.1.1^a CE para establecer

condiciones básicas en el ejercicio de un derecho que el Estado mismo, con fundamento en meros principios rectores de política social y económica, viene a crear por ley de las Cortes Generales, lo cierto es que, tal y como la Ley 39/2006 viene a configurar dicho derecho subjetivo de índole prestacional, el mismo no resulta exigible por los ciudadanos al propio Estado que lo crea, sino a las Comunidades Autónomas (por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, eventualmente, en el cooperativo), ya que las mismas resultan compelidas a mantener, llevar a cabo y adaptar su organización a la prestación de los indicados servicios.

Y ello contrasta notoriamente, en el criterio del Consejo Consultivo, con el contenido posible de las normas que el Estado puede dictar al amparo del artículo 149.1.1^a.CE, que no se dirige a imponer conductas a las Comunidades Autónomas, sino que tiene por destinatarios exclusivamente a los ciudadanos: la vinculación de las Comunidades Autónomas (y de la propia Administración del Estado) no puede ser sino un simple *efecto reflejo* de la regulación por el legislador estatal competente de las *condiciones básicas* que garantizan la igualdad en el ejercicio por todos los ciudadanos de los derechos constitucionales, por lo que no es constitucionalmente de recibo, invirtiendo los términos de la cuestión, imponer explícitamente a las Comunidades Autónomas todo el amplio elenco de actuaciones administrativas que derivan del sistema de atención a la dependencia.

Entiende así el Consejo Consultivo que, establecidas legítimamente unas *condiciones básicas*, las Comunidades Autónomas se ven obligadas a respetarlas –pues aquéllas se integran en el derecho subjetivo del ciudadano–, pero no puede formar parte de tales condiciones básicas (sin vulnerar la propia autonomía de dichas Comunidades Autónomas y su competencia exclusiva en materia de asistencia social), la determinación directa de una serie de medidas concretas que dichas Comunidades Autónomas se vean obligadas a implementar, como ocurre especialmente con las funciones puramente ejecutivas derivadas del *nivel mínimo* de protección, tal y como lo configura la Ley 39/2006, cuya concreción y carácter *material* lo alejan notoriamente de la idea de *reglas o principios fundamentales* que, desde dentro del derecho, propician su aplicación a todos los españoles en condiciones de igualdad.

No obstante, el Consejo Consultivo reconoce que, al no haber sido recurrido ni, por ende, haber sido declarada la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal –al contrario, el apartado IV de la Exposición de motivos de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia,

y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquella—, las normas reglamentarias deben dictarse, sin duda también, respetando su contenido —por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia— lo que, sin duda, sucedía en los casos objeto de los dictámenes expresados.

Pese a todo ello, para evitar equívocos, sería conveniente, en opinión del Consejo Consultivo, que las referencias al título competencial de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar las nuevas normas se refieran exclusivamente a la legislación propia, que tiene su fundamento en las previsiones del Estatuto de Autonomía, puesto que constituye la normación privativa que da cobertura suficiente a los proyectos de reglamento dictaminados. Esta doctrina también había sido formulada en 2010 cuando el Consejo entendió que, al ser inconstitucional la referida Ley estatal, esta debe ser interpretada restrictivamente (D.101/10, D.22/12) y que la CAR debe aludir en sus proyectos reglamentarios solo a los títulos competenciales derivados del EAR (D.73/10)

Por esta última razón, los D.14/11 y D.15/11 entendieron que resultaba equívoco residenciar la cobertura legal de los proyectos reglamentarios dictaminados en la normativa estatal, cuando es suficiente la normativa privativa de La Rioja. Esta superposición no puede, sin embargo, en ningún caso, perjudicar o limitar doblemente el necesario respeto que toda norma reglamentaria aprobada por el Poder Ejecutivo debe tener respecto de los principios de competencia y jerarquía normativa, que habían sido debidamente observados en los proyectos dictaminados.

En suma, el D.22/12 reitera la doctrina sentada en años anteriores (especialmente, en los D.44/10 y D. 73/10), poniendo de manifiesto los excesos competenciales en los que ha incurrido la normativa estatal en este sector, dada la competencia exclusiva de todas y cada una de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social.

2. Posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad, en lo relativo a la Reducción de Retribuciones de los Funcionarios Públicos

El Consejo Consultivo ha recordado en D.39/12 lo señalado en D.62/10 en el sentido de que las SSTC 202/03, 1/03, 37/02 y 222/02 han considerado conforme a la CE (*ex arts.* 149.1. 13 y 18 y 156.1) la fijación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (LPGE) de las retribuciones

de los funcionarios públicos con carácter vinculante para las CCAA, que es el sistema que arbitró la Ley 30/84 y que sigue estableciendo el vigente Estatuto básico del empleo público (EBEP, Ley 7/07).

De ello resulta la constitucionalidad del sistema arbitrado por el EBEP, en el que: i) las retribuciones básicas (sueldo y trienios) de los funcionarios al servicio de cualquier Administración son las que fije para cada ejercicio la LPGE (art. 23 EBEP); y ii) las complementarias (a las que se ciñe la posibilidad de tener políticas propias) serán las que fije, en el caso de las CCAA, su propia LPG (art. 24 EBEP).

Ahora bien, un Decreto Ley no es una Ley de Presupuestos Generales y, por tanto, no puede incidir en esta materia que está reservada a las Leyes anuales de Presupuestos. Además de eso, el Consejo, en D.62/10, estimó una posible inconstitucionalidad de la DA 9ª del RDL 8/10, de Medidas de reducción del déficit público, al no aplicar las reducciones salariales establecidas con carácter general al personal no directivo de determinadas Sociedades mercantiles de fundación pública y Entidades públicas empresariales, ya que se trata de una norma con rango de ley que realiza una exclusión o derogación singular de sus propios preceptos, lo que ha sido considerado contrario a la CE por SSTC 213, 220 y 259/88, 148/91 y 159/01.

En suma, como señalan los D.62/10 y D.39/12, por RDL no se pueden alterar las retribuciones funcionariales establecidas cada año por la LPGE: i) por la reserva de ley (LPGE) *ex* art. 135.1 y 5 CE; ii) por ser la retribución contenido esencial del derecho al trabajo *ex* art. 35 CE, en relación con el art. 53.1 CE; y iii) por pertenecer al estatuto funcional *ex* art. 103.3 CE, tal y como especifican los arts 14 d) y 21 EBEP.

Por ello, los D.62/10 y D.39/12 entienden que la suspensión por RDL de la aplicación del vigente Acuerdo entre Gobierno y Sindicatos en materia de función pública, al estimar el Gobierno que concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad *ex* art. 38.10 EBEP, ha de interpretarse en el sentido de que se refiere a cuestiones no retributivas, pues, en materia de retribuciones, la reserva de LPGE (cfr. art. 21 EBEP) hace que el RDL solo pueda limitarse a posibilitar el abandono del Acuerdo en la futura LPGE, pero no a hacerlo en otra Ley, ni menos en un RDL.

Finalmente, el D.39/12 reitera los argumentos expuestos en el D.62/10 sobre la posible inconstitucionalidad del RDL 8/10, para argumentar ahora la posible inconstitucionalidad del RDL 20/12, pero recordando obviamente

que estas normas son aplicables mientras no sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

3. Doctrina Consultiva sobre las Fuentes del Derecho en la Constitución

A) El Derecho comunitario europeo; en especial la trasposición de la Directiva Bolkestein o de Servicios

Como es sabido, la Directiva *Bolkestein o de Servicios* (Dva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre) tiene por objeto establecer un marco jurídico general para facilitar la consecución de un efectivo mercado interior en el sector de los servicios, mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos que dificulten su prestación

En el ámbito estatal, la trasposición de esta Directiva se ha producido: i) en el plano general y abstracto de lo básico, mediante la denominada «Ley paraguas» (Ley 17/09), que recoge los principios y criterios generales de la Directiva; y ii) en el plano de lo concreto, mediante la llamada «Ley ómnibus» (Ley 25/09), que adapta a la Directiva los distintos sectores, modificando o derogando normas estatales, lo cual ha sido completado en cada sector por las correspondientes normas reglamentarias estatales. Las CCAA han intervenido en la trasposición de la Directiva en el ámbito de sus respectivas competencias, normalmente: i) primero, mediante una «Ley ómnibus» de cada C.A, a veces, incluida en la «Ley de acompañamiento» a la de sus Presupuestos Generales; y ii) segundo, mediante reformas de nivel reglamentario en cada sector competencial concreto. En lo que concierne a las competencias afectadas de la CAR, se ha hecho: i) para las normas con rango de Ley, por la Ley 6/09; y ii) para las normas con rango reglamentario, por uno o varios Decretos.

Siguiendo la línea doctrinal iniciada en 2010¹ y 2011², el Consejo Consultivo ha contemplado en 2012 la trasposición de la Directiva de servicios en el importante D.30/12, sobre el régimen concesional de las estaciones de ITV.

1 En 2010, el Consejo se ocupó de la trasposición como fenómeno jurídico general y, en particular, sobre la trasposición de la Directiva *Bolkestein o de Servicios* y sus distintas medidas de simplificación administrativa, en especial, la sustitución del sistema de autorización administrativa previa por el de comunicación o declaración responsable, con posterior inspección y control administrativo (D.35/10 y D.101/10).

2 En 2011, el Consejo Consultivo, partiendo del principio de respeto a la distribución interna de competencias, es decir, que la ejecución y trasposición del Derecho comunitario europeo

Parte el D.30/12 de que la llamada Directiva de Servicios (la citada Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior) consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, salvo que se trate de los sectores excluidos (los enumerados en su art. 2.2 y en el art. 2.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español.

Entre los sectores excluidos, figuran las «*actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública*» (art. 2.2.i) de la Directiva 2006/123/CE y art. 2.1.i) de la Ley 17/2009). Pero, la determinación de si una actividad constituye el ejercicio de autoridad pública no es algo que pueda decidir unilateralmente un Estado miembro, sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios generales establecidos por el TJUE, pues el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública, o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas, no significa que tal actividad constituya ejercicio de autoridad pública y que encaje, por consiguiente, en lo dispuesto en el art. 45 TCE (actual art. 51 del TUE), de acuerdo con la interpretación restrictiva hecha por el TJUE, en orden al favorecimiento de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la UE (D.30/12).

Recuerda el Consejo en este D.30/12 que la Directiva de Servicios ha supuesto un giro extraordinario en la configuración de las técnicas tradicionales de intervención administrativa, de manera que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios solo puede excepcionalmente quedar sujeta a *autorización administrativa* cuando dicha medida no suponga discriminación, sea proporcionada, resulte necesaria por una razón imperiosa de interés general; y cuando, además, los procedimientos y trámites de la auto-

compete al Estado y a las CC.AA según el orden constitucional y estatutario interno de distribución de competencias *ex* SSTC 252/88, 64, 76 y 236/91, 79/92, 141/93 y 102/95: i) entendió que la CAR es competente para trasponer normativa europea en la medida en que tenga competencias sobre las diversas materias a las que afecta; ii) recordó que la sustitución de la temporalidad de las autorizaciones por la exigencia del cumplimiento continuado de los requisitos exigidos reglamentariamente es una consecuencia de la transposición de la Directiva europea *Bolkestein* o de Servicios (D.23/11); y iii) advirtió que la Directiva de Servicios no impone en todo caso la sustitución de la autorización administrativa previa por la comunicación previa responsable, ya que contiene una lista de excepciones, precisada por la *Ley paraguas*, en las que puede seguir empleándose la técnica de la autorización administrativa previa (D.64/11).

rización respeten determinados principios (tener carácter reglado, ser claros, inequívocos, objetivos, imparciales, transparentes, y hechos públicos con antelación), de acuerdo con los arts. 9 y 10, de la Directiva, y 5.b) y 6, de la Ley 17/2009.

Centrándose en el caso de las estaciones de ITV, la sujeción de tal actividad a específicas y restrictivas condiciones de autorización administrativa ha sido objeto de la STJUE de 22-10- 2009 (C-438/08, *Comisión contra República portuguesa*), en relación con el incumplimiento por Portugal de la libertad de establecimiento. En efecto, la legislación portuguesa sujetaba el otorgamiento de las *autorizaciones* administrativas que habilitaban a los particulares para el ejercicio de la actividad de ITV al cumplimiento de determinados requisitos restrictivos (la concurrencia de interés público; un capital social mínimo de 100.000 euros; la limitación del objeto social de las empresas y la imposición a sus socios, gerentes y administradores de determinadas normas en materia de incompatibilidad). Pues bien, ante la alegación de Portugal de que estas restricciones estarían justificadas por ser la actividad de ITV una manifestación del ejercicio del poder público (*ex art. 45 TCE*, actual art. 51 TUE), el TJUE, tras diferenciar, en la actividad de ITV, los aspectos técnicos (ajenos al ejercicio del poder público) y los de ejercicio del poder (certificación de la inspección técnica realizada), entiende que la actividad de ITV carece de la autonomía decisoria propia de las prerrogativas de poder público, aunque esté sujeta a supervisión estatal directa (FF.JJ. 39 a 42); y así, afirma que «*las actividades de las entidades privadas de ITV de que se trata no están comprendidas en la excepción prevista en el art. 45 TCE*», (F.J. 45). En suma, como afirma el D.30/12, para el TJUE, la actividad de ITV, desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, no supone el ejercicio directo de poder público.

Tras dicha afirmación, el D.30/12 observa que el TJUE examinó si el concreto régimen **de acceso** a la actividad de ITV establecido por la normativa portuguesa estaba justificado por razones imperiosas de *interés general* que justificasen su exclusión de la Directiva de servicios; y concluyó que las disposiciones discutidas no eran necesarias ni proporcionadas para la protección de la seguridad del tráfico, por lo que declaró que Portugal había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del art. 43 TCE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendan ejercer en Portugal la actividad de ITV.

Advierte el D.30/12, para evitar equívocos, que lo que esta STJUE declara incompatible con la libertad de establecimiento no es la sujeción a autori-

zación administrativa, sino la configuración injustificadamente **restrictiva** de la misma. De ahí infiere el D.30/12 que, aunque la actividad de ITV realizada por los particulares no sea **ejercicio de poder público** (en el sentido estricto del art. 45 –actual art. 51– del Tratado), ello no significa que no sea de **interés general** a los efectos de justificar su excepción del régimen de liberalización de servicios de la Directiva de Servicios, como admite implícitamente el TJUE, al no cuestionarse el contenido del art. 2 de la Directiva 96/96/CE (actual Directiva 2009/40/CE), y, en concreto, a efectos de justificar la sujeción de la actividad de ITV ejercida por particulares a **autorización previa** y el sometimiento de esta al cumplimiento de requisitos razonables y proporcionados al ámbito de que se trate.

Por eso, el D.30/12 entiende que la admisión por el TJUE de la *autorización previa* para el acceso a la actividad de ITV supone, en abstracto, que, en dicha técnica de acceso a la actividad, concurre el triple requisito exigido (inexistencia de discriminación; existencia de una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad de la medida). En consecuencia, el D.30/12 sostiene que estas autorizaciones administrativas pueden contemplar limitaciones temporales, territoriales y cuantitativas, cuando concurren los requisitos establecidos, con carácter excepcional, por la Directiva de Servicios y la legislación nacional (arts. 10 a 12 de la Directiva de Servicios; y arts. 7, 8 y 9 de la Ley 17/2009).

Además, el Consejo señala en el reiterado D.30/12 que la incidencia de la Directiva de Servicios en el sector de la ITV no implica automáticamente una liberalización de la prestación de estos servicios, ya que cabe sujetarlos a **autorización previa** ex art. 2 de la Directiva 2009/40/CE; y, además, la propia Directiva de Servicios permite sujetar el acceso a una actividad de prestación de servicios, cuando concorra «una razón imperiosa de interés general» (cfr. art. 5.b) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español), con independencia de que esa actividad suponga o no ejercicio del poder público. Y es evidente, para el D.30/12, que la seguridad vial constituye una razón imperiosa de interés general a estos efectos.

Esto dicho, es legítimo que el legislador autonómico opte por un modelo liberalizado, no gestionado directa o indirectamente (mediante concesión) por la Administración, y así, en el Derecho Autonómico Comparado, unas CCAA han aplicado ya el mismo modelo, y otras han optado por formas de gestión directa o indirecta (mediante concesiones), por lo que, desde el punto

de vista de la legalidad, para el D.30/12, ninguna tacha puede hacerse al modelo de gestión mediante autorización administrativa.

Ejerciendo su autoridad consultiva, el Consejo señala en el D.30/12 que, a la vista de las circunstancias específicas de la CAR, el legislador autonómico tiene un legítimo margen de actuación (amparado por la propia normativa europea) para introducir modulaciones en los requisitos exigibles del régimen autorizador que, sin ser restrictivas, pueden resultar necesarias y proporcionadas a la mejor prestación del servicio, desde la exclusiva consideración de los derechos de los usuarios.

Así, el Consejo precisa que la normativa autonómica que opte por el modelo de gestión mediante autorización administrativa sujeta al cumplimiento de determinados requisitos técnicos, materiales, humanos y económicos, puede considerar, entre ellos, la ubicación propuesta para favorecer una distribución territorial adecuada de la ubicación de las estaciones ITV, puesto que la STC 332/2005 declaró inconstitucional la imposición de la autorización como única forma de gestión de otorgamiento reglado, en tanto en cuanto no permitía que las CCAA pudieran «*tener en cuenta otros factores que consideren relevantes, tales como la distribución territorial de las instalaciones o la forma y condiciones de prestación del servicio, que no están directamente relacionados con la seguridad*» (F.J.12). D.30/12.

Cuestión distinta, concluye el D.30/12, es si los requisitos concretos establecidos en la norma reguladora para el otorgamiento de la autorización administrativa de las estaciones ITV superan el triple control exigido por la normativa y jurisprudencia europeas (no ser discriminatorios; ser necesarios y proporcionados).

B) El binomio bases estatales-desarrollo normativo autonómico

El Consejo Consultivo ha seguido en 2012 recordando la correcta interpretación del binomio constitucional bases estatales-normativa autonómica de desarrollo, mediante algunos *obiter dicta* que, obviamente, no suponen un tratamiento integral de la materia sino aplicación a casos concretos de algunos aspectos de la misma. Estos pronunciamientos ocasionales han sido los que se extractan a continuación:

Comienza el Consejo recordando los efectos de primacía y desplazamiento inherentes a la legislación básica. Así, en el D. 18/12, tras afirmar que las normas básicas estatales son de aplicación directa, recuerda el Consejo

que la alteración de la legislación estatal básica produce el desplazamiento normativo de la normativa autonómica de desarrollo que era conforme con la legislación estatal básica anterior, pero que haya devenido disconforme con la nueva. La novedad doctrinal de este D.18/12 estriba en que el Consejo Consultivo advierte que tal desplazamiento no se produce cuando, y en la medida en que, dicha normativa de desarrollo resulte materialmente conforme con la nueva normativa estatal básica o pueda ser interpretada y aplicada de conformidad con esta.

Cuestión distinta es la densidad normativa que el binomio que nos ocupa puede producir. Así, el citado D.18/12 advierte que la confluencia en una materia de legislación estatal básica con la autonómica de cobertura puede producir una tal densidad normativa que quede poco espacio para el desarrollo reglamentario autonómico.

La complejidad funcional del binomio bases-desarrollo conduce al Consejo Consultivo a efectuar en el mismo D.18/12 una recomendación de técnica legislativa, cual es la de evitar la expresión de que una normativa autonómica de desarrollo es básica cuando solo se quiere expresar que es importante en la regulación de una materia.

Por último, el Consejo ha declarado: i) en el D.18/12, que los plazos de adaptación establecidos por normas estatales básicas que hayan fenecido no pueden ser rehabilitados por disposiciones transitorias de la normativa autonómica de desarrollo, las cuales deben señalar otros distintos para la adaptación a la misma, sin hacer referencia a los primeros ya fenecidos, pues ello implicaría lesión de las bases e inseguridad jurídica; y ii) en el D. 39/12, que la ley estatal básica posiblemente inconstitucional debe ser tenida por válida, vigente y aplicable, mientras no sea declarada inconstitucional por el TC, por lo que puede ser objeto de normativa autonómica de desarrollo, doctrina esta que ha habido fijado el Consejo en D.128/07 y D.62/10.

C) Las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE

Reiterando la doctrina general expuesta en años anteriores (cfr. D.64/07, D.128/07, D.109/08, D.29/10, D.73/10, D.18/11), el D.22/12 insiste en el abuso del título competencial genérico que, para el Estado central, suponen las *condiciones básicas* del art. 149.1.1 CE cuando, al amparo de las mismas, se hace tan detallada la legislación básica en una materia concreta (como son los servicios sociales de prestaciones por dependencia), de manera que no quede espacio para el desarrollo normativo autonómico.

Así, el Consejo Consultivo, en el expresado D.22/12, insiste en la doctrina sentada en años anteriores (cfr. D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.62/10, D.73/10, D.100/10, D.62/10, D.73/10, D.105/10, D.100/10, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.6/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11), criticando que el Estado central haya empleado las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE, para imponer una uniformidad nacional en la referida materia, cuando dicho precepto constitucional, según SSTC 61/97, 164/01, 239/02 y 228/03: i) solo se refiere a derechos constitucionales *stricto sensu* y no a los principios rectores de la política social y económica, como los de los arts. 49 y 50 CE; ii) ha de operar *a través* y no *a pesar* del reparto competencial; iii) no permite equiparar *condiciones básicas a legislación básica*; iv) se mueve en la perspectiva de garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, por lo que su destinatario es el ciudadano y no las CCAA; v) no puede operar como un título competencial horizontal del Estado susceptible de convertir en *compartidas* las competencias autonómicas *exclusivas*; vi) tampoco puede operar como una ley de armonización; vii) supone establecer un contenido mínimo o básico de los derechos fundamentales en sentido estricto, pero no de los derechos que constituyan principios rectores de la política económica y social ni de los derechos subjetivos creados por leyes estatales; y tampoco sirven para establecer medidas concretas de carácter ejecutivo que deban acometer las CCAA; y viii) supone convertir en compartida una competencia que es exclusiva de las CCAA.

D) Los Decretos-Leyes y sus límites en relación con la irretroactividad y la reserva material propia de la Ley anual de presupuestos generales respecto a las retribuciones de los empleados públicos

Al examinar, en el D. 39/12, la constitucionalidad del Anteproyecto de Ley autonómica de Medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del sector público de la CAR; y, en el D.65/12, su desarrollo reglamentario, el Consejo Consultivo se ha enfrentado con el problema de los límites constitucionales de los Reales Decretos Leyes y, en concreto, con la cuestión de si tales disposiciones urgentes del Gobierno central pueden incidir retroactivamente en los contenidos materiales que son objeto de reserva constitucional a favor de la Ley anual de Presupuestos Generales (LPG), sea del Estado o de una Comunidad Autónoma, especialmente cuando resultan afectados restrictivamente derechos como las retribuciones de los funcionarios.

En este sentido y como ya hemos expuesto antes, el Consejo ha apreciado en 2012 que el Real Decreto-Ley 20/2012, del que traía causa el Antepro-

yecto de Ley autonómica objeto del D.39/12, presentaba serias dudas en cuanto a su constitucionalidad, tal y como también había expuesto detalladamente el Consejo en su D.62/10, relativo a la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron similares medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Como es sabido, esta cuestión ha sido recientemente objeto de atención por el Tribunal Constitucional portugués que, mediante Sentencia de 5 de julio de 2012, ha declarado inconstitucionales ciertas medidas gubernamentales de reducción de las retribuciones funcionariales, en base a ser retroactivas y contrarias al principio de igualdad ante la ley. El Consejo Consultivo de La Rioja más bien entiende que la posible inconstitucionalidad de este tipo de medidas gubernamentales urgentes deriva de que inciden en la reserva constitucional de su contenido a favor de las Leyes anuales de Presupuestos, reserva que veta la normación de los mismos a través de Decretos Leyes retroactivos, sin perjuicio de que tales medidas puedan instrumentarse en la siguiente Ley anual de Presupuestos Generales.

Así, el D. 39/12, reiterando la doctrina sentada en el D.62/10, entiende que, cuando los arts. 134.1 y 5 CE atribuyen al Parlamento la *enmienda* de los Presupuestos Generales anuales, esta expresión no se refiere solo a la eventual modificación del Proyecto de LPG como tal, sino también a toda modificación posterior de la LPG que haya sido aprobada por el Parlamento, razón por la cual el art. 134.5 CE permite al Gobierno presentar, una vez aprobada la LPG, *Proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos* correspondientes al mismo ejercicio presupuestario, lo que, en otras palabras, significa que esta reserva de LPG impide la modificación de dicha LPG por medio de un Decreto Ley. Esta argumentación, relativa a la LPG del Estado es, obviamente, aplicable a la reserva estatutaria a favor de la LPG de una Comunidad Autónoma.

Se plantea el D.39/12, por remisión al D.62/10, que podría defenderse que la reserva de LPG *ex art.* 134.5 CE se refiere tan solo a medidas de incremento del gasto público, por lo que no afecta a las modificaciones operadas en la LPG por un Decreto Ley que justamente pretenda disminuir ese gasto y, en definitiva, el déficit público. Pero entiende el Consejo que semejante argumentación no puede ser aplicada retroactivamente a la fijación anual por la LPG de las retribuciones de los funcionarios y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, las cuales solo pueden ser afectadas por la siguiente Ley anual de presupuestos, pues el juego conjunto de los principios constitucionales de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos

y de reserva de Ley anual de PG las convierte en una especie de derecho adquirido, aunque solo sea de duración anual.

Obviamente y como ya hemos adelantado, esta posible inconstitucionalidad queda obviada, en el caso concreto de los D.39/12 y D.65/12, en cuanto que la ley posiblemente inconstitucional debe ser tenida por válida, vigente y aplicable mientras no sea declarada inconstitucional por el TC y, si es estatal básica, puede ser objeto de normativa autonómica de desarrollo (D.39/12, D.65/12, que reiteran lo señalado en D.128/07 y D.62/10).

D) Los Reglamentos

La competencia del Consejo Consultivo para dictaminar preceptivamente sobre los Anteproyectos de reglamentos ejecutivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, le ha permitido elaborar en 2012 la siguiente doctrina sobre esta fuente jurídica:

- *Reglamentos ejecutivos*: El Consejo Consultivo se ha ocupado en 2012 sobre todo de su necesaria cobertura legal advirtiéndolo: i) en D. 1/12 (que reitera la doctrina establecida en D.23/06, D.40/06, D.51/06, D.76/06 y D.96/06; y D.51/07; D.68/09, D.61/10 y D.91/10) que los vicios de incompetencia de un reglamento que se limita a desarrollar una ley son referibles a esta y no al reglamento que la ejecuta; y dicha Ley goza de una presunción de constitucionalidad que solo el TC puede deshacer; en tales casos el análisis jurídico se limita a examinar si el reglamento respeta el principio de jerarquía normativa; y ii) en D. 22/12, que los reglamentos autonómicos que desarrollen una ley estatal que es reputada inconstitucional por el Consejo Consultivo (pero que no ha sido impugnada ante el TC, por lo que este no la ha declarado inconstitucional), deben, por razones de jerarquía normativa y, sobre todo, de competencia, respetar dicha ley estatal, en especial si al reglamento en concreto le presta cobertura también una Ley autonómica en cuya Exposición de Motivos se reconoce la vigencia y validez de la Ley estatal en cuestión.
- *Reglamentos independientes*: Sobre esta modalidad reglamentaria, el Consejo Consultivo ha efectuado dos pronunciamientos en 2012: i) que son independientes los reglamentos organizativos, salvo que se trate de desarrollar un órgano previsto en una Ley (D.81/10); y ii) que no es inde-

pendiente el reglamento que desarrolla otro que a su vez desarrolla una ley de cobertura común (D.12/12).

- *Potestad reglamentaria de los Consejeros*: El Consejo Consultivo ha vuelto a sostener en 2012: i) que los Consejeros tienen potestad reglamentaria cuando estén habilitados expresamente para ello por una ley o por un reglamento aprobado por el Gobierno (D. 22/12, que reitera la doctrina contenida en D.23/00; D.37/05 , D.14/06 y D.2/10); ii) que el ejercicio de la potestad reglamentaria mediante Orden de Consejería puede estar autorizada por un Decreto previo habilitante, aunque este sea el modificador de otro anterior que no contenía dicha habilitación (D.22/12); y iii) que en la CAR es aplicable en esta materia la llamada *doctrina de la necesidad de una doble habilitación*, por la que el art. 46.1 de la Ley 8/03 (primera habilitación) confiere potestad reglamentaria a los Consejeros, cuando les habilite a ello (segunda habilitación) una ley o un reglamento aprobado por el Gobierno (D.22/12).

E) Los instrumentos de planificación

El Consejo Consultivo ha dedicado al problema que presentan los Reglamentos de planificación o que aprueban Planes el D.14/12, en el que se aclara que el Plan tiene carácter jurídico-reglamentario cuando contiene normas jurídicas en cuya virtud la Administración se encuentra vinculada al dictar actos administrativos respecto a la materia planificada. Pero, cuando el Plan se limite a formular estudios, propuestas o recomendaciones de carácter técnico, por muy valiosas que estas sean, si carece de una ordenación normativa, no tiene carácter jurídico ni recibe este de la norma reglamentaria que se limite a aprobarlo, pues no vincula a la Administración ni a los ciudadanos. La conclusión es que el Consejo Consultivo solo puede dictaminar entonces en el sentido de que el Plan en cuestión debe tener cierto contenido normativo, si así lo exige la normativa que le preste cobertura.

F) Los instrumentos de negociación colectiva

El D.65/12 ha declarado que los Convenios, Pactos y Acuerdos colectivos de fijación de condiciones de trabajo en el ámbito del sector público de la CAR pueden ser suspendidos, afectados en su eficacia o desplazados en su aplicación por una normativa estatal básica y por la autonómica que la desarrolle, cuando estas últimas pretendan establecer una regulación general y uniforme.

4. Doctrina Consultiva sobre las Competencias Estatutarias de la Comunidad Autónoma de La Rioja

La preceptiva intervención del Consejo Consultivo en el procedimiento administrativo especial para la elaboración de disposiciones generales permite que sus dictámenes analicen, como cuestión prioritaria, la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para dictar la norma proyectada, lo que viene conformando un sólido cuerpo de doctrina consultiva sobre el patrimonio competencial de la CAR en el Estatuto de Autonomía.

Con carácter general, en 2012, el Consejo ha seguido recordando que las competencias de la CAR: i) se tienen por el Estatuto de Autonomía, interpretado conforme a la Constitución, no por virtud de los Reales Decretos de tras-pasos, que solo transfieren medios personales y materiales para su ejercicio (D.31/12, que reitera la doctrina contenida en D.92/10, D.93/10 y, D.73/11); y ii) constituyen el primer y esencial presupuesto para la validez de cualquier clase de disposición autonómica proyectada, ora sea de rango legal, ora lo sea reglamentaria (D.65/12, que reitera lo señalado en D.30/11 y D.31/11)

En materias concretas, el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre las siguientes competencias asumidas por la CAR en el Estatuto de Autonomía:

A) Competencias en materia de organización institucional y administrativa: su necesaria distinción

Ambas son competencias exclusivas, *ex arts.* 8.1.1 y 26.1 EAR'99, en cuya necesaria diferenciación ha insistido el Consejo (cfr. D.56/06, D.73/08, D.6/10, D.52/10, D.10/11, D.12/11, D.29/11 y D.46/11) puesto que la competencia *ex art.* 8.1.1 EAR'99, para la auto-organización de instituciones de autogobierno, no debe ser confundida con la competencia, *ex art.* 26.1 EAR'99, para la auto-organización de la propia Administración.

Suponiendo como telón de fondo esta doctrina, el Consejo Consultivo ha declarado en 2012 que la competencia en materia de auto-organización administrativa del art. 26.1 EAR'99 comprende: i) la implantación, en general, de un *Registro administrativo* (D.31/12, y cfr. D.73/08; D.40/09 y D.89/10); y ii) la regulación, en concreto, de la Comisión Regional de Protección Civil de La Rioja (D.32/12).

Pero existen materias en que dicha competencia en materia de auto-organización administrativa se entremezcla con la de auto-organización ins-

titucional o incluso con otras competencias estatutarias. En 2012, el Consejo ha analizado dos casos en que así sucede.

- El primer caso es el de la regulación del propio Consejo Consultivo, donde el D.39/12, reiterando lo señalado en el D.71/11, entiende que ambas competencias se mezclan y quedan superadas al estar reservada estatutariamente en el art. 42 EAR'99 la regulación de dicho Consejo a una ley específica, por lo que es dicho precepto estatutario el que opera como título habilitante en la materia, en el marco de la STC 204/92 sobre creación y regulación por las Comunidades Autónomas de sus propios Altos Órganos Consultivos.
- El segundo caso es el de la adopción de medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del sector público de la CAR, donde el D.39/12 señala que los títulos competenciales que las amparan se encuentran en los arts.8.1.1, 8.1.4 y 8.4 EAR '99, que atribuyen a la CAR competencia exclusiva en cuanto a *«la organización estructura, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno*», y la *«ordenación y planificación de la actividad económica, así como el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados por la economía nacional»*.

B) Competencias en materia de procedimiento administrativo (especialidades derivadas de la organización propia)

Sobre esta competencia exclusiva *ex* arts. 8.1.2 EAR'99, el Consejo ha declarado: i) en D.62/12, que comprende la de regular las comunicaciones y notificaciones electrónicas en el sector público de las CAR; y ii) en D.32/12, que, también al amparo del art. 26.1 EAR'99 sobre auto-organización, comprende la competencia para regular la Comisión Regional de Protección Civil de La Rioja.

C) Competencia en materia de función pública

De esta competencia compartida (de desarrollo normativo y ejecución) con el Estado central (que dicta la legislación básica), *ex* art. 31.5 EAR'99 ya había tratado el Consejo en D.44/05, D.74/05; D.130/07; D.100/08, D.131/08, D.98/10 y D.10/11. En 2012, se ha limitado a señalar en el D.65/12 que esta competencia ampara la reducción, para todos los empleados del sector de la CAR, de los complementos retributivos que implementan las prestaciones

económicas de Seguridad Social en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

D) Competencias en materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias: producción integrada; vacunaciones y asociaciones de defensa ganadera

El Consejo Consultivo ha declarado en 2012 que la competencia estatutaria en materia de agricultura comprende: i) junto con la competencia en materia de sanidad animal, la obligación de indemnizar, si concurren los demás requisitos precisos para ello, a ganaderos afectados por daños derivados de campañas de vacunación obligatoria ejecutadas por la Administración autonómica competente en ganadería, aunque la normativa que la determine sea estatal (D.6/12, que reitera la doctrina del D.58/11); ii) la de modificar el Reglamento técnico específico de frutales con hueso en el ámbito de la marca de garantía «*Producción integrada de La Rioja*», para incluir el cultivo del albaricoque (D.12/12); y iii) la regulación de las Agrupaciones de defensa sanitaria ganadera (ADS) en la CAR en el marco de la normativa comunitario-europea y estatal básica al respecto (D.18/12).

F) Competencia en materia de medios de comunicación social (radio y televisión)

Tras recordar que esta competencia es de desarrollo legislativo y ejecución de acuerdo con la Ley estatal sobre el estatuto jurídico de la radio y la televisión *ex art.* 9.6 EAR'99 (*cfr.* Ley estatal 7/2012, de 31 de marzo, General de comunicación audiovisual), el D.40/12 afirma que la misma comprende la de regular los servicios de comunicación audiovisual y el Registro de prestadores en el ámbito de la CAR.

G) Competencia en materia de consumo y defensa del consumidor

Sobre esta competencia de desarrollo normativo y ejecución (*ex arts* 148.1.21 CE y 9.3 EAR'99), el Consejo se ha limitado en 2012 a señalar que comprende: i) junto con la competencia en materia de sanidad (*ex art.* 9.5 EAR'99), la de regular la inscripción registral de establecimientos y empresas alimentarias, en desarrollo del art. 40.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad (D.58/12); y ii) junto con los títulos competenciales en materia de vivienda y urbanismo (*ex art.* 8.1.16 EAR'99), la regulación en la CAR del libro del edificio (D.60/12).

H) Competencia en materia de denominaciones de origen y sus Consejos reguladores

Estamos ante una competencia exclusiva (*ex art. 8.1.20 EAR'99*), en colaboración con el Estado, sobre la que el Consejo Consultivo ha señalado en 2012 que no comprende la competencia para modificar el Reglamento técnico específico de frutales con hueso en el ámbito de la marca de garantía «*Producción integrada de La Rioja*», para incluir el cultivo del albaricoque, ya que las D.O. son una figura técnica de protección de la calidad alimentaria, pero que no engloba las restantes técnicas, como las marcas de garantía (D.12/12).

I) Competencia en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas: los espectáculos taurinos

A la competencia en materia de espectáculos taurinos ha dedicado el Consejo su D.23/12, que reitera la doctrina sentada en el D.30/11 en los siguientes términos.

Se trata de una competencia exclusiva de la CAR *ex art. 8.1.27 y 29 EAR'99*, que comprende, junto con la competencia de organización del art. 26 EAR'99 y sin perjuicio de la competencia estatal en materia de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, la de crear y regular el Consejo de espectáculos taurinos de la CAR. Ahora bien, conviene distinguir tres fases en su régimen estatutario:

- El EAR'82 atribuía esta competencia a la CAR como compartida (art. 9 EAR'82), siguiendo así el modelo de las CCAA constituidas por la vía lenta de la CE, mientras que las constituidas por la vía rápida del art. 151 CE y la DT 2ª CE asumieron desde el principio esta competencia como exclusiva. En este contexto, el Estado dictó la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en espectáculos taurinos, cuya DA respetaba las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de las estatales por razón de la competencia en materia de seguridad y orden público *ex art. 1419.129 CE*.
- El art. 8.1.22 EAR'94 atribuyó a la CAR competencia exclusiva en materia de espectáculos, por lo que se pudo dictar el Decreto 30/1996, de 31 de mayo, sobre los taurinos tradicionales en la CAR, cuya cobertura legal se encontraba en la precitada Ley estatal 10/1991, que habilitaba en su DF 2ª para su desarrollo reglamentario, no solo al Estado sino también a las CCAA.

- El art. 8.1.29 EAR'99 atribuye competencia exclusiva a la CAR en materia de espectáculos y, a su amparo, la CAR dictó la Ley 4/2000, de 25 de octubre, de Espectáculos públicos y actividades recreativas, cuyo art. 1.2 prevé una normativa específica para ciertos espectáculos, como los taurinos. Ahora bien, dicha normativa específica es, no solo la autonómica, sino también la estatal, amparada por la competencia del Estado en materia de seguridad pública y contenida en la legislación estatal (Ley 10/91 y Reglamento taurino, aprobado por RD 145/96, de 2 de febrero), de suerte que la CAR no puede desplazar esta normativa estatal en cuanto resulte amparada por dicha competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública, pero sí puede desplazarla en todo lo demás, al ser mero Derecho supletorio *ex art. 149.3 CE*, según han entendido las SSTC 118/96 y 67/97; si bien, obviamente, quedará vigente dicha normativa estatal mientras no sea desplazada por la autonómica, como sucede si el Derecho autonómico se remite expresamente al estatal; si bien, en aras de la seguridad jurídica, es aconsejable evitar tal remisión.

En resumen, el D.23/12 ratifica lo señalado en el D.30/11 y concluye que la competencia autonómica en materia de espectáculos comprende, por lo que se refiere a los taurinos, junto con la competencia de organización del art. 26 EAR'99 y sin perjuicio de la competencia estatal en materia de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, la de crear y regular el Consejo de espectáculos taurinos de la CAR; y también la reglamentación autonómica de los espectáculos taurinos populares; aunque ha de entenderse vigente la exigencia de comunicar previamente su celebración al Delegado del Gobierno, que podrá suspenderlos o prohibirlos por razones de seguridad ciudadana u orden público *ex DA Ley estatal 10/91*. En todo caso, la potestad reglamentaria de la CAR en esta materia se enmarca en la Ley autonómica 4/2000, de 25 de octubre, de Espectáculos públicos y actividades recreativas.

***J) Competencia en materia de industria:
el régimen de las estaciones de ITV***

El importante D.30/12, sobre el régimen de las estaciones de ITV, analiza esta competencia exclusiva *ex art. 8.1.11 EAR'99*, pero enmarcada en otras básicas del Estado, para afirmar que comprende una regulación por reglamento de la inspección técnica de vehículos (ITV), que incluya el modelo de gestión de las estaciones de ITV en la CAR, el procedimiento de apertura de nuevas estaciones, sus condiciones de funcionamiento, las tarifas

máximas, las obligaciones y requisitos de las estaciones, la supervisión y control de sus actuaciones y, finalmente, el régimen de continuidad en la prestación del Servicio.

Pero el D.30/12 advierte que hay que tener en cuenta las precisiones derivadas de la STC 332/05, en el sentido de que la exclusividad competencial de la CAR en materia de industria (*ex art. 8.1.11 EAR'99*) es relativa al proyectarse sobre la ITV, puesto que concurre con la competencia autonómica de ejecución en materia de seguridad industrial y debe ejercerse en el marco de la competencia estatal, también exclusiva, en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor (art. 149.1.21 CE), pudiendo la CAR, en virtud de su competencia exclusiva en materia de industria, dictar disposiciones *complementarias* de las estatales, sin que el Estado pueda coartar la competencia autonómica imponiendo un único modelo de gestión de las ITV; pero quedando ambos, es decir, tanto el Estado como la CAR, sujetos a las exigencias del Derecho comunitario europeo en esta materia.

K) Competencias en materia de ejecución de la legislación laboral

La competencia en materia laboral es de ejecución *ex arts. 149.1.7 CE y 11. 2 y 3 EAR'99* y ha sido objeto de varios dictámenes del Consejo Consultivo (cfr. D.17/07; D.55/08; D.96/09, D.1/11, D.29/11 y D.46/11). En 2012, se ha limitado el Consejo ha señalar (D.31/12) que esta competencia comprende, en materia de *riesgos laborales*, la de crear y regular el Registro de entidades especializadas y acreditadas por servicios de prevención ajenas, así como de las personas o entidades especializadas a las que se haya concedido autorización para efectuar auditorias o evaluaciones de los sistemas de prevención.

L) Competencias en materia de medio ambiente y montes

En 2012, esta competencia compartida *ex art. 9.1 EAR'99* (cfr. D.33/06, D.68/06, D.117/08 y D.23/09) solo ha sido objeto del D.3/12, en el que el Consejo ha señalado que la misma comprende, junto con otros títulos competenciales, como montes (que es competencia compartida, o sea, de desarrollo normativo y ejecución, en el marco de las bases estatales, *ex art. 9.11 EAR'99*; cfr. D.33/06), la de regular las acampadas juveniles.

M) Competencias en materia de pesca fluvial y lacustre

Es competencia exclusiva *ex art. 8.1.21 EAR'99*, que comprende la de aprobar el Plan de ordenación piscícola de La Rioja (D.14/12).

***N) Competencias en materia de protección civil:
conurrencia con el Estado central***

Reiterando la doctrina sentada en el D.33/06, el Consejo ha declarado en 2012 que la protección civil es competencia no mencionada ni en la CE ni en el EAR'99, pero reconocida, en SSTC 123/84 y 133/90, como competencia del Estado central, en cuanto atañe a la seguridad pública; y como competencia de las CCAA, en cuanto afecta a otras competencias relacionadas, como la vigilancia de sus edificios e instalaciones, sanidad, carreteras y montes, entre otras, por lo que es una competencia concurrente, si bien corresponde necesariamente al Estado caso de emergencias, catástrofes o calamidades de alcance nacional (D.32/12, reiterando la doctrina establecida en D.55/11 y D.61/11).

Por tanto, la CAR tiene competencia en materia de protección civil al ser titular de competencias sectoriales que, con diverso alcance, inciden sobre la misma, como la protección de sus propias instalaciones, la coordinación de las policías locales, los espectáculos, la agricultura, los ferrocarriles, carreteras y caminos de su ámbito territorial y el transporte por los mismos medios y por cable o tubería, las obras públicas, la industria, la protección del medio ambiente, la sanidad e higiene y los montes. En suma, la competencia de la CAR en esta materia comprende la ordenación de la protección civil en su ámbito, pero respetando los ámbitos de otras Administraciones públicas (D.32/12).

Por ello, esta competencia autonómica comprende, también al amparo del art. 26.1 EAR'99 sobre auto-organización, la competencia para regular la Comisión Regional de Protección Civil de La Rioja (D32/12)

O) Competencias en materia de juego

El juego es una competencia exclusiva de la CAR *ex arts.* 8.1.10 y 26.1 EAR'99 a la que el Consejo Consultivo ha prestado atención en bastantes dictámenes.³ En 2012, ha dedica a esta competencia el D.63/12, afirmando que comprende la de dictar un reglamento aprobatorio o modificador del Catálogo de juegos en La Rioja, con lo que ratifica la doctrina sentada en el D.158/08.

³ Cfr. D.104/05 (que se remite a los D.23/97 y D.26/00), D.122/05 (que se remite a los D.23/97, D.24/00 y D.26/00 y D.104/05); D.14/06 (que se remite a los D.23/97 y D.24/00 y D.26/00); D.158/08; D.65/09 (que se remite a los D.23/97, D.10/98, D.24/00, D.26/00, D.57/00 D.58/00, D.44/04, D.73/04, D.104/05, D.14/06 y D.158/08); y D.66/09.

P) Competencias en materia de sanidad e higiene

Las de sanidad e higiene son competencias de desarrollo normativo y ejecución *ex art.* 9.5 EAR'99 que amparan: i) junto con otros títulos competenciales, la de regular las acampadas juveniles (D.3/12); y ii) junto con la competencia en materia de defensa del consumidor, la de regular la inscripción registral de establecimientos y empresas alimentarias en desarrollo del art. 40.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad (D.58/12).

Q) Competencias en materia de servicios sociales, asistencia social y desarrollo comunitario

El Consejo Consultivo, una vez reiterada la antes referida inconstitucionalidad que le merece la Ley estatal 39/06, insiste en 2012 en que esta competencia autonómica en materia de servicios sociales es exclusiva *ex art.* 8.1.18 EAR'82 y 8.1.30 y 31 EAR'99 y comprende: i) junto con otros títulos competenciales, la de regular las acampadas juveniles (D.3/12); ii) la regulación del sistema de acceso al servicio público de atención residencial para personas mayores en situación de riesgo o exclusión social (D.5/12); iii) la regulación del procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la CAR (D.22/12); y iv) la regulación y modificación de las prestaciones de inserción social (D.24/12).

R) Competencias en materia de tasas y precios públicos: el concepto de precio público

Se trata de una competencia de las CC.AA *ex arts.* 133 CE y 7 LOFCA, tal y como ha sido interpretado por STC 185/95 (D.43/12 y D.56/12, que reiteran, la doctrina establecida en D.56/03, D.91/04, D.18/06, D.116/07 y D.39/11), por lo que comprende la de determinar, por Decreto autonómico (cfr. Decreto 87/03, modificado por Decretos 59/04, 25/06, 130/07, 52/10, 129/11, 62/12 y 65/12), en desarrollo del art. 36.1 de la Ley 6/2002, de 18 de octubre, de Tasas y Precios públicos de la CAR, las categorías de bienes, servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos (D.43/12, D.52/12, D.56/12, que reiteran la doctrina establecida en D.56/03, D.91/04, D.18/06, D.116/07, D.88/10 y D.39/11).

A este respecto, el Consejo ha recordado en D.43/12, D.52/12 y D.56/12 el concepto y requisitos de *precio público* (ingreso no tributario en contraprestación de servicios, actividades o entregas que, realizados también por el sector privado, sean efectuados por la Administración en régimen jurídico-

público a solicitud voluntaria de los particulares) que se contiene en el art. 35 de la Ley 6/02 precitada, reiterando así lo señalado en D.116/07, D.88/10 y D.39/11.

Por su parte, en D.52/12 y D.56/12, se reitera la doctrina establecida en D.18/06 y D.88/10, sobre los requisitos que distinguen el precio público de la tasa: i) existencia de un servicio, actividad o entrega solicitada voluntariamente por el particular; ii) prestación por sector público; iii) en régimen de Derecho público; y iv) siendo prestado también por el sector privado. Estos requisitos derivan de la STC 185/95 sobre la diferencia entre tasa y precio público, que influyó, no solo en la modificación, por LO 3/96, del art. 7 LOFCA, sino también en la definición de precio público efectuada por el art. 35 de la Ley riojana 6/02, de Tasas y precios públicos.

Finalmente, en 2012, el Consejo ha señalado que, en materia de precios públicos, es competente: la Consejería afectada por la materia, para promoverlos; la de Hacienda, para proponerlos; y el Consejo de Gobierno, para aprobarlos (D.52/12, que reitera la doctrina del D.18/06).

S) Competencias en materia de urbanismo

Sobre esta competencia exclusiva *ex art. 8.1.16 EAR'99*, el Consejo ha declarado en 2012 que comprende, junto con los títulos competenciales en materia de defensa de los consumidores y vivienda, la regulación en la CAR del libro del edificio (D.60/12).

T) Competencias en materia de vivienda

Partiendo del análisis de las competencias estatales y autonómicas en la materia efectuado en D.95/05, el Consejo Consultivo, en 2012, ha declarado que esta competencia, exclusiva *ex art. 8.1.16 EAR'99*, comprende la de reglamentar la calificación y descalificación de VPO (D.47/12); y, junto con los títulos competenciales en materia de defensa de los consumidores y urbanismo, la regulación en la CAR del libro del edificio (D.60/12).

II. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES GENERALES

Durante 2012, el Consejo Consultivo ha emitido 22 Dictámenes sobre otros tantos Anteproyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto.⁴ En ellos, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuado perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales y la técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

1. Trascendencia y régimen jurídico

El *régimen jurídico* de este procedimiento se encuentra contenido en los arts 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio. El Consejo ha continuado resaltando la *importancia* del cumplimiento de estos trámites, que, no solo debe ser formal, sino con rigor, ya que: i) se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico; ii) tiene por finalidad encauzar adecuadamente el ejercicio de una de las potestades de efectos más intensos y permanentes de la Administración, cual es la reglamentaria; iii) constituye una garantía de acierto en la elaboración de la disposición general; iv) presta una mayor certeza y garantía jurídica a los ciudadanos; y v) además, su incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas (D.1/12, D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.18/12, D.22/12, D.23/12, D.24/12, D.30/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.43/12, D.47/12, D.52/12, D.56/12, D.58/12, D.60/12, D.62/12, D.63/12 y D.65/12)

4 Tales Anteproyectos se han referido a las siguientes materias: i) *Acción exterior*: Consejo regional de cooperación al desarrollo (D.1/12); ii) *Administración pública*: Comunicaciones electrónicas (D.62/12); iii) *Agricultura*: Producción integrada del albaricoque (D.12/12); iv) *Función pública*: Retribuciones (D.65/12); v) *Ganadería*: Agrupaciones de defensa ganadera (D.18/12); vi) *Juventud*: Acampadas juveniles (D.3/12); vii) *Medio ambiente*: Plan ordenación piscícola (D.14/12); viii) *Hacienda*: Precios públicos (D.43/12, D.52/12, D.56/12); Juegos y apuestas (D.63/12); ix) *Industria*: Estaciones de ITV (D.30/12); Entidades de prevención (D.31/12); x) *Interior*: Espectáculos taurinos populares (D.23/12); Comisión regional de protección civil (D.32/12); Comunicación audiovisual (D.40/12); xi) *Sanidad*: Establecimientos alimentarios (D.58/12); xii) *Servicios Sociales*: Acceso al servicio de atención residencial de personas mayores en situación o riesgo de exclusión social (D.5/12); Prestaciones de inserción social (D.24/12); y Situación de dependencia (D.22/12); y xiii) *Vivienda*: Descalificación de VPO (D.47/12), y Libro del edificio (D.60/12).

2. Iniciación

Respecto a la *Resolución de inicio*, el Consejo ha seguido insistiendo en la *competencia* para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios ⁵ apuntando únicamente como novedades las siguientes, que demuestran que la doctrina consultiva en este aspecto está suponiendo un importante factor de deslinde competencial en materias conflictivas en el seno de la Administración autonómica activa: i) que compete dictarla a la Secretaría General Técnica cuando se le ha atribuido expresamente esta competencia en el Decreto de funciones (D.89/10, D.40/12, D.62/12, reiterando así la doctrina establecida en D.89/10); y ii) que, en el Organismo Autónomo *Instituto Riojano de la Juventud*, el Consejo Consultivo acepta implícitamente que sea el Director de dicho Instituto quien dicte la Resolución de inicio ya que, *ex art.* 13 e) del Decreto 38/2006, de 16 de junio, el mismo es competente para elaborar y remitir a la Consejería de adscripción los proyectos normativos que esta deba aprobar o elevar al Gobierno (D.3/12).

En cuanto al *contenido*, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que, en su caso, deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el *bloque de la constitucionalidad* de la competencia ejercida por la CAR (D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.18/12, D.22/12, D.23/12, D.24/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.58/12 y D.60/12).

3. Integración

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro y cuidando debidamente de la *integración del expediente* (D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.22/12, D.24/12, D.30/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.58/12, D.60/12). En especial, ha advertido el Consejo que, cuando se aprovechan trámites o Memorias anteriores, debe ponerse

5 Dicha doctrina, formulada en numerosos Dictámenes anteriores (cfr. por todos, D.17/07 y D.88/10), fue reiterada por el D.39/11 y consiste en que compete dictarla, tras el art. 33.1 Ley 4/05, al órgano competente por razón de la materia, de suerte que, una vez determinada la Consejería genéricamente competente, corresponde a su Consejero titular dictar esta Resolución de inicio, determinando en ella a qué órgano se asigna la tramitación; debiendo entender que lo será el Secretario General Técnico, salvo que se asigne a una Dirección General o a otro órgano, lo cual puede hacerse *ad casum* o mediante una disposición general reglamentaria (como así se ha hecho en los Decretos de estructura orgánica de las distintas Consejerías, que suelen atribuir esta competencia a los Directores Generales).

especial cuidado en eliminar todo aquello que resulte extemporáneo o superfluo, como aludir a que se debe pedir un informe que ya ha recaído y obra en el expediente (D.52/12, sobre un caso de conservación de trámites del procedimiento de elaboración de una disposición anterior judicialmente anulada).

4. Memorias

Sobre el trámite de elaboración de una *Memoria justificativa*, el Consejo se ha ocupado en 2012 de los siguientes aspectos:

- *Memoria inicial*. Sobre este trámite, ha declarado: i) que no debe ser antedatada, es decir, presentar una fecha anterior a la de la Resolución de inicio, especialmente cuando en el expediente hay otra inicial semejante con fecha posterior (D.18/12); y ii) que, aunque la regulación proyectada no se refiera a un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre prestación de servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva *Bolkestein* o de servicios, debe justificarse en el expediente de elaboración el mantenimiento de la técnica de la autorización administrativa de la actividad en vez de la comunicación previa responsable (D.3/12).
- La *Memoria final*, a que se refiere el art. 40 de la Ley 4/05, debe valorar el informe de los Servicios Jurídicos, por lo que ha de ser posterior al mismo (D.62/12).
- La *Memoria económica* tiene por objeto que luzca en los Proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en práctica de las medidas que en los mismos se prevean, así como la financiación prevista para acometerlos; en suma, programar y racionalizar la actuación de la Administración en sus consecuencias presupuestarias y de gasto (D.18/12). Por eso, no basta con indicar a qué partidas se imputará el gasto, sino si habrá *gasto nuevo* y su *cuantía* (D.12/12).

Sobre su necesidad, el Consejo ha declarado en 2012 que la Memoria económica *es precisa* en los siguientes casos: i) cuando de la norma se derivan *derechos y obligaciones de carácter económico*; ii) cuando se prevén *subvenciones* al sector regulado, aunque estas se instrumenten en una disposición distinta, especialmente cuando ambas se elaboraron en un mismo procedimiento del que luego se segregaron, pues por ese medio no puede obviarse la trascendencia económica que la primera tiene en relación con la segunda (D.18/12, reiterando la doctrina de D.23/07 y D.71/08); iii) cuando la norma proyecta-

da conlleva una liberalización de un sector económico que supone un aumento de operadores privados el cual conllevará *un incremento de los medios de control e inspección* de la Administración cuyo coste ha de ser determinado (D.30/12); iv) cuando la norma proyectada prevé un *cambio del modelo de gestión y financiación* de un sector antes sujeto a canon de concesión de servicio y luego a una autorización operativa sujeta a una tasa por la prestación del servicio de registro y control (D.30/12); v) cuando la medida propuesta conlleva *incremento de la carga de trabajo* de los puestos de trabajo existentes o debe justificarse que no la comporta (D.47/12); vi) cuando hay coste, aunque sea asumido por un organismo distinto del promotor de la norma (D.62/12); y vii) cuando el ahorro en formato papel causa un gasto nuevo en formato electrónico (D.62/12).

Sin embargo, el Consejo ha considerado en 2012 que la Memoria económica *no es precisa*: i) cuando la *norma tiene un carácter meramente regulador* de una actividad de terceros sin crear nuevos servicios ni modificar los existentes ni exigir otras reformas que conlleven gastos personales o materiales (D.63/12, que reitera la doctrina de D.23/10 y D. 35/10); ii) cuando se trata solo de introducir una nueva categoría susceptible de ser retribuida mediante precios públicos, pero sin determinar la cuantía de éstos (D.56/12); iii) cuando se trata de regular una materia, como los juegos y apuestas, cuyo posterior reglamento particularizado será el que precise una evaluación económica (D.63/12); iv) cuando el contenido económico de la norma proyectada no es gastar sino generar un ahorro económico reduciendo determinadas prestaciones económicas y complementos retributivos (D.65/12).

5. Borradores y Anteproyecto

Se ha ocupado, también en 2012, el Consejo Consultivo de los *Borradores* y del Anteproyecto previstos respectivamente en los arts. 34 y 35 de la Ley 4/05, si bien se ha limitado a señalar: i) que el Anteproyecto no puede existir mientras no se cumplan los trámites del art. 35 de la Ley 4/05 (D.40/12, D.60/12); y ii) que la declaración de formación del expediente de Anteproyecto debe ser anterior a los trámites de información pública y audiencia corporativa, pues los mismos han de referirse a un expediente formado (D.5/12, reiterando la doctrina de D.136/08).

6. Tabla de derogaciones y vigencias

Sobre este trámite, el Consejo ha declarado en 2012 que, cuando exista una múltiple regulación de una misma materia desde diversas perspectivas

o títulos competenciales (en el caso, las acampadas, que son objeto de regulaciones dispersas desde los títulos competenciales de juventud, sanidad, protección del patrimonio forestal, etc), el Anteproyecto debe justificar su propia normación y aclarar las vigencias y derogaciones (D.3/12).

7. Trámites de audiencia, audiencia corporativa e información pública

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado en 2012 su anterior doctrina, sentando que el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública, pues ambos trámites han sido distinguidos por la Ley 4/05, arts. 36 y 37 (D.3/12, D.5/12, D.22/12, D.23/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.58/12, D.60/12, D.65/12).

Concretamente, el citado art. 36 exige el trámite de audiencia a los interesados, directamente o a través de las entidades reconocidas por la ley, que los agrupen o representen, cuando lo exija una norma con rango de ley o disposición que afecte a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (D.24/12 y D.65/12). Por ello, el Consejo ha entendido en 2012 que hay que dar audiencia: i) a las *organizaciones agrarias* del sector afectado por una marca de garantía que se trata de regular (D.12/12); y ii) a la *Federación Riojana de Municipios*, en materia de *acampadas*, habida cuenta de que las mismas tienen lugar necesariamente en un término municipal (D.3/12). También ha precisado el Consejo que el ofrecimiento del trámite de audiencia debe constar en el expediente, sin que sirva para ello un correo electrónico del que no se haya dejado constancia en dicho expediente (D.18/12).

Ahora bien, el Consejo ha seguido en 2012 admitiendo que el trámite de audiencia *puede cumplirse consultando a órganos representativos* generales o sectoriales. En concreto, ha considerado incluidos en este segundo grupo a los siguientes órganos: i) el *Consejo de Servicios Sociales* (D.22/12); ii) la *Comisión Regional de Protección Civil* (D.32/12); iii) el *Colegio de Diplomados en Trabajo Social* (D.22/12); y iv) el *Consejo de Espectáculos Taurinos* (D.23/12).

No obstante, para que la intervención de estos órganos de participación y asesoramiento surta los efectos del trámite de audiencia, deben respetarse unas exigencias mínimas en evitación de diversas **corruptelas** que el Consejo viene advirtiendo en sus dictámenes.

Así, en 2012, ha reiterado, con el carácter de doctrina legal que debe ser observada en lo sucesivo (doctrina sentada en D.128/07, D.44/10, D.65/10,

D.73/10, D.14/11, D.15/11, D.22/11 y D.85/11), que el órgano de participación social debe informar en cuanto tal, ya que la ley que exige el informe ha querido que el órgano correspondiente sea precisamente el cauce institucional de integración de los pareceres de las diversas entidades de lo forman, plasmado en el informe preceptivo correspondiente (D.24/12). Por ello, el Consejo entiende que es rechazable la práctica de dar únicamente trámite de audiencia a todos y cada uno de los miembros de un órgano de participación social cuyo informe sea legalmente preceptivo. La razón estriba en que la intervención del órgano de participación social no puede limitarse a repartir entre sus entidades miembros el proyecto consultado para que estas aleguen lo que estimen oportuno, sino que debe emitir un informe fundado el mismo órgano consultado en cuanto tal y ello porque así lo ha establecido la ley sectorial correspondiente (D.24/12).

Además, el Consejo ha entendido en 2012 que la audiencia no es precisa: i) en proyectos de disposiciones que tengan por objeto exclusivo la regulación de los tributos ingresos de Derecho público *ex art.* 36.3. Ley 4/05 (D.43/12, D.52/12 y D.56/12); y ii) en proyectos de carácter predominantemente organizativo (D.31/12, D.62/12 y D.65/12).

8. Informes y dictámenes preceptivos, en especial el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.22/12, D.23/12, D.24/12, D.32/12, D.40/12, D.58/12, D.60/12 y D.63/12), añadiendo que la petición de informes preceptivos puede ser simultánea al sometimiento del Anteproyecto a los trámites de audiencia a los interesados, directamente o a través de las entidades que los representen (D.5/12).

En este ámbito, el Consejo se ha ocupado en 2012 de diversos informes: i) el **informe del Consejo Riojano de Servicios Sociales (CRSS)**, para precisar que la preceptividad del mismo en la Ley 2/09 se limita a las disposiciones generales en forma de Ley o Decreto, pero no de Orden de la Consejería competente (D.22/12); ii) el **informe de la Comisión del Juego**, que es facultativo *ex art.* 11 Ley 5/99 (D.63/12); iii) el informe de la **Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)** que ha seguido siendo preservado por el Consejo Consultivo con especial énfasis. En efecto, en 2012, el Consejo ha declarado que dicho informe jurídico tiene el carácter de preceptivo y último, aunque siempre anterior al dictamen del Consejo Consultivo (D.18/12, D.23/12 y D.30/12). La razón de que sea el último es dar ocasión a

que los Servicios Jurídicos conozcan y se pronuncien sobre las cuestiones jurídicas que hayan podido plantear otros órganos o entidades, evitando así tener que solicitarles un ulterior informe jurídico (D.12/12, D.18/12 y D.30/12). Por eso, el Consejo entiende que es una práctica nociva el impulso del expediente de suerte que se pidan simultáneamente los diversos informes y se impida la necesaria posterioridad del jurídico (D.30/12); y iv) el **dictamen del Consejo Económico y Social de la Rioja (CES)**, que, si bien es preceptivo, pero no vinculante, en materias económicas y sociales, una vez suspendido legalmente el funcionamiento del CES, no es posible ya solicitar su dictamen (D.56/12);

Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el **Consejo Consultivo** ha declarado que su dictamen es *preceptivo en disposiciones generales*, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (D.1/12, D.3/12, D.12/12, D.24/12, D.56/12 y D.62/12).

El Consejo ha precisado especialmente en 2012 que su dictamen es *preceptivo*: i) cuando el reglamento autonómico encuentra su cobertura en leyes estatales, aunque esta sea mínima y la materia haya sido tradicionalmente regulada por reglamentos independientes (D.30/12); ii) cuando el reglamento desarrolle otro que a su vez desarrolla una ley de cobertura común (D.12/12); iii) cuando se trate de reglamentos por los que se aprueban planes y la legislación de cobertura exija que éstos tengan contenido normativo vinculante para la Administración y los ciudadanos, pero limitando entonces el dictamen a advertir que debe tener dicho contenido el Plan que carezca del mismo por limitarse a estudios, propuestas o recomendaciones de carácter técnico, por muy valiosas que estas sean, pues el Plan tiene carácter jurídico-reglamentario cuando contiene normas jurídicas en cuya virtud la Administración se encuentra vinculada al dictar actos administrativos respecto a la materia planificada (D.14/12).

Una *preceptividad especial* existe en el caso de *disposiciones que afecten a la propia organización, competencia o funcionamiento del Consejo Consultivo*, tal y como han resaltado los D.39/12 y D.62/12, reiterando la doctrina de D.5/97, D.51/00, D.135/08 y D.71/11. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2012 lo siguiente: i) que esta preceptividad comprende, no solo propuestas de modificación de la Ley reguladora del Consejo sino de cualquier otra norma que afecte a las competencias del Consejo (D.71/11); ii) que dicha preceptividad comprende también a toda norma que pretenda alterar el régimen del personal del Consejo o las retribuciones de sus miembros (D.39/12); iii) que esta competencia especial es una clara expresión y garantía de los prin-

cipios de objetividad, independencia y autonomía que caracterizan a los Altos Órganos Consultivos y que, por tanto, debe ser entendida como exclusiva o privativa de los mismos, pues afecta a la autonomía orgánica y funcional del propio Consejo, asegurada por los arts 42, del Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR'99), y 1.1, de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo (D.39/12, que reitera la doctrina de D.5/97, D.51/00, D.135/08 y D.71/11); iv) que el contenido del dictamen en este caso se limita a cuanto afecta a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo, sin perjuicio de aludir también al grado de observancia del procedimiento de elaboración de la disposición general correspondiente (D.39/12, que reitera la doctrina del D.71/11); y v) que la preceptividad se limita en estos casos a las normas que afecten al Consejo, pues en el resto el dictamen es facultativo (D.39/12).

En cuanto a su *contenido*, el dictamen consultivo comprende, respecto al proyecto dictaminado, los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa, incluido el examen del ajuste de la norma proyectada al *bloque de la constitucionalidad* (D.1/12, D.3/12, D.12/12, D.18/12, D.24/12, D.43/12, D.52/12, D.56/12, D.63/12 y D.65/12).

Ahora bien, el dictamen del Consejo: i) no realiza observaciones de *legalidad* en proyectos eminentemente técnicos (D.12/12); y ii) no comprende cuestiones de *oportunidad* si no han sido solicitadas (D.3/12, D.22/12, D.23/12, D.24/12, D.31/12, D.40/12, D.60/12 y D.65/12), pues existe una imposibilidad de pronunciamiento de conveniencia por parte del Consejo Consultivo cuando no se le ha requerido para lo formule. En este sentido, el Consejo ha declarado en 2012: i) que esa imposibilidad se mantiene incluso cuando el CES se haya pronunciado previamente en el procedimiento sobre cuestiones de oportunidad y ello, pese a la consideración y respeto que al Consejo Consultivo merecen las opiniones formuladas en contra del proyecto por un órgano de participación social como el CES en un caso de rebaja de prestaciones sociales de inserción (D.24/12); y ii) que es cuestión de oportunidad la decisión organizativa sobre si deben o no mantenerse las Comisiones internas de un órgano de participación social (D.32/12).

Además, ha recordado el Consejo que los borradores y proyectos no deben contener la expresión *conforme* con u *oído* el Consejo Consultivo cuando ni siquiera ha sido solicitado su dictamen, o este aun no se ha emitido y, por tanto, no puede conocerse cuál va ser su sentido, o cuál va a ser la decisión del Consejo de Gobierno a la vista del dictamen que se le remita (D.30/12).

9. Especialidades del procedimiento de elaboración de Anteproyectos de ley

La consulta sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del sector público de la CAR ha dado lugar a que el Consejo Consultivo, en su D. 39/12, reitere las especialidades del procedimiento de elaboración de disposiciones generales cuando estas tienen rango de Ley

Comienza el D.39/12 recordando que, como se afirmó en D.108/08 y D.46/09, estas especialidades se regulan en la Ley 8/03, de 28 de octubre, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros, art. 45, relativo a la iniciativa legislativa del Gobierno, para seguidamente afirmar que este procedimiento constituye una garantía de acierto en la elaboración de la Ley, al tiempo que presta una mayor certeza jurídica a los ciudadanos.

El procedimiento de elaboración de los Proyectos de Ley se *iniciará* por el titular de la Consejería competente, mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que incluirá una Exposición de Motivos e irá acompañada por una *Memoria* que deberá expresar previamente el marco normativo en que se inserta, justificar la oportunidad de la norma y la adecuación de las medidas propuestas a los fines que se persiguen, haciendo referencia a las consultas facultativas efectuadas y otros datos de interés para conocer el proceso de elaboración del proyecto (D.39/12).

Se adjuntará, en su caso, un *estudio económico* de la norma, con especial referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere; o de las modificaciones propuestas; relación de disposiciones afectadas y tabla de vigencias, en la que deberá hacerse referencia expresa de las que deben quedar total o parcialmente derogadas. En todo caso, y sin perjuicio de otros informes preceptivos, los Anteproyectos de ley deberán ser informados por la Dirección General de los Servicios Jurídicos y por la Secretaria General Técnica que inició el expediente (D.39/12).

Un *informe inicial* de la Secretaria General Técnica, aunque no se denomine Memoria justificativa, puede suplir a esta si cumple los requisitos de la misma, al hacer referencia a los antecedentes de la norma y al marco normativo en que se inserta, su justificación, objetivos, estructura, análisis económico, aspectos relativos a su aplicación, trámites de audiencia corporativa e información pública, e informes preceptivos (D.39/12).

La *Memoria justificativa* supone la elaboración de dos Memorias: una, inicial y, otra, final; o, si se quiere, una única Memoria con dos partes diferenciadas: la inicial, justificativa de la nueva norma; y la final, que debe recoger todo el *iter* procedimental seguido, así como las consultas efectuadas que permitan comprender el texto definitivo. Para cumplir con esa exigencia, una vez emitidos los informes pertinentes, deberá elaborarse una Memoria final incorporando a la misma una descripción del procedimiento de elaboración de la norma, así como la explicación de las razones por virtud de las cuales se haya optado por incorporar ciertas modificaciones parciales al texto del Anteproyecto y por rechazar otras con base en los distintos informes emitidos (D.39/12, que reitera la doctrina del D.32/02).

Por lo demás, el D.39/12, señala: i) que el informe jurídico debe ser posterior a los demás; ii) que el trámite de audiencia corporativa no es preceptivo (lo que ha habido sido apuntado en el D.46/09); iii) que, si bien no es absolutamente necesario que en el expediente figuren todos los borradores, es preciso que quede incorporado el borrador inicial, amen del final, en el que se hayan recogido las observaciones formuladas; y iv) que el contenido del dictamen del Consejo Consultivo, que por lo general es facultativo, se limita al *juicio de constitucionalidad y estatutoriedad*, como ya había precisado el Consejo en D.37/04, D.108/08 y D.46/09.

III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA

En 2012, ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

1. Parte expositiva

El Consejo ha efectuado en 2012 los siguientes pronunciamientos sobre la parte expositiva de las disposiciones generales: i) que la misma debe indicar los *títulos competenciales* que amparan la norma que se dicta, con cita de los preceptos estatutarios que confieren la competencia, sin perjuicio de mencionar también la normativa estatal en cuyo marco se ejerce o que se desarrolla (D.3/12, D.18/12 y D.47/12, reiterando la doctrina contenida en D.11/05, D.72/06, D.17/07, D.27/07; D.44/09, D.6/10, D.65/10, D.78/10, D.12/11 y D.20/11); ii) que no es propio de las normas autonómicas dedicar una Disposición Final a indicar los títulos competenciales que la amparan, lo

cual debe hacerse en la parte expositiva de la norma; sin copiar en esto al Estado, el cual, en caso de dictar legislación básica, debe expresar, en una Disposición Final, cuáles son los títulos competenciales que la amparan (D.47/12, que reitera la doctrina del D.22/11); iii) que debe indicar la *cobertura legal* del reglamento (D.12/12, que reitera la doctrina de D.69/06; D.27/07, D.39/10 y D.65/10); iv) que debe indicar la Ley de *cobertura* común cuando se trate de un reglamento que desarrolla otro (D.12/12); y v) que debe citar la STC que declare nula una norma legal anterior, cuando ello explica la nueva regulación que se pretende (D.30/12).

3. Título

Sobre el *título* de las disposiciones generales, el Consejo ha declarado en 2012 que el título debe corresponder al contenido de la disposición y ser coherente con el mismo (D.31/12 que reitera la doctrina señalada en D.11/07, D.17/07; D.76/09, D.39/10 y D.52/10).

4. Articulado

Respecto al *articulado*, el Consejo se ha centrado en 2012 en orientaciones sobre su numeración, indicando que deben ser numerados los apartados de los preceptos, tanto en el articulado y Disposiciones Adicionales, etc., como en los Anexos, por motivos de claridad, seguridad jurídica y para facilitar su cita, así como el exacto cumplimiento de los requisitos que establezcan (D.62/12, que reitera la doctrina de D.2/05, D.68/06, D.69/06, D.98/07, D.3/09, D.101/10 y D.22/11).

5. Lógica jurídica

El Consejo Consultivo se ha centrado en 2012 en las *incoherencias*, señalando: i) que deben evitarse las mismas, como, en una misma disposición, prohibir un calendario preceptivo o permitir el uso de un producto prohibido (D.12/12); y ii) que debe evitarse la incoherencia de exigir enviar electrónicamente dos copias en formato papel del mismo expediente (D.62/12).

6. Terminología jurídica

El Consejo Consultivo ha seguido preocupándose en 2012 por el adecuado empleo de la terminología jurídica precisa y así ha declarado: i) que no deben crearse preceptos carentes de *contenido normativo* o que no supongan avance normativo alguno respecto a lo que ya estaba establecido (D.62/12); ii)

que no debe emplearse la expresión de ser *normativa básica* las normas reglamentarias de desarrollo cuando solo se quiere expresar que estas son importantes o reguladoras de la materia (D.18/12); iii) que no debe emplearse una *expresión genérica* e indeterminada como «contar con servicio veterinario», cuando debe concretarse empleando una *expresión específica*, como «contar con uno, dos u otro número concreto de veterinarios, en régimen o no de dedicación exclusiva» (D.18/12); iv) que no debe emplearse, por motivos competenciales, la expresión *legislación general* para referirse a la *estatal*, aunque puede admitirse la expresión *estatal general* (D.30/12); v) que no debe emplearse, para referirse a una autorización la expresión «conceder», sino la expresión «otorgar», para no confundir autorizaciones y concesiones administrativas (D.30/12 y D.47/12); vi) que no debe emplearse la expresión «podrá otorgarse» sino la expresión «se otorgará», para referirse al otorgamiento de una autorización administrativa reglada (D.30/12); vii) que no deben ser confundidos, en una autorización administrativa reglada, los requisitos *de la solicitud* con los *del otorgamiento*, es decir, los requisitos formales exigidos para solicitarla, con requisitos materiales exigidos para otorgarla (D.30/12); viii) que no deben ser confundidos los requisitos exigidos para la instalación de una actividad, con los requisitos exigidos para su funcionamiento (D.30/12); ix) que no debe sujetarse a plazo, en una relación jurídica de autorización administrativa reglada, la notificación de variaciones de condiciones o requisitos que puedan ser imprevisibles (D.30/12); x) que no debe ser empleada la expresión «conocer de las solicitudes» para referirse a la competencia administrativa para «otorgar las autorizaciones» (D.30/12); xi) que no deben ser empleadas, para referirse a autorizaciones administrativas regladas, las expresiones *vigencia* o *pérdida de vigencia*, sino las expresiones *eficacia*, o *pérdida de eficacia*, ya que no se trata de disposiciones normativas sino de actos administrativos (D.30/12); xii) que no debe ser confundida, en una actividad sujeta a autorización administrativa reglada, la acreditación negativa que la actividad autorizada merezca a una entidad privada de certificación con las consecuencias que esa circunstancia pueda producir en orden a una posible suspensión o revocación ulterior de la autorización administrativa (D.30/12); xiii) que, cuando, en una autorización reglada, se exija la intervención de una entidad privada de acreditación y certificación, si esta es negativa, no deben ser empleadas para calificarla categorías administrativas, como suspensión o revocación (y menos, aun la vulgar «de retirada»), que solo son propias de la actividad administrativa sobre la autorización a la vista de la certificación negativa emitida por la entidad privada de acreditación (D.30/12); xiv) que no deben ser confundidos *entes* y *órganos*, los *órganos* son instrumentos de acción de los entes puesto que éstos actúan por medio de sus propios *órganos* (D.62/12); y xv) que no deben ser confundidas *validez* y *eficacia* (D.62/12)

7. Precisiones léxicas y gramaticales

En 2012, el Consejo Consultivo ha efectuado en sus dictámenes las siguientes precisiones de carácter léxico o gramatical: i) que deben ser eliminadas las expresiones *os/as*, por ser impropias de un texto legal (D.18/12, que reitera lo señalado en D.33/07); ii) que debe ser eliminada la expresión *el/los*, por ser impropias de un texto jurídico y por la inseguridad que provoca respecto al número exigible (D.18/12); y iii) que deben ser evitadas las referencias a la denominación comercial de aplicaciones informáticas concretas, las cuales solo deben ser hechas en una Orden o Resolución posterior (D.62/12).

8. Relaciones inter-normativas

La técnica normativa es peculiarmente relevante cuando se proyecta sobre las complejas relaciones inter-normativas, tan frecuentes en un Estado compuesto como el autonómico. El Consejo, siempre preocupado por la seguridad jurídica en esta materia, ha sentado en 2012 la siguiente doctrina:

A) Ámbito material: carácter completo de la norma (complitud)

A este respecto, el Consejo ha señalado lo siguiente: i) que cuando exista una múltiple regulación de una misma materia desde diversas perspectivas o títulos competenciales (en el caso, las acampadas, que son objeto de normaciones dispersas desde los títulos competenciales de juventud, sanidad, protección del patrimonio forestal, etc), el Anteproyecto debe justificar su propia normación y aclarar las vigencias y derogaciones (D.3/12); ii) que debe ser determinado el ámbito concreto de los responsables subsidiarios en cada actuación regulada, pues no es admisible considerar tales genéricamente a todas las personas incluidas en el ámbito material del Reglamento, en el caso, las acampadas juveniles (D.3/12); y iii) que deben ser determinados con claridad y seguridad jurídica en el texto de la disposición los distintos requisitos formales y materiales, tanto de la solicitud de una autorización administrativa reglada, como los exigidos para el otorgamiento de la misma, sin construirlos o ubicarlos en el texto de tal manera que, de hecho, conviertan un modelo autorizatorio abierto en uno cerrado o limitado (D.30/12).

B) Modificación de preceptos

El Consejo ha declarado en 2012 que, cuando se trata de modificaciones muy extensas, es conveniente seguir la regla 54 i) de las Directrices de técni-

ca normativa y dictar una norma completa de sustitución, aunque esto debe ser valorado si la modificación afecta a pocos preceptos (D.63/12).

C) Desplazamiento normativo

El Consejo Consultivo ha señalado en 2012 a este respecto: i) que no hay relación de jerarquía o supraordenación entre las normas estatales y las regionales; y a la inversa, puesto que las mismas se relacionan de acuerdo con el *principio de competencia*, de manera que una nueva norma proyectada en modo alguno puede «afectar» (y nunca «derogar») a las normas estatales; sino, exclusivamente, si se mantiene en el ámbito de la competencia regional, «desplazarlas», mientras que las normas estatales seguirán siendo, en todo caso, normas supletorias de las regionales que puedan ser aprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.3 CE (D.30/12); y ii) que la alteración de la legislación estatal básica produce el desplazamiento de la normativa autonómica de desarrollo que era conforme con la legislación estatal básica anterior y haya devenido disconforme con la nueva, pero tal desplazamiento no se produce en cuanto dicha normativa de desarrollo resulte materialmente conforme con la nueva normativa estatal básica o pueda ser interpretada y aplicada de conformidad con esta (D.18/12).

D) Multiplicidad normativa

Ha señalado el Consejo en 2012 que, cuando exista una múltiple regulación de una misma materia desde diversas perspectivas o títulos competenciales (en el caso, las acampadas, que son objeto de normaciones dispersas desde los títulos competenciales de juventud, sanidad, protección del patrimonio forestal, etc), el Anteproyecto debe justificar su propia normación y aclarar las vigencias y derogaciones (D.3/12).

E) Omisiones

Ha advertido en Consejo en 2012 que, en una norma reglamentaria autonómica sobre un procedimiento administrativo, no debe ser omitido un trámite exigido por la normativa estatal (D.31/12).

F) Contradicciones y antinomias

Estos defectos, ha señalado el Consejo en 2012 que deben ser evitados en el seno de un mismo texto normativo e incluso evitar su apariencia, mediante las correspondientes explicaciones (D.30/12).

G) Reproducción de preceptos: la técnica de la lex repetita

Ha seguido en 2012 el Consejo Consultivo ocupándose de esta cuestión, al señalar que, en principio, la técnica de repetir en la norma autonómica la legislación estatal es discutible, por innecesaria, y solo se justifica cuando así se salva la competencia estatal y se facilita la aplicación del ordenamiento jurídico, evitando continuas remisiones a normas estatales (D.62/12). Por eso, la expresión de que una disposición general constituye normativa básica debe ser evitada en las normas autonómicas reglamentarias de desarrollo de la legislación estatal, cuando solo se quiere expresar que son importantes o reguladoras de la materia en el ámbito autonómico (D.18/12).

H) Remisiones

Ha insistido el Consejo en 2012 en que las remisiones normativas deben ser precisas, con cita, en su caso, del párrafo y apartado correspondiente, con su numeración o letra (D.3/12, que reitera la doctrina de D.68/06, D.3/09 y D.73/10).

I) Indicaciones informativas

Estima el Consejo que deben ser evitadas en disposiciones reglamentarias indicaciones tales como direcciones postales, páginas de internet, etc., ya que su cambio obligaría a modificar el reglamento y son más propias de otras disposiciones, como las órdenes de convocatoria (D.62/12, que reitera la doctrina sentada en D.23/07, D.27/07, D.98/07, D.127/07; D.40/09, D.96/09 y D.65/10).

J) Inclusiones

Señala el Consejo que debe ser evitada la repetición de los órganos ya incluidos en el precepto de que se trate (D.62/12).

9. Disposiciones Transitorias

Sobre los preceptos de carácter transitorio, declara el Consejo en 2012 que los plazos de adaptación establecidos por normas estatales básicas que hayan fenecido no pueden ser rehabilitados por disposiciones transitorias de la normativa autonómica de desarrollo, las cuales deben señalar otros distintos para la adaptación a la misma, sin hacer referencia a los primeros ya fenecidos, pues ello implicaría lesión de las bases e inseguridad jurídica (D.18/12).

10. Anexos

Sobre los Anexos que acompañan a algunas disposiciones generales, ha declarado en 2012 el Consejo que, por motivos de claridad y seguridad jurídica en el tratamiento de los requisitos exigidos, los Anexos no deben contener ni confundir los requisitos formales de la solicitud y los requisitos materiales exigidos para otorgar una autorización reglada, pues ambos tipos de requisitos deben ser objeto de una regulación sistemática en el texto de la disposición (D.30/12).

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En 2012, el Consejo Consultivo ha emitido cuatro Dictámenes en materia de contratación administrativa (D.7/12, D.9/12, D.37/12 y D.45/12), todos ellos relativos a resolución de contratos por incumplimiento imputado al contratista, siendo el dictamen consultivo en tales casos preceptivo *ex arts.* 197, del la Ley 30/2007 (LCSP); 109.1, del R.D. 1098/2001 (RCAP); 11, de la Ley 3/2001, del Consejo Consultivo de La Rioja (LCCR); y 12, de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002 (RCCR), al haber optado la Administración contratante por resolver el contrato y mediar oposición del contratista. El primero se refiere a la resolución de un contrato de gestión de servicio público, y los demás a contratos de obras

Pues bien, esta cuádruple intervención preceptiva ha permitido al Consejo formular en 2012 una relevante doctrina sobre los siguientes aspectos del ejercicio de la potestad administrativa de contratación.

1. Régimen jurídico aplicable

El Consejo ha reiterado, en D.45/12 la aplicación, *ex* DT 1.2 TRLCSP y por razón de la fecha de adjudicación del contrato en 14 de junio de 2010, de: i) la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (LCSP), sin tener en cuenta las modificaciones operadas en la misma por las Leyes 34/2010, de 5 de agosto, y 2/2001, de 4 de marzo, ni tampoco el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, vigente solo desde 16-12-2011 (ya que, *ex* su DF Única, entró en vigor al mes de su publicación en el BOE que tuvo lugar el 16-11-2011); y ii) en cuanto no se oponga a la misma, del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el

Reglamento General (RCAP) de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), cuyo TR fue aprobado por RDLeg 2/2000, de 16 de junio. En suma, el Consejo sigue la doctrina sentada en D.35/11 y D.36/11 en el sentido de aplicar la legislación correspondiente a la fecha de adjudicación y disculpa como explicables las frecuentes equivocaciones en la cita de los preceptos aplicables, habida cuenta de las muchas modificaciones legislativas habidas en la materia (D.37/12 y D.45/12).

Por otra parte, la señalado el Consejo, en su D.9/12, que no es un contrato privado de compraventa de inmuebles patrimoniales, excluido de la LCSP (cfr. art. 4.1.p LCAP), sino un *contrato administrativo especial* del art. 5.2 LCSP (distinto a los típicos o nominados del art. 5.1 LCSP), el celebrado por un Ayuntamiento para la enajenación de parcelas incluidas en el Patrimonio Municipal del Suelo, con destino a la edificación en ellas de VPO destinadas a beneficiarios de un Plan autonómico de vivienda, cuando así lo aceptó expresamente la empresa contratista, participando libremente en el concurso de adjudicación y asumiendo en el contrato posteriormente formalizado, tanto el Pliego de condiciones como la legislación de contratos del sector público, de acuerdo con la libertad de pactos reconocida por el art. 25 LCSP.

2. Capacidad

El Consejo se ha mostrado cauto en la aplicación de la prohibición legal de contratar del art. 20 e) LCAP, declarando: i) que debe ser moderada su aplicación a pequeños municipios, pues su exigencia estricta haría inviable el funcionamiento y prestación de ciertos servicios y otras prestaciones, al tratarse de reducidas comunidades de convivencia, en las que no siempre es posible acudir a la prestación por terceros (D.2/12); y ii) que, por el mismo motivo, la circunstancia de devenir Alcalde el concesionario de un servicio municipal supone un caso de prohibición de contratar sobrevenida que no es invalidante, si la irregularidad ha cesado en el momento de acometer su eventual revisión, máxime si el afectado se ausentó en su día de la sesión cuando el Pleno municipal iba a tratar el punto correspondiente del orden del día (D.2/12).

3. Perfección

El D.9/12 recuerda que, antes de la reforma operada en el art. 27.1 LCSP por la Ley 34/10 (que incorpora la Directiva CE 66/07), nuestra tradición legislativa era que los contratos administrativos se perfeccionaban en el momento de su adjudicación definitiva (cfr. art. 53 LCAP), por lo que la falta

de formalización imputable al contratista determinaba la resolución con incautación de la fianza provisional *ex* arts. 54.3 LCAP y 140.4 LCSP. Pero, tras la expresada reforma, como señala la E.M. de la citada Ley 34/10, se ha refundido «*en un solo acto la adjudicación provisional y definitiva, haciendo coincidir la perfección del contrato con la formalización del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso*». Por esa razón, dispone ahora el nuevo art. 27.1 LCSP (RDLeg. 3/2011), que «*los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización*».

En consecuencia, el D.9/12 concluye que los contratos cuya adjudicación definitiva se produjo antes de la entrada en vigor de la reiterada reforma se rigen por la legislación anterior y, por tanto, se consideran perfeccionados y válidos desde el momento de su adjudicación definitiva, aunque aun no hubieran sido formalizados.

Por otra parte, es intrascendente la alegada baja temeraria cuando (*ex* arts. 136 LCSP y 85 RCAP) se admiten ofertas con distintas variantes y la adjudicación no atiende exclusivamente al precio ofertado (D.45/12).

4. Ejecución

A) Normas reguladoras

El D.7/12 alude a la determinación de las fuentes en el art. 94 LCAP.

B) Plazos y prórrogas

El Consejo ha señalado en D.45/12 (que reitera la doctrina del D.35/11) que el contrato de obras es un *negocio fijo* en el que el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica *ipso iure* la calificación de incumplimiento a causa de este, según Dictámenes del Consejo de Estado de 26-10-67 y 13-1-83, *sin necesidad de interpelación o intimación* previa por parte de la Administración contratante, salvo que el retraso no se haya producido por causas imputables al contratista (cfr. art. 196.3 LCSP).

Ahora bien, el acto administrativo por el que la Administración contratante añade una *cláusula de prórroga automática* de la duración del contrato no es nulo de pleno derecho por infracción del art. 157 LCAP, ya que es una manifestación del *ius variandi* que asiste a la Administración, sobre todo cuando, en una interpretación integrada y sistemática de dicha cláusula, se aprecia que dicha Administración se reservó el derecho de denunciar el con-

trato en cada posible prórroga simplemente preavisándolo al contratista con 6 meses de antelación (D.2/12).

Esto dicho, la inactividad municipal, que consiente la continuación de las obras y el pago de certificaciones una vez transcurrido el plazo contractual, debe ser calificada de *prórroga tácita* y, por más que constituya una irregularidad que genera inseguridad jurídica, no puede ser entendida por el contratista como un desistimiento o suspensión de la obra por parte de la Administración (D.45/12).

Tampoco deben ser confundidas las prórrogas contractuales que solicite el contratista y conceda la Administración contratante con las prórrogas que esta última solicite al Estado para justificar la conclusión de las obras con vistas a obtener una subvención para financiarlas; por eso y aunque estén relacionadas, las prórrogas concedidas por la Administración estatal subvencionante no implican necesariamente prórrogas contractuales, las cuales deben ser notificadas expresamente al contratista (D.45/12).

**C) Prerrogativas administrativas:
*interpretaciones ejecutivas y órdenes de ejecución***

La Administración contratante, que, además, es *dominus operis*, no debe consentir el retraso en la ejecución de las obras cuando se presenten discrepancias con el contratista, pues ello implica hacer dejación de las potestades que la legislación contractual le confiere en interés público para, en el momento adecuado y no con retraso, imponer una interpretación ejecutiva del contrato y dar las órdenes de ejecución pertinentes (D.45/12, que reitera la doctrina sentada en D.35/11 y D.36/11).

Ahora bien, la Administración contratante ha de emplear con diligencia las expeditivas prerrogativas de las que está investida por la legislación contractual como manifestación de la autotutela administrativa para la preservación del interés público (interpretación ejecutiva, facultades de prórroga, imposición de penalidades, etc), sin que sea admisible que su falta de ejercicio contribuya al fracaso de la relación contractual (D.45/12).

D) Recepción

En caso de obras de urbanización, el D.53/12 entiende que el acta de recepción incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incor-

poradas al patrimonio municipal, con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (*ex art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto –RGU–, de aplicación supletoria en La Rioja, ex art. 149.3 CE*).

5. Modificación

A) Naturaleza

Parte el Consejo Consultivo de la doctrina de la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi* de la Administración (*ex arts. 59, 101 y 146 LCAP*), formulada en anteriores dictámenes (D.5/06, D.86/06, D.14/07 y D.147/08), frente al criterio general de inalterabilidad contractual o principio *ne varietur*, debido al menoscabo que implica del criterio de concurrencia competitiva. Y así, en D.2/12, entiende el Consejo que el *ius variandi* se manifiesta siempre como una potestad de ejercicio unilateral y, como tal, no precisa del consentimiento del contratista, por ello el art. 59.2 LCAP dispone que los acuerdos de modificación son inmediatamente ejecutivos y ponen fin a la vía administrativa.

Esto dicho, el Consejo se ha preocupado, en el D.2/12, de distinguir el *ius variandi* de figuras afines, señalando que la potestad administrativa de modificación contractual debe ser distinguida de la *revisión de oficio*, ya que esta no procede cuando su efecto puede conseguirse simplemente modificando el contrato.

B) Requisitos

En cuanto a las *condiciones iuris* precisas para el ejercicio del *ius variandi*, el Consejo, reiterando la doctrina sentada en D.5/06 y D.86/06, ha señalado, en su D.2/12, que la potestad de modificación contractual debe ser ejercitada de forma no arbitraria, sino objetiva y reglada, y debiendo concurrir los siguientes requisitos: **i)** un previo *expediente contradictorio* en el que se de *audiencia al contratista ex art. 59.3 LCAP* (aunque la misma no es precisa si la modificación de produce a propuesta de este), recaiga informe el Servicio Jurídico correspondiente *ex art 59.2 LACP*, y la modificación se formalice conforme al art. 54 LACP; **ii)** una justificación motivada de la modificación propuesta y de la existencia de razones de interés público para ella, fundadas en el advenimiento de *nuevas necesidades* o *causas imprevisibles* al contratar *ex art. 101.1 LCAP*; **iii)** la adecuación y proporcionalidad de la solución adoptada, que no puede implicar alteración del objeto del contrato, sino solo aspectos parciales del mismo; **iv)** una justificación motivada de la renuncia a optar por la resolución *ex arts. 112.2 y 149 e) LCAP*, basada en ser más beneficiosos para

el interés público los precios aceptados por el contratista que los posiblemente resultantes de una nueva concurrencia de ofertas, descontando los perjuicios para dicho interés público del retraso que conlleve su convocatoria; y v) una justificación de la improcedencia de una nueva licitación [en modificaciones que, según el art. 101.2 y b) LCAP, aislada o conjuntamente, sean iguales o superiores al 10% del precio inicial del contrato y este fuere igual o superior a mil millones de pts.], sin necesidad de tramitar el procedimiento negociado sin publicidad, [que está pensado tanto para las obras complementarias *ex art. 141,d) LCAP*, como para los modificados, cuyas unidades de obra no estén previstas en el proyecto y el contratista no haya aceptado los precios contradictorios fijados por la Administración, en cuyo caso puede adjudicarlo a otro empresario, siempre que no rebase el citado 20% pts.]; si bien esta justificación puede ser escueta, siempre que sea razonable y suficiente.

6. Cesión del contrato y cesión de pagos contractuales

En esta materia, el Consejo ha dedicado su D.7/12 a la distinción entre cesión del contrato y cesión del derecho al cobro de las prestaciones contractuales, señalando: i) que es posible una cesión de créditos, por contrato de *factoring*, a favor de una entidad bancaria que presuntamente ha descontado a favor del contratista las facturas en cuyo pago se ha retrasado la Administración; y ii) que es ajustado a Derecho, *ex art. 1176,2 Cc*, el pago de la Administración por consignación judicial, ante la incertidumbre sobre la prelación existente entre diversos acreedores cesionarios que reclaman el pago de los créditos debidos por dicha Administración al contratista cedente.

7. Resolución

A) *Concepto*

Señala el Consejo en su D.37/12: i) que la resolución de los contratos administrativos es una prerrogativa de la Administración contratante, cuando concurra alguno de los supuestos de resolución establecidos en la legislación aplicable en la fecha de adjudicación del contrato; y ii) que, para la determinación de la causa de resolución, debe citarse correctamente el número y letra del precepto de la legislación contractual correspondiente, teniendo en cuenta el corrimiento de numeración u ordenación de las mismas que haya podido ser determinado por modificaciones legislativas.

B) *Causas*

a) Por incumplimiento imputable al contratista

a') Casos en que procede

En 2012, el Consejo Consultivo ha estimado que concurre esta causa de resolución contractual en los siguientes casos:

- D.7/12 (resolución de un contrato administrativo de gestión por concesión del servicio público de un Centro de día de personas mayores, por incumplimiento del contratista consistente en impagos de nóminas a su personal, de cuotas a la Seguridad Social y de facturas a algún proveedor. El Consejo dictaminó por mayoría, con un voto particular, que procedía la resolución por tratarse de incumplimientos esenciales recogidos como obligaciones del contratista en los documentos contractuales y revelar los mismos una situación de insolvencia del contratista que repercute, con alarma social, en la correcta prestación del servicio y puede conducir al concurso de acreedores, si bien expone otras posibles alternativas a la Administración, como el rescate, la intervención o la mera policía del servicio. El voto particular entendió que no procede la resolución por referirse los incumplimientos a obligaciones del contratista con terceros y no directamente con la Administración contratante.
- D.9/12 (resolución de un contrato administrativo especial de enajenación por un Ayuntamiento de parcelas incluidas en el Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción en ellas de VPO en régimen general y su posterior enajenación a beneficiarios incluidos en el Plan de Vivienda de La Rioja 2009-2013, siendo la causa de resolverlo el incumplimiento por la empresa adjudicataria del pago del precio de las parcelas, que no se hizo efectivo en el plazo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el de prórroga otorgada por la Administración contratante.
- D.37/12 (resolución de un contrato administrativo de obras de urbanización de una calle municipal por haber abandonado el contratista las obras, no haberlas concluido dentro del plazo máximo establecido y haber irrogado a la Administración municipal contratante los daños y perjuicios inherentes al sobrecoste correspondiente a la contratación de otra empresa que las termine).
- D.45/12 (resolución de un contrato municipal de obras de pavimentación por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, habiéndolas paralizado el contratista al no aceptar los precios incluidos en el pro-

yecto modificado presentado por la Dirección de obras para incluir los costes derivados de la aparición en el subsuelo de unas conducciones de gas dudosamente contempladas en el Proyecto originario, y exigir el contratista unos precios mayores que, al exceder los cubiertos por la subvención estatal, serían a cargo del Ayuntamiento).

b') Requisitos del incumplimiento

El Consejo ha insistido en 2012 en el requisito de la *trascendencia o esencialidad del incumplimiento imputado al contratista* para que dicho incumplimiento pueda ser reputado causa de resolución contractual. Esta doctrina, que ya había sido formulada en D.59/07, D.122/07; D.122/08; D.61/09, D.80/09 y D.72/11, ha sido ratificada en D.7/12.

Concretamente, el Consejo ha efectuado en 2012 las siguientes declaraciones sobre este particular: **i)** que es esencial el pago del precio del contrato en el plazo previsto en el Pliego, de manera que el vencimiento de los plazos establecidos implica, automáticamente y sin necesidad de interpelación previa, su incumplimiento (D.9/12); **ii)** que son esenciales, por conexión, otros incumplimientos derivados o consecuencia del impago del precio, como (en un contrato de enajenación de parcelas para edificación) la no solicitud en plazo de la licencia de obras para edificar las parcelas o la inedificación de las mismas en el plazo previsto para ello, obligaciones que también deben considerarse esenciales en el contrato (D.9/12); **iii)** que es indiferente si el impago del precio en plazo se produjo por falta de financiación con recursos propios o ajenos, por ejemplo, por no concesión de créditos esperados (D.9/12); y **iv)** que es indiferente si el impago del precio en plazo (en un contrato de enajenación de parcelas para edificación) se produjo por incumplimiento de obligaciones urbanísticas previas por parte del Ayuntamiento (concretamente al no obtener el contratista financiación de entidades de crédito como consecuencia de la falta de aprobación municipal del Proyecto de urbanización por el sistema de cooperación, en cuyo desarrollo y ejecución las parcelas, que ya habían sido objeto de un Proyecto de reparcelación aprobado y publicado, adquirirían la condición de solar y harían factible la acción empresarial encaminada a la edificación de las parcelas), pues, al ser suelo urbano no consolidado del art. 42 a) LOTUR, con independencia del sistema de actuación que se siga, los costes de urbanización son contractualmente del Ayuntamiento y la concesión de licencias es posible *ex art. 44.1,2 LOTUR*, cuando se asegure con garantías reglamentarias o, en su defecto las establecidas en el art. 41 RGU (RD 3288/78) la edificación simultánea a la urbanización (D.9/12).

Además, el Consejo ha advertido: i) que es precisa una ponderación de la importancia de los plazos prefijados (D.9/12, que reproduce la doctrina sentada en D.59/07); y ii) que también debe ser tenida en cuenta la medida con la que la Administración contratante ha empleado sus prerrogativas de resolución, p.e. confiriendo prórrogas para efectuar el pago (D.9/12).

Como requisito adicional negativo, el Consejo ha señalado en 2012 que la resolución contractual requiere que sean improcedentes otras medidas, tales como prórrogas, órdenes de ejecución o penalizaciones por retraso (que, como ha declarado la STS 6-3-97, no son manifestación de la potestad sancionadora, sino una modalidad de la autotutela administrativa en materia de dirección, inspección y control del contrato, consistente en medios coercitivos de estímulo al cumplimiento, de contenido reglado, aunque impuestos discrecionalmente por la Administración en aras del interés público), pues tales medidas implican, en su caso, una prórroga implícita y revelan que la Administración no ha optado por la resolución del contrato (D.37/12, que reitera la doctrina sentada en D.122/08 y D.35/11).

Finalmente, el Consejo ha reseñado en su D.45/12: i) la intrascendencia de los alegados defectos, inadecuaciones o insuficiencias del Proyecto original o del modificado propuesto por la Dirección de obra que no sean debidamente probados por el contratista mediante un informe técnico *ad hoc*; ii) la intrascendencia de la alegada falta de determinación de la Dirección de la obra, ya que las prerrogativas contractuales de ejecución e interpretación forzosa de las discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato corresponden al órgano de contratación, que no puede desentenderse de la ejecución del contrato; y iii) la intrascendencia de la alegada temeridad de la oferta cuando esta comprendía variantes y la adjudicación no tuvo en cuenta solo el precio ofertado.

b) Por mutuo acuerdo

Ha señalado el Consejo en su D. 9/12, reiterando la doctrina de D.31/09, que no procede la resolución por mutuo acuerdo, *ex art* 207.4 LCSP, si concurre otra causa de resolución imputable al contratista.

c) Por secuestro o rescate del servicio:

su distinción con la intervención y la policía del servicio

El D.7/12 reconoce que la Administración, ante un incumplimiento del contratista, puede optar, valorando las circunstancias del mismo, por la reso-

lución o, en su caso, por la intervención, el rescate o las órdenes de policía. Pero, esto dicho, el citado D.7/12 advierte las diferencias entre *intervención*, *rescate* y *policía del servicio*, señalando que la *intervención* no extingue el contrato, sino que solo sujeta al contratista a las órdenes de ejecución del funcionario designado por la Administración como interventor de la contrata y a indemnizar a la Administración interventora los daños y perjuicios causados; pero el *rescate* es una expropiación virtual que extingue el contrato y obliga a la Administración a indemnizar al contratista los daños y perjuicios causados; mientras que la *policía del servicio* es una mera potestad de la Administración contratante para vigilar la correcta ejecución del contrato, con posibilidad de dar eventuales órdenes ejecutivas al contratista.

C) Procedimiento para resolver

a) Caducidad del procedimiento

Señala el D.9/12, reiterando la doctrina entada en D.89/09, D.13/02, D.4/03, D.51/10 y D.58/10, que la notificación de la resolución debe producirse dentro del plazo que señale la norma reguladora del procedimiento, el cual no podrá ser superior a 6 meses, si bien cuando dichas normas no establezcan uno especial, será de 3 meses (arts. 42 y 43 LPAC); y este último plazo es el supletoriamente aplicable en contratos del sector público, ya que la LCAP y sus Reglamentos de desarrollo no han establecido ninguno especial.

Como reglas complementarias, ha señalado el Consejo, en su D.9/12, las siguientes: i) que, en los procedimientos iniciados de oficio, el cómputo del plazo de caducidad por meses ha de hacerse de fecha a fecha, desde la del acuerdo de iniciación *ex art. 5 Cc*; ii) que, dentro del plazo de caducidad, la Administración ha de haber dictado y notificado la resolución expresa; iii) que, en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo sin haber dictado y notificado la resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, sin perjuicio de la caducidad que haya podido producirse; iv) que, cuando se trate de un procedimiento en el que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, el vencimiento del plazo máximo sin haber dictado y notificado la resolución expresa producirá la caducidad y, en tales casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 LPAC.

Además, el D.9/12 ha recordado: i) que, según el art. 92.3 LPAC, «*la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción*»; ii) que, según el art. 92.4 LPAC, «*podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento*»; iii) que la caducidad se produce *ope legis*, con efectos automáticos, tan pronto como vence el plazo para resolver y notificar, puesto que, por seguridad jurídica y sobre todo si existen terceros afectados, estos plazos son, en principio, improrrogables.

Finalmente, el reiterado D.9/12 insiste en que: i) el automatismo de la caducidad no es incompatible con su declaración formal (no constitutiva, sino declarativa) por la Administración, de oficio o a instancia de parte, por razones obvias de seguridad jurídica y certeza de las relaciones jurídicas, como admiten expresamente los arts 42.1, párrafo segundo, 44.2 y 87.1 LPAC; ii) la caducidad no impide, sin embargo, iniciar un nuevo procedimiento (en este caso, de resolución del contrato) si persiste la causa de la misma, ya que la caducidad del primer procedimiento no implica la prescripción de la potestad o acción de la Administración para declarar la resolución en base incluso a incumplimientos anteriores (doctrina ya recogida en D.13/02, D.4/03, D.51/10 y D.58/10); y iii) la caducidad se interrumpe por consulta al Consejo Consultivo, como veremos enseguida.

D) Trámites y requisitos, en especial, el dictamen del Consejo Consultivo

El D.7/12 determina los distintos trámites del procedimiento de resolución contractual, entre los que destacan: la audiencia previa al contratista (en la que también habían insistido los D.61/09 y D.80/09); la audiencia previa al avalista del contratista, en su caso; la necesidad de propuesta de resolución (en la que insiste igualmente el D.45/12, reiterando lo señalado al respecto en el D.3/10), y el informe jurídico.

Pero, obviamente, el trámite en el que más se ha insistido en 2012 ha sido el del dictamen preceptivo del propio Consejo Consultivo. A este respecto, el Consejo ha reiterado su anterior doctrina.

El dictamen del Consejo Consultivo, cuando la Administración opte por la resolución ante una demora o ejecución defectuosa y haya oposición del contratista, es *preceptivo* por así disponerlo la legislación estatal básica vigente en la materia con rango legal y reglamentario en los distintos momentos

(cfr. arts. 194, 195.3 a) y 197.1, Ley 30/07 –LCSP–, y 109-1, Reglamento de la LCAP aprobado por RD 1098/01; antes, art. 96 LCAP) y la normativa del Consejo (cfr. arts 11 Ley 3/01 y 12 Decreto 81/02). Esta doctrina, sentada en D.20/00, D.64/02, D.12/05, D.5/06, D.79/06, D.86/06, D.14/07, D.122/08, D.147/08, D.31/09, D.61/09, D.80/09, D.3/10, D.5/10, D.51/10, D.35/11 y D.72/11, es reiterada en D.7/12, D.9/12, D.37/12 y D.45/12.

Para emitir este dictamen, es exigible una propuesta de resolución clara que fije la causa de la resolución y si es imputable al contratista, no siendo admisible como tal un informe abierto que propone varias alternativas, pues ello convierte al Consejo en órgano asesor de la corporación local contratante, aunque pueda excepcionalmente dictaminar en aras del antiformalismo si se trata de un asunto complejo y dilatado en el tiempo (D.45/12). Además, es exigible la claridad, ordenación, integración e integridad del expediente para que el Consejo pueda pronunciarse con fundamento sobre la consulta (D.45/12).

Un aspecto importante es que el *plazo de caducidad* para resolver *ex art 42.3,a) LPAC* se interrumpe, *ex 42.5.c) LPAC*, por consulta al Consejo Consultivo, siendo *término inicial* de la suspensión el día y hora precisa en que el órgano competente acordó solicitar la consulta (aunque se registre de salida después y cualquiera que sea la fecha de registro de entrada en el Consejo Consultivo); y *término final* el día y hora de la recepción del dictamen por el órgano consultante en el Registro de entrada correspondiente, momento en que continúa el cómputo del plazo caducatorio por el tiempo que reste de transcurrir hasta las 24 h. del *dies ad quem*, tiempo este que puede ser de horas y dentro del cual la Administración ha de resolver y notificar la resolución. Esta doctrina, contenida en el D.9/12, recoge la establecida en D.3/03, D.4/03 y D.9/03, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.42/05, D.43/05, D.61/05, D.67/05, D.73/06 y D.51/10.

Advierte el Consejo que esta caducidad se produce *ope legis*, con efectos automáticos tan pronto como vence el plazo para resolver y notificar, pero no impide iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato, si persiste la causa de la misma, pudiendo conservar todas las actuaciones practicadas en el anterior, incluido el dictamen del Consejo Consultivo si no concurren nuevas circunstancias, ya que la caducidad del primer procedimiento no implica la prescripción de la potestad o acción de la Administración para declarar la resolución en base incluso a incumplimientos anteriores (doctrina contenida en D.9/12, que reitera la de D.13/02; D.3/03, D.4/03, D.65/04; D.3/05, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.42/05, D.43/05, D.61/05, D.67/05, D.59/06, D.73/06, D.94/07, D.46/08, D.51/10 y D.58/10).

D) Efectos de la resolución

a) Liquidación de las obras

Los D.37/12 y D.45/12 recuerdan que la resolución del contrato da lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras para fijar los saldos pertinentes, con asistencia del contratista al acto correspondiente (cfr. arts. 222 y 208 LCSP y 172 RCAP). Pero, como precisa el D.45/12, el contratista debe ser citado al acto de comprobación y medición de las obras, pero la Administración contratante debe decidir ejecutoriamente sobre los precios contradictorios que procedan, incluyendo la parte proporcional de las mejoras ofrecidas y decidiendo sobre el saldo resultante a la vista de la propuesta de la Dirección facultativa.

b) Incautación de la garantía

El Consejo Consultivo había dedicado a esta cuestión los D.59/07, D.61/09, D.80/09, D.3/10, D.5/10 y D.94/10. En 2012, ha completado su doctrina al respecto señalando: i) que la incautación de la garantía no es automática en caso de resolución por incumplimiento (cfr. arts. 140.3 y 298.4 LCSP), pues no se trata de una incautación-sanción, sino de que la garantía está afecta al pago de posibles daños y perjuicios, los cuales pueden ser de importe superior a la misma o inferior e incluso no existir. En el primer caso, ha de exigirse al contratista el exceso; y, en los dos segundos, habrá que devolver al contratista el resto o la totalidad de la garantía (D.7/12, en línea con D.3/10, D.5/10 y D.94/10); y ii) que la pérdida de la garantía definitiva constituye *ex art. 208.3 LCSP* el efecto directo de la resolución, como pena a tanto alzado que sanciona el incumplimiento culpable (D.9/12).

c) Indemnización de daños y perjuicios

Sobre el efecto indemnizatorio de la resolución contractual, el Consejo ha declarado en 2012 lo siguiente: i) que la indemnización se hará efectiva en primer lugar sobre la garantía constituída (D.37/12); y ii) que, si la Administración contratante acredita daños y perjuicios por importe superior a la cuantía de la garantía definitiva que procede incautar, responderá de ellos el contratista culpable, *ex art. 208.3 LCSP*, por el exceso que se determine (D.9/12)

En suma, al declararse culpable el incumplimiento, el contratista debe indemnizar a la Administración contratante los daños y perjuicios ocasionados o que puedan ocasionarse, como es el caso del reintegro de una subven-

ción estatal concedida para financiar las obras, los cuales se harán efectivos con cargo a la garantía constituida por el contratista, sin perjuicio de la subsistencia de su responsabilidad si aquellos excediera del importe de dicha garantía (D.45/12).

Concretamente el D.9/12 señala que, en un contrato de enajenación de parcelas para la edificación, pueden ser daños y perjuicios: i) el interés de demora en el abono del precio de las parcelas desde el día en que venció el plazo para su pago hasta la fecha en que se acuerde la resolución del contrato; y ii) el retraso en la construcción de las viviendas debidamente cuantificado.

Con estos criterios, el Consejo ha estimado procedente el efecto indemnizatorio en su D.9/12, si bien en su D.7/12 ha estimado que, caso de que, junto al incumplimiento imputable al contratista, haya concurrido también demora de la Administración en el pago de las mensualidades debidas, procede la *compensación de daños* en la cuantía que corresponda.

d) Prevención de la ruina e inutilidad de lo ejecutado

Una vez liquidada la obra y comprobada la que resta por ejecutar, la Administración, de manera inmediata y por trámite de urgencia, ha de proceder a lo necesario para evitar la ruina o inutilidad de lo construido, incluso procediendo a una nueva adjudicación de las obras (D.45/12).

8. Contratos privados de la Administración

Finalmente, en su D.9/12, el Consejo Consultivo se ha ocupado de la distinción entre *contratos privados de la Administración*, *contratos administrativos típicos* y *contratos administrativos especiales*, declarando, respecto a su régimen jurídico, que no es un contrato privado de compraventa de inmuebles patrimoniales, excluido de la LCSP (cfr. art. 4.1.p LCAP), sino un *contrato administrativo especial* del art. 5.2 LCSP (distinto a los típicos o nominados del art. 5.1 LCSP), el celebrado por un Ayuntamiento para la enajenación de parcelas incluidas en el Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la edificación en ellas de VPO destinadas a beneficiarios de un Plan autonómico de vivienda, cuando así lo aceptó expresamente la empresa contratista, participando libremente en el concurso de adjudicación y asumiendo en el contrato posteriormente formalizado, tanto el Pliego de condiciones como la legislación de contratos del sector público, de acuerdo con la libertad de pactos reconocida por el art. 25 LCSP.

V. DOCTRINA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA, las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Así, de los 65 dictámenes emitidos en 2012, 37 versan sobre responsabilidad patrimonial (es decir, el 57 %). En su mayoría se refieren al ámbito sanitario (29 dictámenes), ya que la elevación legal a 60.000 euros de la cuantía exigida para las consultas en esta materia (que, antes de la Ley 7/2011, era de 6.000 euros) ha limitado los dictámenes en materia de responsabilidad viaria (solo 3 en 2012), docente (0 en 2012), y cinegética (1 en 2012).

Por lo demás, el Consejo Consultivo ha continuado durante 2012 en su esfuerzo por ratificar y complementar el sólido edificio doctrinal que ha venido construyendo al respecto desde su creación en 1996 y del que hemos venido dando cuenta en años anteriores. Por ello, no nos vamos a detener en la exposición detallada de la completa red de conceptos técnicos con las que el Consejo se ha propuesto atrapar la rica variedad del casuismo que presenta la práctica en esta materia, sino a exponer, en sus líneas generales, la evolución de su doctrina durante el año consultivo de 2012 que nos ocupa. y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

1. Responsabilidad de la Administración general

A) *Doctrina general: requisitos, naturaleza y fundamento*

El Consejo ha insistido en la *doctrina general* en esta materia, que ha sido expuesta, una vez más, en D.4/12, D.6/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.16/12, D.19/12, D.20/12, D.21/12, D.25/12, D.26/12, D.27/12, D.28/12, D.29/12, D.33/12, D.34/12, D.35/12, D.38/12, D.44/12, D.49/12, D.50/12, D.51/12, D.57/12, D.59/12 y D.61/12. En ellos, se reproduce y actualiza la doctrina, recopilada con todo detalle en D.29/07, D.134/07 y D.83/10, con amplia cita de la doctrina precedente del Consejo Consultivo.

En cuanto a los *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, han sido reiterados en D.6/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.16/12, D.19/12, D.20/12, D.21/12, D.25/12, D.26/12,

D.27/12, D.28/12, D.29/12, D.33/12, D.34/12, D.35/12, D.38/12, D.41/12, D.42/12, D.48/12, D.49/12, D.50/12, D.51/12, 53/12, D.54/12, D.55/12, D.57/12, D.59/12 y D.64/12. que los cifran en los siguientes: i) hecho dañoso imputable a la Administración por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; ii) daño material, personal o moral, efectivo, antijurídico (que el dañado no tenga obligación de soportar), individualizado en relación a una persona o grupo de personas y evaluable; iii) nexo causal entre hecho y daño, no interrumpido por la conducta de la víctima o de un tercero ; iv) que no concurra fuerza mayor; y v) que no haya prescrito la acción para reclamar la indemnización, cuyo plazo es de un año, contado desde la producción del acto dañoso o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Sobre estos requisitos, destaca la siguiente doctrina específica en 2012: i) que no hay daño resarcible en sentido jurídico cuando los alegados son químicos o imaginarios, por más que quien los aduzca los califique a su libre arbitrio como reales (D.42/12); ii) que es daño inexistente la inactividad laboral alegada por quien se prueba que estuvo trabajando el tiempo en cuestión, así como la imposible aplicación retroactiva de una lista de espera aprobada tiempo después (D.42/12); y iii) que, para apreciar la responsabilidad, no solo hay que atender al régimen de del art. 106 CE y 139 y 141 LPAC, sino también, en su caso, a los preceptos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales y su normativa complementaria (D.51/12).

Sobre la *naturaleza* y *fundamento* de la responsabilidad patrimonial, en sus dictámenes de 2011, ha seguido repitiendo el Consejo que la Administración pública no es una especie de «Aseguradora universal» de todos los riesgos, obligada a garantizar siempre la indemnidad de todo siniestro, pues nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es providencialista ni constituye una especie de seguro social a todo riesgo para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas (D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.16/12, D.21/12, D.29/12, D.41/12, D.44/12, D.50/12, D.51/12, D.54/12, D.57/12, D.59/12 y D.61/12.).

Esta inexistencia de un *aseguramiento universal* a través del sistema de responsabilidad administrativa es afirmada por el Consejo especialmente en el caso de la Administración sanitaria de la que afirma que no está obligada a garantizar siempre la curación de todos los pacientes frente al carácter enfermable y mortal del ser humano, por lo que no existe un pretendido derecho a la curación (D.48/12 y D.64/12).

B) Concepto y régimen de la causa

También se ha pronunciado el Consejo en 2012 sobre concepto y régimen de la *causa*. A este respecto, el Consejo viene insistiendo en que, al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad, lo primero que inexcusablemente debe analizarse es la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que, objetivamente, conforme a la lógica y la experiencia, explican que un concreto resultado dañoso ha tenido lugar (D.11/12, D.17/12, D.44/12 y D.50/12).

Ahora bien, la causa (cuya doctrina general expuso el D.57/08) no es un *concepto* jurídico, sino una noción propia de la lógica y de las ciencias naturales, concebible como el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme a las leyes de la experiencia científica, de que el resultado dañoso ha tenido lugar (D.36/12). Por supuesto, en el caso de las actuaciones humanas, la participación causal puede ser por acción o por omisión, como con carácter general establece el art. 1902 Cc (D.4/12 y D.17/12).

En esta materia, rigen diversos *criterios para la determinación de la causa*, entre los que el Consejo ha destacado en 2012 los siguientes: i) el criterio de la *condicio sine qua non*, por el que la fórmula que permite determinar cuál es la causa, de entre las distintas condiciones empíricas causantes del daño, es tener como tal al hecho que, suprimido mentalmente, hace que el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido (D.4/12, D.16/12, D.17/12, D.36/12, D.38/12, D.46/12, D.40/12 y D.59/12); y ii) el criterio de la *causalidad adecuada*, por el que se niega la imputación del daño al co-causante del mismo cuando son otras las concausas concurrentes a la producción de aquél las únicas racionalmente relevantes (D.32/11), criterio este que se ha empleado en D.6/12, un caso, como el del D.58/11, en el que aparecen muertas unas ovejas tras ser vacunadas contra la lengua azul, sin haberse probado otra posible causa de su muerte.

C) Régimen de la carga y medios de prueba

El Consejo también se ha ocupado en 2012 de la carga y objeto de la *prueba* y los *medios* de la misma en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a la *carga de la prueba*, el criterio general es que incumbe al reclamante probar los hechos en que se funda (o sea, el hecho dañoso y la causa del daño), *ex arts.* 1214 Cc y 74.4 y D.A. 6ª LJCA, salvo los hechos admitidos, los negativos y los notorios, sin que sirvan al respecto las meras manifestaciones de parte (D.44/12).

Ahora bien, en estos expedientes, no rige en toda su amplitud el *criterio de aportación de parte*, debido al deber de instrucción que compete a la Administración *ex art.* 78.1 LPAC y 7 RRP, que exige a la Administración averiguar *motu proprio* los hechos, acreditar si concurren los requisitos para indemnizar y, en su caso, el alcance y cuantía de la indemnización, todo ello con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante, para lo que se debe abrir el periodo probatorio pertinente *ex art.* 80.2 LPAC, e incluso realizar una inspección ocular e interrogatorios a testigos (D.16/12).

Es más, el *criterio de la mayor facilidad probatoria* induce a que, si el reclamante aporta una narración y prueba simple de los hechos, daños y su valoración, estas habrán de darse por verdaderas cuando la Administración no las impugna de adverso probando lo contrario (D.16/12).

Por lo que se refiere a los *medios de prueba*, el Consejo solo se ha pronunciado especialmente en 2012 respecto a la pericial, señalando: i) la irrelevancia probatoria de los informes periciales que no se presentan en vía administrativa sino que se dice que se presentarán luego en la vía judicial (D.44/12); ii) la irrelevancia de las afirmaciones de parte en materia sanitaria, pues, además de ser subjetivas, proceden de quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar un proceso médico y, especialmente, cuando son inexactas e inciertas (D.10/12, que reproduce la doctrina del D.85/09); iii) la relevancia de los informes veterinarios, siempre que se requieran al caso y no a otros acaecidos en circunstancias espacio-temporales diferentes (D.6/12, que reproduce la doctrina de D.58/11); iv) la relevancia de la prueba pericial para determinar alegados sobredimensionamientos en instalaciones y obras urbanísticas de conexión de una Unidad de ejecución a redes generales de servicios y suministros, tales como los de agua, gas, electricidad o saneamiento, para dar eventualmente servicio a futuros Sectores aun no urbanizados (D.53/12).

D) Imputación objetiva: criterios

Ha proseguido el Consejo insistiendo en 2012 en el criterio de *imputación objetiva por funcionamiento de los servicios públicos*, que está abierto

a un amplio casuismo de imputación y exoneración. Con carácter general, señala el Consejo, sobre los criterios de imputación objetiva, que, identificadas las concretas condiciones empíricas antecedentes, o «causas», que explican la producción de un daño, los criterios de imputación objetiva permiten determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la actuación del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no (D.16/12).

Parte el Consejo de que, a diferencia de lo que ocurre con la *relación de causalidad* en su más exacto sentido, la cuestión que nos ocupa es estrictamente jurídica, a resolver con los criterios que proporciona el ordenamiento y, en este ámbito, el ordenamiento jurídico-administrativo ofrece, primero, un esencial criterio positivo de imputación objetiva: el del *funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos*.

Ahora bien, el *concepto de servicio público* a estos efectos es amplio, ya que comprende cualquier esfera bajo el control de la Administración. Concretamente, el Consejo en 2012 ha reputado *servicio público* a estos efectos, entre otros: i) los de prestación de servicios sociales por la Administración (D.25/12 y D.46/12); ii) los de vacunación obligatoria del ganado (D.6/12); iii) los de erradicación de plagas vegetales (D.27/12 y D.61/12); o iv) los servicios de concentración parcelaria (D.28/12).

Otro de los criterios de imputación objetiva al que ha acudido el Consejo en 2012 ha sido el de los *protocolos de actuación*, empleado en el D.6/12, donde, ante posibles reacciones adversas a la vacunación de ganado, el Consejo ha entendido que tales protocolos son significativos para imputar su parte de responsabilidad a la Administración ganadera, si no los observa.

Finalmente, el Consejo ha recurrido, también en 2012, como criterio de imputación objetiva, al del *riesgo general de la vida*, que permite rechazar que haya de responderse de los sucesos dañosos que acompañan naturalmente al ordinario o normal existir del ser humano, porque se considera que, en tal caso, el daño es un incidencia normal y esperable en el natural acontecer de su existencia (D.26/12). Este criterio negativo de imputación de responsabilidad no está expresamente establecido por la ley, pero se infiere de nuestro global sistema de responsabilidad extracontractual (D.26/12). Ahora bien, la aplicación de este criterio negativo de imputación no deja de ser, en un sistema de responsabilidad objetiva, una excepción a la regla general y requiere, como tal excepción, la clara constancia de que el suceso es normal u ordinario o, si se quiere, generalmente apreciados en la percepción común, como un evento inevitable y puramente casual que, por ello mismo, ha de ser

soportado por la propia víctima (D.8/00 y D.26/12). Por ello, la concurrencia de este criterio ha de valorarse caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas (D.26/12).

E) Imputación subjetiva

En 2012, el Consejo solo se ha ocupado de un caso de imputación subjetiva con *unicidad de dañante*, identificado este como una Administración pública, y ello para aclarar, en el D.6/12, que es responsable la Administración actuante (en el caso, la Administración ganadera autonómica que vacuna al ganado) y no la que dicta la normativa que aquella ejecuta (en el caso, la Administración estatal que establece la campaña de vacunación), doctrina que ya había sido mantenida en el D.58/11.

F) Exoneración

El Consejo ha exonerado de responsabilidad a la Administración en 2012 por las siguientes *causas*:

- Por *falta de prueba*, en el D.53/12 (falta de prueba de la existencia y cuantía de los pretendidos sobrecostes sufridos por una Junta de Compensación al sufragar el no probado sobredimensionamiento de las obras de conexión a las redes de servicios generales -electricidad, agua, saneamiento, etc- para, pretendidamente, dar servicio a otros Sectores aun no urbanizados).
- Por *falta de efectividad del daño*: i) en D.42/12 (pretendida aplicación retroactiva de los criterios de una lista de espera a una reclamante que no tiene perjuicio alguno porque trabajó durante todo el tiempo reclamado como de inactividad); y ii) en D.53/12 (sobrecostes de urbanización por conexión a redes de servicios generales, aun no repercutidos por una Junta de Compensación en otros Sectores todavía no urbanizados, que podrían eventualmente beneficiarse de los mismos, si se conectarán a ellos en el futuro).
- Por *deber de soportar el daño*: i) en D.29/12 (al declarar que, para que la lesión sea indemnizable, ha de ser antijurídica y que esa antijuridicidad se producirá, no porque la conducta que la motiva sea contraria a Derecho, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar la misma); ii) en D.8/12 (al entender que existe tal deber de soportar el daño en el caso de una Auxiliar de Enfermería del SERIS

a la que no se pudo nombrar en el plazo de un año desde la finalización del proceso selectivo, tal y como exigía, no la convocatoria, sino el Acuerdo vigente sobre condiciones laborales del personal del SERIS, debido a que antes hubo que realizar un concurso interno de traslados, negociado con los representantes sindicales de los trabajadores, para determinar las vacantes); iii) en D.28/12 (al estimar que existe también deber de soportar el daño en el caso de una *concentración parcelaria* ajustada a Derecho, pero en la que las fincas de reemplazo requieren ciertas mejoras para el cultivo que voluntariamente quiere realizar el adjudicatario); y iv) en D.53/12 (al sostener que existe deber de soportar el daño en el caso de cumplimiento de la obligación urbanizadora que compete a la Junta de Compensación cuando asume los costes de urbanización para conectar su Unidad de ejecución a las redes generales de servicios de agua, saneamiento y electricidad, sin perjuicio de que pueda en el futuro exigir su reintegro proporcional a otros Sectores aun no urbanizados que pretendan aprovecharse en el futuro de las conexiones).

- *Por inexistencia de relación de causalidad:* en D.53/12 (alegados daños por sobrecostes de urbanización correspondientes a una Junta de Compensación por conexión a redes de servicios generales que no competen al Ayuntamiento, como son los de suministro de electricidad).
- *Por riesgo general de la vida o riesgo típico inherente a la actuación administrativa:* i) en D.25/12 (usuaria de servicios sociales, obesa, laxa y con pies equinos, que sufre lesiones en las piernas al deslizarse en la silla de ruedas destinada a su higiene personal durante su traslado a ella mediante una grúa geriátrica, sin prueba de mala praxis en las Auxiliares que la ayudaban y siendo el incidente un riesgo típico de la operación, realizada conforme al estándar ordinario de prestación del servicio social correspondiente); y ii) en D.26/12 (daños por tropezar con una tapa de alcantarilla por descuido en la deambulaci3n).
- *Por culpa exclusiva de la v3ctima:* en D.51/12 (daños f3sicos que se produce un Arquitecto municipal en accidente de trabajo al caer de una escalera cuando revisaba unas obras, lo que se reputa actuaci3n negligente ya que la v3ctima ten3a capacitaci3n en materia de riesgos laborales y era coordinador de las obras, por lo que deb3a haber consultado con los responsables de seguridad y con las empresas subcontratistas sobre el estado de la escalera antes de subir a ella).

- *Por inexistencia de actuación administrativa*: en D.53/12 (falta de orden del Municipio o de sus empresas concesionarias para que una Junta de Compensación sobredimensione obras de conexión de su Unidad de ejecución a redes de servicios generales).
- *Por inexistencia de funcionamiento anormal de un servicio público asistencial*: en D.46/12, el Consejo, en un caso de fallecimiento de una enferma de alzheimer (sin funcionamiento anormal de los servicios sociales residenciales, que no sanitarios), extiende a tales servicios residenciales o asistenciales el criterio, tantas veces aplicado a los sanitarios, de que la Administración no responde si se aprecia un funcionamiento normal de los mismos.
- *Por cosa juzgada*: en D.28/12 (al entender que ha de desestimarse la reclamación de indemnización cuando la pretensión de que trae causa - en el caso, la disconformidad con una concentración parcelaria- ha sido desestimada en el seno de dos procesos contencioso-administrativos previos).

G) Indemnización

Para fijar la indemnización procedente, el Consejo ha seguido en 2012 recurriendo a los siguientes *criterios*: i) la apreciación racional, global, discrecional y ponderada de los *daños morales*, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, ya que no existen módulos o parámetros objetivos para valorarlos, al consistir en realidades inmateriales (D.10/12, que reitera la doctrina sentada en D.55/10, D.63/10, D.79/10, D.85/10, D.56/11 y D.76/11); y ii) la inaplicabilidad del *baremo de accidentes de tráfico* para calcular hipotéticamente el tiempo que hubieran tardado en curar las lesiones de un fallecido por motivos sanitarios (D.25/12).

En cuanto a las *partidas que pueden ser incluídas* en la indemnización, el Consejo ha resaltado en 2012, como *daños materiales*, los gastos por arranque y destrucción de plantas y materiales contaminados en aplicación de medidas administrativas forzosas para la erradicación de plagas vegetales (D.27/12 y D.61/12).

En cuanto a los *daños morales*, el D.25/12, completando lo adelantado en D.20/03, D.46/04, D.19/10 y D.84/10, refrenda la importante doctrina de que los daños morales padecidos por un fallecido no se transmiten a sus herederos, salvo que este los hubiera reclamado en vida, pues son personalísimos

y, por tanto, intransmisibles y no integrados en la herencia del difunto, de suerte que los herederos carecen de *legitimación activa originaria* para reclamarlos; si bien sus *allegados* (no necesariamente coincidentes con sus *herederos*) pueden reclamar los daños morales a ellos irrogados por la congoja que les supuso vivir el sufrimiento del fallecido e incluso la muerte de este, pues tales allegados (como pueden ser los parientes, los cuidadores, los convivientes o los amigos) tienen una *legitimación activa derivativa*, por razón, no de herencia, sino de proximidad, afectividad o convivencia, racional y suficientemente probadas, de forma que se llegue a la convicción moral de que son acreedores de la indemnización por tales daños, aunque no sean parientes ni herederos suyos. En el caso del citado D.25/12, el Consejo entendió que concurría la *legitimación activa por derivación* para reclamar daños morales en los hijos de una fallecida que cuidaban de ella en su domicilio cuando regresaba de un Centro de día. Esto dicho, el Consejo señala en el mismo D.25/12 que los daños morales se calculan de formaalzada y es absurdo calcularlos acudiendo al baremo de accidentes de tráfico para aplicarlo a la hipótesis de lo que hubiera vivido la fallecida si no se hubiera producido el daño.

H) Procedimiento

Comienza el Consejo advirtiendo que no deben ser confundidos los procedimientos *de reclamación de responsabilidad patrimonial* que dan lugar a una indemnización por daños con los *de queja por disfunciones en el funcionamiento administrativo*, mala atención o trato desconsiderado, que pueden dar lugar a una sanción por infracción de deberes funcionariales o a la adopción de medidas de mejora en la calidad del servicio, aunque, eventualmente, puedan ocasionar también daños morales indemnizables; pero teniendo en cuenta que la queja no implica que se hayan producido daños y que éstos no implican necesariamente un funcionamiento anormal (ya que pueden derivarse de uno normal) de los servicios públicos (D.13/12, en línea con lo manifestado en D.91/03, D.45/08, D.18/08, D.156/08; D.17/09, D.26/09, D.28/10, D.2/11, D.27/11 y D.28/11).

En D.53/12, aclara el Consejo que no debe ser confundido tampoco el procedimiento de responsabilidad patrimonial con el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora* (normalmente, la municipal) *reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los mayores gastos que tenga que realizar en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios*, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, salvo que la petición de reconocimiento se instrumente inicialmente como una reclamación que con-

sidere daños y perjuicios los gastos efectuados por una orden directa de la Administración. El mismo D.53/12 precisa que no puede aceptarse la *mutatio libeli* consistente en iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial y, al comprobar que la acción ha prescrito, tratar de reabrir el plazo de prescripción aduciendo, en el trámite de audiencia, que lo ejercitado era el precitado *procedimiento de reintegro urbanístico*, cuando no se prueba que haya habido una orden municipal de realizar los expresados sobrecostes, y, además, tales gastos aun no se han materializado y nada impide la posterior exigencia a dichos otros Sectores del reintegro de los que se efectúen.

Esto dicho, la doctrina sentada por el Consejo en 2012 en materia procedimental es la siguiente:

- *Audiencia*: Aunque es preceptiva la *audiencia* al interesado, puede prescindirse de la misma *ex art* 84.4 LPAC cuando no deban tomarse en cuenta otras alegaciones o pruebas distintos de los alegados por el reclamante en su escrito inicial (D.61/12).
- *Dictamen consultivo*: Es preceptivo el dictamen previo *del Consejo Consultivo*, con las siguientes precisiones:
 - *Cuantía gravaminis*: Desde 7-9-2005, solo es preceptivo en daños superiores a 600 euros; desde 1-1-2009, para los superiores a 6000 euros; y, desde 1-1-12 (por remisión indirecta a la normativa estatal), para los superiores a 50.000 euros (cfr., para la última citada cuantía, con cita de las distintas disposiciones aplicables, por todos, el D.42/12).
 - *Normativa relevante*: En los expedientes comenzados a tramitar antes de la entrada en vigor de la ley por la que se modifica la cuantía mínima exigible para la preceptividad de la consulta, la normativa de cuantías que ha de aplicarse es la vigente en el momento de la *finalización del trámite de audiencia*, ya que el art. 12.1 del RD 429/93 impone la consulta una vez concluido dicho trámite (D.4/12, D.6/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.16/12, D.17/12, D.19/12, D.21/12, D.33/12, D.49/12, y, antes, D.73/05, D.106/05 y D.124/05).
 - *Contenido*: el dictamen ha de versar sobre; i) la existencia o no de relación de causalidad entre funcionamiento del servicio público y el daño causado; ii) la valoración, en su caso, de este; y iii) el modo de indemnizarlo, considerando los criterios establecidos en la LPAC (cfr. el FJ1 de todos los dictámenes sobre responsabilidad patrimonial).

– *Procedimientos especiales*: En los procedimientos de indemnización por erradicación de plagas vegetales es preceptivo el dictamen por ser un procedimiento especial, pero de responsabilidad patrimonial, análogo al de sacrificio obligatorio de ganados por epizootias (D.27/12 y D.61/12).

- *Instrucción*: Debe ser evitado el *retraso* injustificado en la tramitación, sin que su falta de complejidad justifique la dilación o tardanza (D.25/12, y antes D.2/07, D.3/07, D.34/07, D.65/07, D.68/07, D.78/07, D.113/07; D.5/08, D.13/08, D.35/08, D.36/08, D.153/08; D.25/09, D.42/09, D.71/09, D.70/10 y D.7/11).

I) Prescripción y cosa juzgada

Partiendo del plazo anual del art. 142.5 LPAC y 4.2 RD 429/93 (D.53/12), el Consejo se ha planteado en 2012 las siguientes cuestiones relativas a la prescripción:

- *Dies a quo incertus*: El D.53/12 precisa que, en caso de alegados sobrecostes de urbanización, el *dies a quo* es el de la firma del acta de recepción -y, en su caso, de subsanación conforme-, de las obras, que incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incorporadas al patrimonio municipal con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el R.D. 3288/1978, de 25 de agosto -RGU-, de aplicación supletoria en La Rioja, *ex art.* 149.3 CE).
- *Doctrina de los daños continuados*: Según el D.50/12, no pueden considerarse estabilizadas las secuelas cuando se desecha la intervención quirúrgica como medida terapéutica, pero continúa el tratamiento por otros medios curativos y así se acredita mediante informe pericial no contradicho por la Administración sanitaria. Ahora bien, como señala el D.57/12, en el caso de existencia de varias secuelas derivadas de la misma intervención, todas ellas han de estimarse causalmente vinculadas a la misma y no deben ser reputadas independientes a afecto de fijar el *dies a quo* en un momento que permite alegar la prescripción de la acción, especialmente si las secuelas interactúan en contra de los tratamientos prescritos, generando nuevos efectos secundarios que motivan nuevos tratamientos.

- **Doctrina de los daños permanentes y su distinción con los daños continuados.** Los D. 57/12 y D. 64/12 enseñan que hay que distinguir entre daños *continuados* y daños *permanentes*. Son *permanentes* aquellos cuyo acto generador se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo su resultado lesivo; en tanto que los *continuados* son aquellos que, en base a una unidad de acto, se producen día a día de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad. Ahora bien, esta distinción requiere diversas precisiones que ambos dictámenes concretan en las siguientes:

– En el caso de los daños definidos como *permanentes*, es evidente que, producido el acto causante del resultado lesivo, este queda perfectamente determinado y puede ser evaluado o cuantificado de forma definitiva. Por el contrario, en el supuesto de daños *continuados*, al producirse éstos día a día en el tiempo, produciéndose un agravamiento paulatino sin solución de continuidad, el resultado lesivo no puede ser evaluado de forma definitiva hasta que no cesa el hecho causante de los mismos, por lo que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesan los efectos lesivos, por contraposición a lo que ocurre en los daños *permanentes*, en que el plazo comienza a computarse en el momento en que se produce la conducta dañosa (D.57/12 y D.64/12)

– Daño *permanente* no es sinónimo de intratable, sino que hace alusión a una lesión irreversible e incurable, cuyas lesiones quedan perfectamente determinadas desde la fecha en que tiene lugar el alta médica o se efectúa el diagnóstico, sin que ello pueda confundirse con los padecimientos que derivan de la enfermedad susceptibles de evolucionar en el tiempo (D.64/12).

– Existe un daño *permanente*, aun cuando en el momento de su producción no se haya recuperado íntegramente la salud, si las consecuencias resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo, por tanto, cuantificables (D.64/12).

– En el daño *permanente*, los tratamientos paliativos posteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, a evitar complicaciones en la salud o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad incontestable de que el daño ya se ha manifestado en todo su alcance (D.64/12).

– Nos encontramos ante unos daños *permanentes* si los mismos derivan de una lesión irreversible o incurable, aunque, una vez diagnosticada, pueda ser objeto de tratamientos paliativos con el objeto de mejorar los padecimientos que derivan de la enfermedad y la calidad de vida del paciente (D.64/12).

– No obstante, aun cuando esta doctrina de la distinción entre daños *permanentes* y *continuados* se encuentra perfectamente consolidada en la jurisprudencia, esta reconoce que la rica casuística puede mostrar supuestos en los que parezca difícil a primera vista encajarlos en las dos categorías antedichas. Así, la STS, 3ª, de 8-10-12, advierte que surgen casos en la realidad sanitaria en que ni existe auténtica curación ni la posibilidad de determinación del alcance de las secuelas; y ello, bien porque la propia naturaleza de la enfermedad no permita prever la posible evolución de las mismas, bien porque, en el devenir de su desarrollo, se produzcan secuelas imprevistas y no determinadas, en cuyos supuestos el TS ha venido aceptando la posibilidad de la existencia de una temporánea reclamación, a pesar de haberse producido la misma fuera del periodo del año desde que inicialmente se produjo el diagnóstico, en atención a esa imposibilidad de determinación concreta en toda su extensión del daño sufrido (D.57/12).

– También la STS, 3ª, de 24-4-12 había recogido esta misma doctrina, añadiendo que *«es el supuesto de enfermedades de evolución imprevisible, como son las derivadas del contagio de la hepatitis C o del SIDA o aquellos otros ocasionales casos en que la enfermedad inicialmente diagnosticada se traduce en unas secuelas de imposible predeterminación en su origen»*. En estos últimos casos, ha afirmado, efectivamente, esta Sala que: *«si del hecho originador de la responsabilidad, se infieren perjuicios o daños que no pueden ser determinados en su alcance o cuantía en el momento de ocurrir el acontecimiento dañoso, el plazo de prescripción no comienza a computarse sino a partir del momento en que dicha determinación es posible, aceptando igualmente que, en aquellas enfermedades excepcionales de imprevisible evolución, el daño pueda ser reclamado, como continuado, en cualquier momento»* (D.57/12).

2. Responsabilidad de la Administración viaria

En un sector administrativo en el que la CAR sigue siendo reacia a reconocer la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal del servicio viario, el Consejo Consultivo ha venido recordando que la responsabilidad

patrimonial de la Administración viaria es *objetiva* por funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos; y en el que, por tanto, como criterio general de imputación, incumbe a la Administración viaria el deber de conservar las vías públicas (art. 139 RD 1428/03, Reglamento General de Circulación) en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad (D. Consejo de Estado 1837/95), adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso de señalización, reparación, retirada o limpieza de los obstáculos existentes (DD. Consejo de Estado 102/93, 1234/94 y 221/95), sin que la presencia de éstos suponga necesariamente un funcionamiento *anormal* del servicio, cuando se han respetado los estándares de prestación del mismo y no haya habido tiempo material para conocerlos, retirarlos, repararlos o limpiarlos, pero existiendo entonces imputación *objetiva* por funcionamiento *normal* del servicio público.

Esta doctrina, que fue explicitada en el D.16/10, solo ha podido ser reiterada en 2012 (debido al incremento de las cuantías consultivas, que prácticamente eliminan la intervención del Consejo en esta materia) en tres dictámenes, todos ellos relativos a caídas fortuitas de personas.

- El D.16/12 refiere un caso de daños personales por caída de un peatón en una vía pública al tropezar con unas tuberías mal señalizadas, en el que la ausencia de actividad probatoria del buen estado de la vía pública por parte de la Administración hace que el Consejo la considere responsable del daño inferido.
- El D.26/12 contempla el caso de otra caída de un peatón al tropezar contra una placa del pavimento en mal estado, si bien el Consejo exonera a la Administración por entender que se trata de un suceso enmarcable en el riesgo general de la vida que incumbe asumir al peatón.
- El D.51/12, finalmente, contempla el caso de la caída de un Arquitecto municipal al inspeccionar la escalera de una piscina, también para exonerar a la Administración al concurrir culpa de la víctima, ya que, por su profesión, debía conocer y observar la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

3. Responsabilidad de la Administración por los daños producidos por sus concesionarios y contratistas

La doctrina general en esta materia, con amplio estudio de la jurisprudencia al respecto, fue fijada por el Consejo en D.2/00, D.59/00, D.51/01,

D.18/03, D.50/05, D.119/05, D.8/06, D.16/06, D.37/08, D.72/08, D.142/08, D.12/09, D.36/10, D.62/11 y D.83/11, en el sentido de que la obligación de indemnizar al tercero dañado es cuestión que pertenece a la relación interna entre Administración y su contratista, sin perjuicio de que la Administración repita luego contra el contratista responsable.

La misma doctrina ha sido reproducida en el D.16/12, al afirmar que puede y debe reclamarse la responsabilidad patrimonial a la Administración competente para prestar el servicio público de que se trate, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación, aunque el mismo derive en concreto de la conducta de un tercero al que aquella haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa. El caso versaba sobre unos daños imputables a una UTE contratista de unas obras municipales de entubado

4. Responsabilidad de la Administración sanitaria

En 2012, el Consejo Consultivo ha emitido 29 dictámenes sobre reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a la Administración prestadora de asistencia sanitaria (D.4/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.17/12, D.19/12, D.20/12, D.21/12, D.25/12, D.29/12, D.33/12, D.34/12, D.35/12, D.36/12, D.38/12, D.41/12, D.42/12, D.44/12, D.46/12, D.48/12, D.49/12, D.50/12, D.54/12, D.55/12, D.57/12, D.59/12 y D.64/12); lo que supone el 45% del total de dictámenes emitidos en dicho año y el 78% de los recaídos sobre responsabilidad patrimonial. Esta mayor incidencia se debe a que, en el sector sanitario, las reclamaciones suelen ser de elevada cuantía, por lo que resulta menos afectado que otros sectores de la actividad administrativa por la normativa sobre limitación de consultas por razón de la cantidad reclamada.

Esta circunstancia ha permitido que el Consejo haya continuado insistiendo en los grandes parámetros para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia. Nos limitamos a exponer seguidamente los criterios que han sido objeto de pronunciamiento en 2012.

1º Criterio de la obligación de medios y no de resultados

El Consejo sigue insistiendo en que la obligación de la Administración sanitaria es, en la Medicina curativa, no en la satisfactiva, *de medios y no de resultados*, debido a la condición perecedera y enfermable del ser humano, a la inexistencia de un derecho a la curación (no puede exigirse a la Adminis-

tración que garantice siempre la curación de los pacientes), al estado de los conocimientos científicos, a la extensión del servicio sanitario, y a los recursos limitados asignados al mismo por los poderes públicos (D.20/12, D.29/12, D.33/12; D.34/12, D.35/12, D.38/12, D.41/12, D.57/12 y D.59/12).

Ello es debido, según reiterada doctrina del Consejo Consultivo, a que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/86, de 25 de abril, General de sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema nacional de salud, desarrolladas por el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de servicios comunes del Sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización, no son derechos absolutos, pues, por muy ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos (D.13/12, D.19/12, D.33/12, D.34/12, D.49/12 y D.55/12).

Ahora bien, la normativa vigente no determina cuáles son esos *medios* a cuya prestación está obligada la Administración sanitaria, pues eso es precisamente objeto de la ciencia y arte de la Medicina, que la concreta en los parámetros y protocolos profesionales de actuación de la llamada *lex artis ad hoc*, a cuya aplicación tiene derecho el paciente; y del *consentimiento informado*, que se debe prestar suficientemente y obtener voluntariamente del mismo (D.62/11, D.35/12 y D.49/12).

Así pues, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más de la existencia de un daño, sino del incumplimiento de un deber preexistente por parte de la Administración de prestar la debida asistencia sanitaria a un concreto paciente (D.10/12, D.15/12, D.41/12, D.48/12, D.55/12 y D.57/12).

Pero, siendo *de medios y no de resultados* la obligación a cargo de los servicios públicos sanitarios, la producción de un daño, por sí sola, no determinará la responsabilidad si, por parte de los servicios sanitarios, se prestó la concreta asistencia que el caso demandaba y se pusieron los medios diagnósticos y el tratamiento adecuados, es decir, si la actuación facultativa se ajustó a los criterios de la *lex artis ad hoc* (D.10/12 y D.33/12). En suma, la existencia en todo caso de una obligación previa a cargo de los Facultativos y, en último término, de la Administración sanitaria por la que actúan, explica que coincidan la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que tal obligación es *de medios y no de resultado*, por lo que solo se incumple aquella, con la responsabilidad consiguiente, cuando la conducta de prestación del servicios por los Facultativos no resulta conforme a la *lex artis ad hoc* o cuando, aun

siéndolo –y habiendo daño-, exceda lo actuado de la legitimación conferida por el propio paciente –*consentimiento informado*– o por la ley –falta objetiva de la situación de *urgencia* requerida– (D.54/12).

En consecuencia, la responsabilidad sanitaria no deriva de un funcionamiento de los servicios públicos sanitarios *in abstracto*, es decir, de un deber teórico de las Administración para con destinatarios genéricos, sino de un daño efectivo que nace del incumplimiento por la Administración sanitaria de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor un paciente determinado, que tiene derecho, no solo a una genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones *in concreto* que su caso requiera (D.44/12, D.50/12 y D.54/12).

2º Criterio de la imputación solo por *funcionamiento anormal* del servicio público

El Consejo sigue fiel a su criterio de que la Administración sanitaria solo responde caso de funcionamiento *anormal* de los servicios públicos, objetivado en una infracción de la *lex artis ad hoc* o del consentimiento informado (D.54/12). El fundamento de esta limitación en el carácter relativamente «contractual» y no «extracontractual» de la responsabilidad sanitaria.

En efecto, partiendo de la idea antes expuesta de que la prestación sanitaria de la Administración es una obligación de hacer conectada con el derecho del paciente a ser atendido en la sanidad pública, no solo en abstracto sino con las prestaciones concretas que su caso requiera (D.64/12); parece claro al Consejo que la responsabilidad sanitaria presenta dos fuentes: i) en la primera u ordinaria, que cabe calificar de convenida, participan los Facultativos que actúan por la Administración sanitaria, proponiendo al paciente la intervención que estiman requiere su estado de salud (deber y derecho de información) y, además, el propio paciente añadiendo a esa propuesta u oferta su aceptación (consentimiento informado); ii) en la segunda o extraordinaria, en cambio, la fuente de la obligación no es convenida sino legal, pues es la ley la que impone a los Facultativos y demás personal sanitario público la obligación de atender directamente a los pacientes, sin necesidad de consentimiento informado, en los casos en que la atención sanitaria sea *urgente*. De ahí que, por ser previa, la obligación de la Administración sanitaria es *de medios* y no *de resultados* y solo responde cuando la conducta de sus Facultativos no es conforme a la *lex artis ad hoc* o, aun siéndolo, excede de lo que ha sido autorizado por el paciente al manifestar su consentimiento informado o por la ley ante una situación objetiva de urgencia (D.54/12).

3º Criterio de la *lex artis ad hoc*

La *lex artis ad hoc* es el criterio positivo de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria consistente en la exigencia de que esta actúe conforme a los conocimientos, protocolos y técnicas adecuados al caso concreto, empleando los medios más apropiados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según según el estado actual de la ciencia al respecto y los vigentes protocolos profesionales de actuación (D.36/12, que reitera la doctrina de D.117/05, D.102/08, D.56/09, D.88/09, D.13/11 y D.49/11).

Sobre este conocido criterio, el Consejo se ha limitado en 2012 a reseñar: **i)** que la existencia de *riesgos típicos* objeto de consentimiento informado no impide la apreciación de infracción de la *lex artis*, que es un parámetro de imputación diferente (D.41/12); **ii)** que la infracción de la *lex artis* debe ser *significativa*, es decir, tener trascendencia y *eficacia causal en el resultado dañoso*, por lo que no cabe apreciarla como criterio de imputación cuando la infracción ha sido intrascendente y sin eficacia causal en dicho resultado dañoso (D.41/12); **iii)** que la infracción de la *lex artis* debe ser *probada*, no bastando para ello meras conjeturas y apreciaciones subjetivas carentes de fundamento alguno (D.11/12 y D.41/12) y, concretamente, debe probarse el origen iatrogénico y no traumático de la lesión (D.11/12); **iv)** que el Consejo Consultivo es lego en Medicina, pero puede sugerir a la Administración y a las partes las disfunciones que aparentemente observe en la praxis médica para que sean valoradas oportunamente mediante los oportunos dictámenes periciales (D.10/12, que reitera la doctrina establecida en D.95/09 y D.63/10); **v)** que pueden existir casos en que, habiéndose observado todas las exigencias de la *lex artis ad hoc*, sin embargo se produzcan daños, que no serán indemnizables, por ser de la naturaleza de las cosas la fragilidad inherente al cuerpo humano (D.45/19); y **vi)** que la *lex artis ad hoc* no solo es predicable del personal médico sino también del resto del personal sanitario, como las Enfermeras o Auxiliares que han de actuar conforme a sus respectivos protocolos (D.35/12).

Con base en estos criterios, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria en 2012 en los siguientes casos en que se alegaba mala praxis médica:

- *Cardiología, Angiología y Cirugía vascular*

- D.4/12 (paciente cardiológico crónico, también afectado psicológicamente de ansiedad por el fallecimiento en atentado de un hijo, que fue

correctamente tratado conforme a la *lex artis ad hoc* varias veces en el SERIS y últimamente de una arritmia, aunque se trasladó voluntariamente a un Centro privado para la implantación de un desfibrilador y pretende el reintegro de gastos como daños morales).

– D.13/12 (paciente fallecida tras el tratamiento de diversas dolencias cardio-respiratorias, óseas y funcionales)

– D.19/12 (paciente con valvulopatía, que deriva a infarto agudo de miocardio y endocarditis, de la que fallece en un centro de referencia, sin probar que se haya producido un retraso en el diagnóstico y tratamiento, ya que el cuadro era muy grave y la cirugía requería la previa estabilización del paciente).

– D.29/12 (paciente con úlcera arterioesclerótica penetrante en la aorta descendente al que, tras implantarle una prótesis por vía endovascular y sin prueba de una migración de la misma ni de mala praxis en la implantación, le adviene, como riesgo típico objeto de consentimiento informado, una estenosis del tronco celíaco, con las secuelas propias de un cuadro isquémico visceral, con alteraciones metabólicas y nutricionales, todas las cuales son corregidas mediante el adecuado tratamiento posterior).

– D.48/12 (paciente cardiópata que presenta un síndrome coronario agudo, que es tratado según *lex artis ad hoc* en la sanidad pública, pero, una vez estabilizado, rehúsa la intervención propuesta porque se traslada voluntariamente a la privada, donde se le realiza; y luego pretende el reintegro de los correspondientes gastos, sin cumplir los requisitos precisos para ello).

– D.54/12 (paciente con cardiopatía isquémica y varios factores de riesgo cardiaco que, pese a estar correctamente diagnosticado, fallece de muerte súbita cuando estaba siendo atendido en la sanidad pública, en la que se le habían practicado correctamente múltiples pruebas diagnósticas pertinentes -analíticas, electrocardiogramas, ergometrías, ecocardiogramas, cateterismos con coronariografía, radiografías- y aplicado el tratamiento adecuado a su dolencia, que no aconsejaba la implantación de un *stent*).

- *Dermatología*

– D.64/12 (paciente reumatológico correctamente tratado con corticoides al que adviene una afección dermatológica de vitíligo, que el estado

de la ciencia en 2012 no permite determinar que sea consecuencia de los corticoides).

- *Ginecología, Obstetricia y Neonatología*

- D.44/12 (paciente que alega un pretendido retraso no probado en el diagnóstico de un carcinoma ovárico).

- *Medicina interna y del Aparato digestivo*

- D.17/12 (paciente correctamente diagnosticado de un adenocarcinoma, que se traslada voluntariamente para su tratamiento a la sanidad privada y pretende el reintegro de los gastos, alegando un inexistente retraso de la pública en el diagnóstico).

- D.20/12 (paciente que fallece de peritonitis por filtrado de bilis a través del grapado del conducto cístico tras una colecistectomía laparoscópica, sin prueba de haberse omitido la práctica de pruebas diagnósticas necesarias ni de mala praxis en la intervención, siendo dicho filtrado uno de los riesgos típicos de la misma que fue objeto de consentimiento informado).

- D.21/12 (paciente fallecida de carcinoma de colon un mes después de haberlo detectado el Servicio de Aparato Digestivo, sin prueba de retraso en el diagnóstico por el Médico de cabecera que la atendió correctamente de afecciones menores los meses anteriores).

- D.41/12 (paciente fallecida por perforación del duodeno y pancreatitis aguda, riesgos típicos objeto del consentimiento informado, tras una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (CPRE) practicada con arreglo a la *lex artis* y siendo atribuible el deceso a la idiosincrasia previa de la paciente).

- *Odontología*

- D.59/12 (paciente con idiosincrasia de afecciones neurológicas faciales al que resulta la secuela de afectación del trigémico tras la exodoncia de un canino realizada según la *lex artis*).

- *Oncología*

- D.35/12 (paciente oncológico terminal muy agitado que es objeto de sujeción mecánica, aplicada por el personal de enfermería sin orden

expresa del Médico responsable, la cual le produce erosiones en las muñecas hasta que dicho Médico aplica tratamiento sedante paliativo).

4º Criterio de la exigencia del *consentimiento informado*

Sobre este criterio fundamental (el derecho del paciente a la protección de su salud incluye el de prestar su consentimiento a las intervenciones médicas, una vez informado debidamente de sus características y consecuencias), el Consejo ha completado en 2012 su doctrina de años anteriores con las siguientes precisiones:

- Respecto a su **naturaleza**, el consentimiento informado *no es una causa de exoneración* por sí mismo, ni constituye una especie de salvoconducto para el Facultativo (de manera que, producido cualquier riesgo contenido en el mismo, ello ya sea suficiente para desestimar la existencia de responsabilidad patrimonial), puesto que el Facultativo, en todo caso, ha de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y ha de acreditarse que el riesgo típico no se ha producido como consecuencia de una defectuosa atención prestada (D.54/12).
- Respecto a su **forma**: **i)** el consentimiento informado, en determinados casos y habida cuenta de las circunstancias concurrentes, puede ser expresado en forma *verbal*, pues lo fundamental es que la información exista, sea clara, detallada, comprensible y completa, de manera que permita al paciente tomar la decisión de someterse al tratamiento con toda la información posible, por lo que la inexistencia del consentimiento por escrito en tales casos lo único que opera es un traslado de la carga de prueba de la existencia del mismo a la Administración, prueba que concurre si las manifestaciones obrantes en el expediente sobre el consentimiento informado y sus circunstancias no son contradichas por el reclamante (D.59/12, que reitera la doctrina de D.75/09, D.67/10 y D.86/10); y **ii)** el consentimiento informado es suficiente cuando el paciente lo ha firmado por *escrito*, consta en el documento que se le han explicado los riesgos de la intervención y el paciente o sus familiares han tenido tiempo suficiente para comprender y expresar las dudas o aclaraciones pertinentes (D.41/12).
- Respecto a sus **efectos**: **i)** la falta de o el defecto en el consentimiento informado determina solo el daño moral consistente en haber impedido la facultad de autodeterminación del paciente en cuanto a no haber podido ponderar el mismo los riesgos y la posibilidad de sustraerse al

tratamiento ofrecido (D.10/12, que reitera la doctrina de D.63/08, D.128/08 y D.97/09); y ii) el daño moral que determina la falta de consentimiento informado es perfectamente indemnizable, pero sin que la indemnización pueda alcanzar al daño físico, por cuanto no puede imputarse este causalmente a la mera falta de información; de ahí que, para la imputación de responsabilidad por daños físicos, habrá que atender a otro criterio de imputación, como el de la inobservancia de la *lex artis ad hoc* (D.10/12).

El Consejo ha **imputado** responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado prestado en el caso del D.50/12 (paciente a la que se le practicó correctamente un parto con fórceps, del que resultó un recién nacido normal, pero produciendo a la madre una fístula vésico-vaginal, cuyo carácter de riesgo típico no fue objeto de consentimiento informado, por lo que los padecimientos consecuentes hasta su curación sin secuelas deben ser indemnizados como daño moral).

5º Criterio de la ponderación de los *riesgos típicos*

Los riesgos típicos inherentes a ciertas intervenciones médicas deben ser ponderados al analizar el cumplimiento de las obligaciones de observancia de la *lex artis ad hoc* y del consentimiento informado, la razón es que, cuando son objeto del consentimiento informado, excluyen la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que haya habido una infracción de la *lex artis ad hoc*, que es un parámetro diferente de imputación (D.41/12).

En concreto, el Consejo ha considerado en 2012 como riesgos típicos los siguientes: i) la rotura vesical tras una histerectomía (D.54/12); ii) la fístula biliar y complicaciones subsiguientes a una colecistectomía laparoscópica (D.20/12); iii) la perforación del duodeno y la pancreatitis aguda, tras una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica –CPRE– (D.41/12); iv) el accidente cerebro vascular y sus secuelas neurológicas y motoras tras la reiteración de una ligadura arterial y una angiografía con embolización de una arteria sangrante en una hemorragia incoercible por otros medios (D.10/12); v) la lesión de nervios adyacentes tras una intervención quirúrgica de traumatología en el brazo (D.11/12); vi) las infecciones, las hemorragias, las lesiones y las fístulas vesicales, ureterales, uretrales e intestinales, tras una histerectomía laparoscópica con salpinguectomía (D.54/12); vii) la muerte súbita como evolución de una cardiopatía isquémica correctamente diagnosticada y tratada (D.55/12).

6º Criterio de la *idiosincrasia* o estado previo del paciente

El Consejo ha reiterado en 2012 que la idiosincrasia o situación previa del paciente, especialmente su patología anterior, es siempre una concausa a estimar, que puede incluso ser la única relevante y exonerar de responsabilidad a la Administración sanitaria (D.4/12, D.13/12, D.17/12, D.36/12, D.41/12 y D.59/12). Y es que la *idiosincrasia* previa del paciente es un criterio negativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que, sin estar expresamente recogido en el ordenamiento jurídico, puede inferirse del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, como ha sancionado la jurisprudencia y el Consejo de Estado (D.41/12).

En 2012, el Consejo ha exonerado a la Administración sanitaria por el criterio de la idiosincrasia, configuración psico-física o enfermedad previa del paciente en los siguientes casos: i) D.4/12 (paciente cuyos alegados daños derivan de su patología cardiológica crónica y de su estado psicológico previo de ansiedad `por motivos familiares y no de la correcta atención sanitaria recibida); ii) D.36/12 (paciente fallecido por carcinoma de páncreas que no acudió a la cita programada en la sanidad pública para la práctica de una colonoscopia, al trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado); y iii) D.41/12 (paciente fallecida por perforación del duodeno y pancreatitis aguda, riesgos típicos objeto del consentimiento informado, tras una colangio-pancreatografía retrógrada endoscópica -CPRE- practicada con arreglo a la *lex artis* y siendo atribuible el deceso a la idiosincrasia previa de la paciente).

7º Criterio de la *pérdida de oportunidades terapéuticas*

Esta doctrina (mantenida por SSTS, 1ª, de 10-10-98, 25-9-99, y 27-5-03; y 3ª, de 17-1-97 y 18-10-05, así como SSAN, 4ª, de 29-10 y 4, 5 y 19-11-03, entre otras), imputa a los servicios públicos sanitarios el daño moral derivado de la no realización de alguna prueba o revisión diagnóstica; daño consistente en la posibilidad de haberse curado o, al menos, de haber acortado la enfermedad, prolongado la vida o haber evitado un continuo peregrinaje hospitalario (D.36/12, que reitera la doctrina de D.102/08 y D.110/08). Por eso, el Consejo ha declarado que, en la pérdida de oportunidades, según la STS 3ª de 2/02/12, hay una cierta pérdida de alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable (D.38/12).

El Consejo comenzó a inclinarse en 2010 hacia la consideración de la pérdida de oportunidades terapéuticas, no tanto como un criterio de impu-

tación del daño a la Administración sanitaria, cuanto como un módulo para fijación de la indemnización procedente por otros motivos (D.36/10).

En cuanto al cálculo de la indemnización en estos casos, el Consejo ha señalado en 2012: i) que, según la jurisprudencia, en los casos de pérdida de oportunidades terapéuticas, el *quantum* indemnizatorio debe efectuarse sobre el porcentaje de supervivencia que llevaría aparejada, en su caso, una actuación totalmente ajustada a la *lex artis ad hoc*, si bien la fijación de dicho porcentaje es pericial y puede ser ponderada por el Consejo (D.38/12, que reitera la doctrina del D.36/10); y ii) que, en la pérdida de oportunidades terapéuticas, no se debe acudir sin más al baremo de la ley de tráfico para estimar los días de retraso en los que el paciente careció del diagnóstico y tratamiento correcto, pues hay que ponderar un porcentaje de incertidumbre sobre el posible resultado resarcitorio según las circunstancias del caso (D.38/12).

En esta línea, el Consejo *ha apreciado* en 2012 la pérdida de oportunidades terapéuticas en un paciente diagnosticado de carcinoma vesical por el Servicio de Urología y que no es derivado pronto al de Oncología, ya que se biopsia una zona que no permite apreciar las metástasis que luego se objetivaron y provocaron el fallecimiento, siendo indemnizable el daño moral causado a su hermana por dicha pérdida de oportunidad (D.34/12).

Por el contrario, ha estimado el Consejo en 2012 que *no existe* dicha pérdida de oportunidades terapéuticas en los siguientes casos: i) cuando el retraso en realizar una prueba diagnóstica se explica por el estado del paciente o no tiene relevancia en su evolución general (D.33/12); ii) cuando el propio paciente provoca de forma voluntaria una ruptura del protocolo diagnóstico, no acudiendo a la práctica de una prueba procedente programada (D.36/12); iii) cuando el retraso en la práctica de una prueba diagnóstica es mínimo y no ha influido ni en la curación ni en la mejora o prolongación de la vida del paciente, pues el resultado hubiera sido el mismo (D.36/12); iv) cuando el resultado dañoso se explica exclusivamente por la grave patología sufrida por el paciente (D.36/12); v) cuando se trata de un mero retraso de una semana en una cita clínica y el mismo no ha tenido eficacia causal alguna en el resultado dañoso, máxime cuando el propio paciente lo imputa a una actuación médica distinta (D.41/12).

8º Criterio del «estado de la ciencia»

Como es sabido, el estado de la ciencia es un criterio más bien de exoneración, por el que no puede ser imputada la Administración sanitaria en

casos en que la ciencia médica no ha alcanzado todavía una solución satisfactoria, o, como señala el D.64/12, impide, en ausencia de prueba de otras causas, determinar un criterio positivo de imputación en el que apoyar la responsabilidad reclamada.

Pues bien, en 2012 solo se ha empleado este criterio en el citado D.64/12 para exonerar a la Administración sanitaria en un caso de vitíligo debido a que el estado de la ciencia no permite determinar que esta afección dermatológica pueda derivar de un tratamiento con corticoides. En este caso concurría también falta de legitimación pasiva de la Administración sanitaria actuante ya que el paciente alegaba haber contraído vitíligo tras ser tratado con corticoides de una afección reumatológica, pues, en el caso hipotético -que no concurría en ese expediente-, de que el estado de la ciencia hubiera determinado un nexo causal entre dicho tratamiento y la referida enfermedad dermatológica, la responsabilidad habría recaído sobre el Estado, cuya Agencia del Medicamento no lo advertía en el prospecto del corticoide, impidiendo así la facilitación y prestación del consentimiento informado.

9º Criterio de la individualización del daño (*legitimación activa*)

El Consejo había declarado en D.78/09 y D.19/10 que el daño reclamable ha de ser el material, físico o moral padecido personalmente por el paciente reclamante; o el daño moral parecido por sus allegados; por lo que existe falta de legitimación activa si el paciente muere sin reclamar sus propios daños o sin ratificar la reclamación interpuesta en su nombre por su familia, y, después de fallecido, esta no alega tampoco daños morales irrogados a la misma. Pues bien, en D.35/12, el Consejo insiste en que la indemnización procedente por daños físicos irrogados al paciente por mala praxis sanitaria parece con él, ya que no son transmisibles a sus herederos, los cuales carecen de legitimación activa para reclamarlos, salvo en cuanto se hayan traducido en un daño moral irrogado a los mismos.

10º Criterio de la ponderación del *error médico* de diagnóstico o de tratamiento.

Como señaló el D.79/10, el *error médico de diagnóstico o de tratamiento* de una enfermedad grave produce al paciente un daño moral indemnizable consistente en la preocupación psicológica sobre cuál sería su estado de salud de no haber existido dicho error, independientemente de que el resultado hubiera sido el mismo si el error no se hubiera producido.

Esta doctrina ha sido completada en 2012 con las siguientes precisiones: **i)** el error de diagnóstico solo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.13/12); y **ii)** el error en la interpretación de una ecografía ginecológica incumbe a la reclamante que lo afirma (D.44/12).

Este criterio ha provocado en 2012 varios casos de **imputación** por apreciación de este tipo de errores: **i)** por error o retraso en el diagnóstico motivado por no realización de pruebas necesarias;⁶ **ii)** por error de diagnóstico que conlleva retraso en el tratamiento correcto;⁷ **iii)** por error de o en el tratamiento, en su caso, quirúrgico;⁸ **iv)** por retraso indebido en la asistencia o demora en el *tiempo de respuesta razonable* de la sanidad pública;⁹ y **v)** por error en la interpretación de la prueba diagnóstica.¹⁰ Por el contrario, se ha producido un caso de **exoneración** por inexistencia de retraso en la práctica de prueba diagnóstica.¹¹

-
- 6 D.15/12 (paciente con alegada y no probada insuficiencia venosa crónica, cuya evolución, tampoco probada, a profunda, achaca a un retraso de 2 meses en el diagnóstico, en el tratamiento suspendido con anticoagulantes y en la práctica de un *eco-doppler* tras un segundo episodio trombótico, apreciándose en este caso daños morales, solo por el retraso en la práctica de esta última citada prueba diagnóstica).
- 7 D.49/12 (paciente de 4 años que, conducida por su madre a la sanidad pública por sospecha de déficit de audición, es, en la opinión mayoritaria del Consejo, erróneamente diagnosticada de retraso en el desarrollo del lenguaje y la comunicación, cuando, en la sanidad privada, es correctamente diagnosticada de hipoacusia bilateral de probable origen genético. Hay un voto particular en el sentido de que la reclamación debe ser desestimada al entender que no existió error ni retraso en el diagnóstico, pues las pruebas diagnósticas realizadas en la sanidad pública fueron las posibles y adecuadas por razón de la edad, colaboración y estado de la paciente en el momento de su realización, sin perjuicio de una evolución posterior de su dolencia que condujo al diagnóstico final de hipoacusia).
- 8 D.57/12 (paciente que se somete a una hemorroidectomía, con secuelas de invalidez permanente absoluta por incontinencia fecal y cuadro depresivo).
- 9 D.34/12 (paciente diagnosticado de carcinoma vesical por el Servicio de Urología y que no es derivado pronto al de Oncología ya que se le biopsia una zona que no permite apreciar las metástasis que luego se objetivaron y provocaron el fallecimiento, siendo indemnizable el daño moral causado a su hermana por dicha pérdida de oportunidad).
- 10 D.38/12 (paciente con cáncer en la mejilla al que se le practica un TAC, que es erróneamente interpretado, originando un retraso en el diagnóstico de recidiva tumoral, que supone una pérdida de oportunidad en el tratamiento de la enfermedad).
- 11 D.33/12 (paciente menor de edad ingresada en el Servicio de Urgencias por amigdalitis, que deriva a *shock* séptico del que fallece, sin que los ligeros retrasos en la práctica de algunas pruebas diagnósticas hayan influido en la evolución general del cuadro clínico).

11º Criterio de imputación por la doctrina del *daño desproporcionado*

Como es sabido, la doctrina del daño desproporcionado imputa la responsabilidad a la Administración cuando los daños producidos son excesivos con respecto al estándar de tolerancia ordinario amparado por el criterio del riesgo general de la vida que incumbe soportar al paciente. El Consejo ha explicado en su D.54/12 que, en virtud de la doctrina jurisprudencial del *daño desproporcionado*, la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado que la víctima no está obligada a soportar ya que, por sí mismo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la reglas *res ipsa alloquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona; de la *anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y de la *faute virtuelle* (culpa virtual), de la doctrina francesa, que significan 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.

Uno de los problemas de la doctrina del daño desproporcionado estriba en la *prueba* de su causa. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2012: i) que, en principio, la prueba de *la causa del daño* incumbe al reclamante (D.11/12); ii) pero esa prueba aparece *amabilizada* por el precitado criterio *res ipsa alloquitur* (D.54/12, D.57/12); iii) que estas doctrinas (culpa virtual, *res ipsa alloquitur*, etc) implican una inversión de la carga de la prueba, de suerte que la producción de un daño de gran magnitud supone que algo falló y, salvo que se acredite expresamente su inevitabilidad, será imputable a la Administración que lo produjo (D.57/12); iv) que la prueba pericial es sumamente importante en estos casos y el Consejo, que es lego en Medicina, ha de estar a los informes periciales que no estén contradichos por otras pruebas, no sirviendo como tales las manifestaciones de la parte reclamante, también imperita en Medicina (D.57/12); y v) que no procede aplicar la doctrina del daño desproporcionado cuando los daños se explican pericialmente por otras causas, como la idiosincrasia del paciente (D.59/12).

Esta doctrina ha sido aplicada en 2012 por el Consejo: i) en el D.54/12 (paciente a la que, con consentimiento informado que cubría los riesgos típicos que advinieron, se le practicó, como intervención no urgente sino programada, una histerectomía laparoscópica con salpinguectomía, de la que resultaron lesiones iatrogénicas de perforación intestinal y fístula urinaria); y ii) en el D.57/12 (paciente que se somete a una hemorroidectomía con

secuelas de invalidez permanente absoluta por incontinencia fecal y cuadro depresivo).

12º Criterios indemnizatorios

La responsabilidad sanitaria no es distinta de la general en materia de *indemnización*, pero presenta algunas peculiaridades:

- *Compatibilidad*

La indemnización por funcionamiento normal o anormal del servicio público es independiente de las *indemnizaciones que el dañado pueda percibir por el Sistema de la Seguridad Social*, pues se trata de indemnizaciones que surgen de distintas fuentes y, por lo tanto, son compatibles (D.11/12).

- *Evaluación global, racional y no matemática*

El Consejo ha insistido en el carácter meramente *orientativo* y no vinculante de los *baremos* de accidentes de tráfico (D.57/12), en la necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes (D.54/12) y en la opción por una valoración global cuando se trata de casos complejos o de secuelas transitorias, pero de gran incomodidad, u otras circunstancias subjetivas particulares con perjuicios de diversa índole (D.57/12) que requieren una estimación a tanto alzado, como el sometimiento a una nueva intervención de urgencia, con los riesgos inherentes a dicha situación, la prolongación de la estancia hospitalaria, las continuas visitas al Servicio de Urgencias, el hecho de haber padecido dolor, la colocación de diversos catéteres u otros semejantes (D.54/12).

- *Daños morales*

Sobre la indemnización de daños morales, el Consejo ha efectuado en 2012 las siguientes declaraciones: i) que la pérdida de oportunidades terapéuticas es una modalidad de daño moral indemnizable, basado en el cálculo de probabilidades, que ha de ponderarse en cada caso para evaluar la indemnización a la vista también de las secuelas (D.34/12); ii) que hay daño moral indemnizable en el producido a la hermana de un paciente con carcinoma vesical fallecido por metástasis no detectadas por el Servicio de Urología al biopsiarle una zona que no permitía dicha detección (D.34/12); y iii) que hay daño moral indemnizable en los padecimientos sufridos por una fístula vési-co-vasinal subsiguiente a un parto con fórceps correctamente realizado y con

resultado de un recién nacido normal, cuando dicha fístula no fue objeto de consentimiento informado como riesgo típico de la intervención (D.50/12).

- *Gastos en sanidad privada y distinción de figuras afines*

No es infrecuente que los reclamantes pretendan, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ser reintegrados de los gastos efectuados en centros sanitarios privados.

A este respecto, el Consejo ha seguido insistiendo en 2012 en que no debe ser confundido el *procedimiento de reclamación de gastos ex RD 63/95*, que forma parte del Sistema de la Seguridad Social y cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social (ahora reducidos al caso de urgencia vital inmediata sin posibilidad de acceso a la sanidad pública ni de utilización abusiva o desviada de la privada, como precisa el RD 1030/06), con el de *reclamación de responsabilidad patrimonial ex LPAC*, que forma parte del Sistema de responsabilidad administrativa cuyo conocimiento compete a la contencioso-administrativa y que, si se cumplen los requisitos generales, comprende no solo la citada *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), al que es equiparable el *error de tratamiento*, cualquier tipo de *infracción de la lex artis ad hoc*, y cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario; pero sin que esto último (como ha declarado la SAN 25-2-04, con cita de otras) suponga la existencia de un derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, con gastos a cargo de la primera (D.48/12, que reitera la doctrina sentada en D.28/03, D.63/04, D.54/05; y D.28/06, D.31/06 y D.57/06; y D.31/07, D.104/07, D.106/07; D.26/08, D.70/08, D.96/08, D.102/08, D.105/08; D.8/09, D.37/09, D.51/09, D.97/09, D.22/10, D.72/10 y D.27/11).

Esto dicho, el D.48/12 insiste en que los **requisitos** precisos para que pueda ser apreciada la **urgencia vital**, que justificaría la reclamación del reintegro de gastos (según la STSJRioja, Sala Social, de 30-12-05, con cita de otras STS), son: **i)** la existencia de una **situación de riesgo** (pues no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, en los más de los casos, porque en ella está en *peligro la vida del afectado*; también, en términos menos graves, se aprecia la urgencia vital ante la concurrencia de un *peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo* o que *provoque la pérdida de órganos o miembros fundamentales* para el desarrollo normal del vivir, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. La integridad moral queda así incluida en el término «vital». Es preciso, por tanto, *una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la*

integridad fisiológica del enfermo); **ii)** que la situación de riesgo sea **objetiva y contrastada**; **iii)** que el riesgo sea **inesperado, imprevisible**, como un accidente o la aparición **súbita** de un cuadro clínico, que requiera de una inmediata atención; **iv)** que exista **perentoriedad o premura** en la actuación, de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física, si ha de estar-se a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los Servicios médicos asignados por la Seguridad Social; y **v)** que la urgencia vital precisa, además, de la situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija acción terapéutica inmediata, **que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente, el acudir a los Servicios sanitarios propios de la Seguridad Social.**

Por tanto, la decisión del paciente de trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado conlleva la obligación de dicho paciente de pagar al centro privado los gastos correspondientes, pues, para poder reclamarlos a la Administración por vía de responsabilidad patrimonial, debe probarse la existencia de un daño imputable a la misma por inobservancia de la *lex artis ad hoc* (D.17/12).

5. Responsabilidad de la Administración urbanística

El Consejo Consultivo ha emitido el importante D.53/12 sobre el derecho de reintegro de los sobrecostes que, para una Junta de Compensación, supone dotar a otros Sectores de la conexión a redes generales de servicios, como las de agua, saneamiento, gas o electricidad.

Señala el Consejo que es indiscutible el deber de los propietarios de la Unidad de ejecución, constituidos en Junta de Compensación, de asumir los costes de urbanización de la misma (deber legal impuesto por el art. 60.1.e) LOTUR) y, específicamente, las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación (arts. 60.1.f) y 134.2.a) LOTUR).¹²

¹² Este último precepto incluye como gastos de urbanización: «el coste de las obras de...abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, conducciones de gas, conducciones de telefonía y comunicaciones... y demás dotaciones locales que estén previstas en los planes y proyectos, incluidas, en su caso, las obras de conexión con los sistemas generales y de ampliación y refuerzo de los mismos, todo ello sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalaciones de las redes de suministro con cargo a las empresas o entidades suministradoras, conforme a las correspondientes reglamentaciones».

Para el Consejo (D.53/12), el contenido de este precepto legal (art. 134.2 a) LOTUR) debe entenderse acomodado a las nuevas exigencias establecidas en el art. 16.1.c) y d) del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRSLU), que establece las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la propiedad del suelo *ex art. 149.1.1 CE*.

De esta manera, a la Junta de Compensación le corresponde el cumplimiento de una obligación *inter privados*, pero intensamente *publicada*, tanto por los sujetos intervinientes (naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y los propietarios que deberían haberse constituido en Junta de Compensación) como por el origen y contenido (deber de costear las obras de urbanización, *ad intra* de la Unidad de ejecución y, en su caso, *ad extra*, si un Sector asume más gastos que benefician a otro Sector).

En este último caso, no cabe negar la potencial posición acreedora de la Junta de Compensación respecto a los propietarios de otros Sectores, si éstos aprovecharan en el futuro las conexiones a las redes generales financiadas por dicha Junta para dotar a aquellos Sectores de la conexión a los sistemas generales; pero, si no ha habido una orden municipal para que se realicen las instalaciones que conllevan tales sobrecostes, no puede la Junta instrumentar ahora una reclamación de responsabilidad patrimonial.

La depuración del coste real de las obras de urbanización referidas a la conexión de las redes de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales a los sistemas generales es de extraordinaria relevancia, no solo *ad intra* de la Junta de Compensación (es decir, a los efectos de determinar la participación de cada uno de los propietarios en el coste de las obras), sino también *ad extra*, esto es, en relación con una hipotética participación en dichos gastos de futuras conexiones a esos sistemas generales, pero sobre esta última cuestión no debe pronunciarse el Consejo al no haberse producido la misma.

En cualquiera de ambas perspectivas, la Administración municipal, como titular de la función pública urbanística, no puede ser indiferente a la actuación de las entidades urbanísticas colaboradoras, que actúan bajo su tutela, desentendiéndose absolutamente de las mismas: por el contrario, debe salvaguardar los intereses generales de la comunidad local en su conjunto (una parte de los cuales los constituyen los bienes inmuebles de titularidad municipal afectados por la actuación y las cesiones a su favor de bienes y del aprovechamiento urbanístico correspondiente), pero también los de los particulares afectados por la actuación urbanística. Por esa razón, le es

exigible a la Administración municipal una mínima diligencia en cuanto a la verificación y verosimilitud de las cuentas de liquidación del proceso urbanizador, no solo en aquellos casos que afecten directamente a los bienes e intereses municipales, sino para proteger los intereses de todos los propietarios afectados, que pueden entender que los gastos liquidados tienen el respaldo de la Administración de tutela.

Por ello, el D.53/12 entiende que ambas posibles reclamaciones o peticiones (la de indemnización del sobrecoste y la de reconocimiento del derecho al reintegro del mismo) tienen un fundamento jurídico común, que no es otro que la función pública urbanística de la que es titular el Ayuntamiento en cuanto al desarrollo urbano del municipio (pues, «*la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general*», según el art. 3.1 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y, en el mismo sentido, el art. 4 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja (LOTUR).

Caso de existir una orden municipal de que se efectuaran las obras determinantes del sobrecoste y de que ese mayor coste no se repercutiese a los Sectores beneficiarios, estaríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial, no reconducible a ninguno de los supuestos indemnizatorios urbanísticos contemplados en el art. 35 TRLS (alteraciones del planeamiento urbanístico, vinculaciones o limitaciones singulares respecto de construcciones y edificaciones, anulación de licencias urbanísticas, ocupaciones de terrenos), y que habría de ampararse en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del art. 106.2 CE, desarrollado en los arts. 139 y siguientes LPAC, siempre que concurrieran los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Pero no debe ser confundido el procedimiento de responsabilidad patrimonial con el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora (normalmente, la municipal) reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los mayores gastos que haya realizado en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios*, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, pues la reclamación de responsabilidad patrimonial solo puede instrumentarse si los sobrecostes se han producido efectivamente y, además, por una orden directa de la Administración; pues, en otro caso, la Junta solo tiene acción para exigir en el futuro el reintegro de los sobrecostes a los Sectores beneficiarios, cuando éstos traten de conectarse a las redes generales sufragadas por la Junta acreedora.

Si la Junta de Compensación reclama a su Administración urbanística tutora (normalmente municipal) los sobrecostes de urbanización como un procedimiento de responsabilidad patrimonial (acción de condena), y dicha Administración no los ha ordenado pero los reconoce como realizados, bien puede esta *reconvertir* el procedimiento de reclamación en uno de mero reconocimiento (acción declarativa) del derecho de dicha Junta a ser reintegrada en su día por los otros Sectores beneficiarios de los sobrecostes, salvo que la Junta insista en ejercitar *subsidiariamente* la acción de responsabilidad patrimonial contra la referida Administración, si esta se opone a dicho reconocimiento y, efectivamente, la expresada Administración, en el expediente tramitado, no reconoce la realización de los sobrecostes ni haberlos ordenado, porque entonces se impone tramitar y resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No puede aceptarse, según el D.53/12, la *mutatio libeli* consistente en iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial y, al comprobar que la acción ha prescrito, tratar de reabrir el plazo de prescripción aduciendo, en el trámite de audiencia, que lo ejercitado era el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora* (normalmente, la municipal) *reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los mayores gastos que tenga que realizar en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios*, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, cuando no se prueba que haya habido una orden municipal de realizarlos (no existe el *quid* de la reclamación), y, además, tales gastos aun no se han materializado (no existe el *quantum* de la reclamación) y nada impide la posterior exigencia a dichos otros Sectores del reintegro de los que se efectúen.

Entiende, pues, el Consejo que procede denegar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística tutora (municipal, en este caso) de la Junta de Compensación reclamante cuando, de los sobrecostes alegados por esta última, no se han probado pericialmente la antijuridicidad del daño, esto es: i) ni su existencia ni su cuantía; iii) ni que se refieran a servicios de competencia del Municipio o de sus empresas concesionarias (aguas y saneamiento, ya que los de electricidad y otras redes competen, en su caso, a las respectivas Compañías suministradoras); iii) ni que obedezcan al cumplimiento de una orden de dicho Municipio o de sus empresas concesionarias (que se han limitado a señalar los puntos de enganche a las redes); iv) ni que beneficien a otros Sectores distintos del que corresponde a la Junta reclamante. Sino que, por el contrario, se ha probado la inexistencia de una lesión antijurídica, esto es: i) que los sobrecostes alegados (salvo una pequeña

instalación de bombeo (que no puede considerarse sobre coste ya que era necesaria para salvar una diferencia de cota), corresponden solo a obras previstas en el Proyecto y en sus modificados; ii) que la financiación de tales costes está comprendida en el deber jurídico que impone la legislación urbanística a la Junta de Compensación de costear la urbanización de la Unidad de actuación correspondiente, incluidas las obras de conexión a las redes generales; y iii) que los gastos de urbanización ejecutados han sido destinados al servicio exclusivo de la Unidad de actuación correspondiente a la Junta reclamante.

Concluye el D.53/12 que, en caso de alegados sobrecostes de urbanización, el *dies a quo* a efectos de la prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los mismos es el de la firma del acta de recepción y, en su caso, de subsanación conforme, de las obras, que incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incorporadas al patrimonio municipal con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto –en adelante, RGU–, de aplicación supletoria en La Rioja, *ex art.* 149.3 CE).

VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Concepto de revisión de oficio

Sabido es que la revisión de oficio consiste en una potestad de la Administración por la que esta puede dejar sin efecto actos suyos anteriores, aunque sean declarativos de derechos a favor de los particulares, cuando incurran en alguno de los vicios de nulidad de pleno derecho determinados por la legislación de procedimiento administrativo común y siguiendo el procedimiento establecido al efecto en la misma (D.2/12, que reproduce la doctrina de D.7/05 y D.46/08).

2. Intervención consultiva en el procedimiento y distinción de este con figuras afines

En los procedimientos de revisión, el dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo (*ex arts* 102, LPAC; 11 f), de la Ley reguladora del Consejo; y 12.2, f), de su Reglamento) y, no tanto vinculante, cuanto *habilitante* u obstativo de la ulterior decisión revisora de la Administración, en el sentido de

que esta solo puede anular el acto si el dictamen es favorable a la nulidad del mismo (D.2/12 que reproduce doctrina anterior de D. 65/04, D.28/05, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.36/05, D.40/05, D.41/05, D.42/05, D.43/05, D.60/05, D.61/05, D.67/05 y D.101/05; D.17/06, D.20/06, D.59/06 y D.73/06; D.57/07, D.66/07, D.88/07, D.94/07; D.46/08, D.78/08, D.99/08; D.83/09, D.40/10; D.48/10, D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

3. Causas de nulidad de pleno Derecho

El Consejo se ha limitado a pronunciarse en 2012, con carácter general: i) sobre los *límites de la revisión*, al optar por el criterio de exclusión del enjuiciamiento *de mininis* (cfr. art. 102.3 LPAC), con arreglo al cual no deben ser revisados actos que presenten irregularidades irrelevantes, como son las no invalidades *ex art.* 63 LPAC (D.2/12, que reproduce la doctrina del D.83/09); ii) sobre la *interpretación de las causas de revisión*, al señalar que las mismas deben ser interpretadas de manera estricta (D.2/12, que reproduce la doctrina de D.20/06 y D.88/07); y iii) sobre la *necesaria y previa valoración de los hechos*, es decir, la exigencia de que la Administración revisora efectúe un previa y adecuada valoración de los hechos (adecuación que puede ser examinada por el Consejo Consultivo) para evitar un erróneo ejercicio de la potestad de revisión, por no concurrir el presupuesto habilitante para ello (D.2/12).

En particular, en 2012, el Consejo solo ha examinado, en su D.2/12, un caso relativo a la **causa del art. 62.1,e) LPAC** (actos en los que se ha prescindido total o absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados), y ha señalado: i) que no concurre esta causa cuando, en la modificación del horario de prestación de un servicio público contratado administrativamente (servicio de bar municipal, en el caso), al no recabar el previo consentimiento del contratista, no se ha prescindido del procedimiento, sino que se ha aplicado el art. 59.1 LCAP, que habilita a la Administración contratante para ejercitar unilateralmente la potestad de modificación (*ius variandi*) de los contratos administrativos por razones de interés público, siempre que se hayan cumplido los demás requisitos exigidos para ello en la legislación contractual aplicable; y ii) que tampoco concurre esta causa cuando, al incluir una cláusula de prórroga automática en un contrato administrativo (en el caso, el citado de prestación del servicio de bar municipal), no se ha prescindido del art. 157 LACP, sino que, en cada posible prórroga, se ha preservado la potestad municipal de denunciar el contrato con un preaviso de 6 meses.

VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS

En 2012, el Consejo Consultivo se ha pronunciado, además, sobre diversas materias concretas, sentando la doctrina que seguidamente se extracta:

1. Actos administrativos: Autorizaciones

El Consejo ha recordado en su D.3/12 que, aunque la regulación proyectada no se refiera a un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre prestación de servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva *Bolkestein* o de servicios, debe justificarse en el expediente de elaboración el mantenimiento de la técnica de la *autorización administrativa* de la actividad, en vez de la *comunicación previa responsable*.

Por otra parte, en esta cuestión es importante el D.30/12, sobre el Anteproyecto de reglamento regulador de las Estaciones de ITV, al que luego aludiremos, pues contiene una serie de interesantes consideraciones, eminentemente prácticas y de técnica normativa, sobre los actos administrativos de autorización, que pueden ser resumidas en la siguiente doctrina: **i)** no deben ser confundidos, en una autorización administrativa reglada, los requisitos *de la solicitud* con los *del otorgamiento*, es decir, los requisitos formales exigidos para solicitarla, con los requisitos materiales exigidos para otorgarla; y, por ello, no debe ser empleada la expresión «*podrá otorgarse*», sino la expresión «*se otorgará*», para referirse al otorgamiento de una autorización administrativa reglada; y tampoco debe ser utilizada la expresión «*conocer de las solicitudes*» para referirse a la competencia administrativa para «otorgar las autorizaciones»; **ii)** no debe sujetarse a plazo, en una relación jurídica de autorización administrativa reglada, la notificación de variaciones de condiciones o requisitos que puedan ser imprevisibles; **iii)** no deben ser empleadas, para referirse a autorizaciones administrativas regladas, las expresiones *vigencia* o *pérdida de vigencia*, sino las expresiones *eficacia* o *pérdida de eficacia*, ya que no se trata de disposiciones normativas sino de actos administrativos; **iv)** tampoco debe ser confundida, en una actividad sujeta a autorización administrativa reglada, la acreditación negativa que la actividad autorizada merezca a una entidad privada de certificación, con las consecuencias que esa circunstancia pueda producir en orden a una posible suspensión o revocación ulterior de la autorización administrativa; y **v)** finalmente, cuando, en una autorización reglada, se exija la intervención de una entidad privada de acreditación y certificación, si esta es negativa, no deben emplearse para calificarla categorías administrativas, como suspensión o

revocación (y menos, aun la vulgar de «retirada»), que solo son propias de la actividad administrativa sobre la autorización, a la vista de la certificación negativa emitida por la entidad privada de acreditación.

2. Concentración parcelaria

El D.28/12, a propósito de una reclamación de responsabilidad patrimonial a consecuencia de la asignación de fincas de reemplazo tras un procedimiento concentración parcelaria, ha permitido al Consejo realizar una serie de consideraciones de interés sobre esta operación física y jurídica de reorganización de la propiedad rústica.

Comienza el Consejo recordando que la concentración parcelaria se encuentra regulada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA), TR aprobado por DLeg. 118/1973, de 12 de enero, que articula un procedimiento común, compuesto por una fase inicial de solicitud por parte de los interesados, la declaración de utilidad pública, una fase de investigación de la propiedad aportada al proceso y la fijación definitiva de esta, luego un proyecto de reparcelación y, por ultimo, el acuerdo que contiene las adjudicaciones.

Por tanto, la concentración parcelaria, a juicio del Consejo, es un procedimiento administrativo de contenido económico, con la concreta finalidad de rentabilizar las explotaciones agrarias por medio de la reordenación del terreno y de la redistribución de la propiedad. En ella, cada propietario accede al proceso de división con un crédito, que es el valor de sus fincas aportadas, para lo que accede a unas deducciones legales en sus aportaciones, no superiores al 3%. Las propiedades entregadas forman una masa que debe ser reparcelada por la Administración gestora.

Así, una vez declarado firme el acuerdo de concentración parcelaria, se redacta y aprueba el acta de reorganización de la propiedad, que es el documento autorizado por la Administración gestora competente, donde se relacionan y describen las fincas resultantes de la concentración o fincas de reemplazo, con las circunstancias necesarias para la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad, y la manifestación expresa de su indivisibilidad que proceda.

Recuerda el D.28/12 que el procedimiento de concentración parcelaria tiene su propio sistema de revisión administrativa y jurisdiccional, mediante la interposición, en su caso, de los correspondientes recursos, por lo que no procede, con carácter general, acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial.

nial para obtener la referida revisión, máxime cuando no concurren los requisitos necesarios para ello.

Esto dicho, el posible menoscabo económico (consistente en que los bienes de reemplazo entregados, no se correspondan, en morfología y situación productiva, con las parcelas originales, de suerte que no sea posible alcanzar el nivel de producción y rentabilidad anterior a la concentración sin efectuar inversiones en infraestructuras) no existe cuando pericialmente se prueba que la concentración ha supuesto un valor añadido a las fincas frente a la dispersión previa y los menoscabos no han ido más allá de los que tienen el deber jurídico de soportar en virtud del propio procedimiento de concentración parcelaria.

Por supuesto, en el proceso de concentración parcelaria, la Administración gestora viene obligada a realizar obras de mejora y acondicionamiento de caminos rurales (estos se renuevan), se establecen los necesarios desagües, se adaptan las vías pecuarias de la zona, se eliminan accidentes artificiales que impiden el cultivo, todo ello de forma gratuita para todos los partícipes de la concentración.

Evidentemente, lo que no se hace en el procedimiento de concentración parcelaria a costa del común son obras de reestructuración para efectuar concretas plantaciones (frutales, viñedos...), las cuales deben ser sufragadas por los concretos propietarios (a cada partícipe de la concentración se le asignan tierras por valor igual al entregado y será él el que disponga como explotar mejor lo asignado).

De ahí que la cuantificación de las obras de mejora o adecuación de las fincas asignadas al cultivo al que cada adjudicatario desee adecuarlas no denota daño alguno proveniente de la actuación u omisión administrativa en el proceso de concentración parcelaria, sino que se trata de una cuantía que cada adjudicatario puede invertir para hacer más rentable su explotación y que, como tal, está dentro de la propia organización y explotación que cada propietario haga de los bienes de los que es titular y que fueron entregados por la Administración en igualdad de condiciones a todos los partícipes de la concentración.

En suma, concluye el D.28/12 que una reclamación de superficie de terreno con cargo a la masa común, debe atenderse al art. 206.2 LRDA, a cuyo tenor el *destino de las tierras sobrantes de la masa común tendrá carácter provisional durante los tres primeros años posteriores a la firmeza del acuerdo*, mediante la cesión temporal en uso a los Ayuntamientos, pues dicho periodo temporal de

tres años responde al «destino» de estas tierras sobrantes que, una vez efectuadas las actas de reordenación, consiste *en la estricta corrección de errores materiales* (STS de 31-7-1999); por lo que dicha reclamación debe ser desestimada cuando, de la de la puntuación asignada a lo aportado y a lo entregado, no se infiere error material alguno en la redistribución final de la propiedad.

3. Arranque forzoso de plantaciones enfermas

El Consejo Consultivo, en sus D.27/12 y D.61/12, ha examinado la eventual responsabilidad de la Administración agraria en sendos casos de arranque y eliminación forzosa de plantaciones afectadas por la aplicación del programa de erradicación y control del fuego bacteriano de las rosáceas, lo que ha permitido al Consejo analizar la naturaleza jurídica de estas indemnizaciones, a caballo entre las *expropiaciones forzosas virtuales* y las *responsabilidades administrativas especialmente baremadas*.

En efecto, se trata de casos en los que procede una indemnización legalmente tasada sin seguir ni el procedimiento expropiatorio ni el de responsabilidad patrimonial, como sucede, entre otros, en los rescates de concesiones, en el sacrificio obligatorio de ganado por epizootias y también en el arranque compulsivo de plantaciones afectadas por plagas vegetales. Concretamente, las indemnizaciones por los trabajos y daños consecuentes a la aplicación forzosa de medidas administrativas, de arranque y eliminación de plantas y materiales contaminados, adoptadas para la erradicación y no propagación en explotaciones agrarias de un brote vegetal de fuego bacteriano quedan sujetas a los baremos establecidos en los RRDD 1201/99, 1512/05 y 246/10.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para el Consejo Consultivo, no se trata propiamente de una expropiación, ni de una subvención, sino de una responsabilidad patrimonial *sui generis* o singular, análoga al caso del sacrificio obligatorio de ganado afectado por epizootias, que debe ser tramitado por el procedimiento de la responsabilidad patrimonial y que, por tanto, exige dictamen preceptivo, en su caso, del Consejo Consultivo, ya que la ley reguladora del mismo lo refiere a todo caso de reclamación de daños y perjuicios, sin tener que indagar sobre la naturaleza del procedimiento del que deriva.

4. Función pública

A) Acceso: retraso en el nombramiento

Una reclamación de responsabilidad patrimonial por retraso en el nombramiento de un funcionario ha dado pie al D.8/12 para declarar que

procede tal demora para la realización previa de un concurso interno de traslados, negociado con los representantes sindicales, que determine las vacantes a cubrir.

B) Retribuciones: minoración

Como se ha expuesto al analizar los límites de los Decretos Leyes, el Consejo Consultivo ha recordado en D.39/12 lo señalado en D.62/10 en el sentido de que las SSTC 202/03, 1/03, 37/02 y 222/02 han considerado conforme a la CE (*ex arts. 149.1. 13 y 18 y 156.1*) la fijación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (LPGE) de las retribuciones de los funcionarios públicos, con carácter vinculante para las CCAA, que es el sistema que arbitró la Ley 30/84 y que sigue estableciendo el vigente Estatuto básico del empleo público (EBEP, Ley 7/07).

De ello, resulta la constitucionalidad del sistema arbitrado por el EBEP, en el que las retribuciones básicas (sueldo y trienios) de los funcionarios al servicio de cualquier Administración son las que fije para cada ejercicio la LPGE (art. 23 EBEP) y las complementarias (a las que se ciñe la posibilidad de tener políticas propias) las que fije, en el caso de las CCAA, su propia LPG (art. 24 EBEP).

Ahora bien, un Decreto Ley no puede incidir en esta materia reservada a las Leyes de Presupuestos; por eso, el Consejo: i) en D.62/10, estimó una posible inconstitucionalidad de la DA 9ª del RDL 8/10, de Medidas de reducción del déficit público, al no aplicar las reducciones salariales establecidas con carácter general al personal no directivo de determinadas Sociedades mercantiles de fundación pública y Entidades públicas empresariales, ya que se trata de una norma con rango de ley que realiza una exclusión o derogación singular de sus propios preceptos, lo que ha sido considerado contrario a la CE por SSTC 213, 220 y 259/88, 148/91 y 159/01; y ii) en los D.62/10 y D.39/12, ha entendido que por RDL no se pueden alterar las retribuciones funcionariales establecidas cada año por la LPGE, y ello, no solo por la reserva a la LPGE *ex art. 135.1 y 5 CE*, y por ser la retribución contenido esencial del derecho al trabajo *ex art. 35 CE*, en relación con el art. 53.1 CE, sino también por pertenecer al estatuto funcional *ex art. 103.3 CE*, tal y como especifican los arts. 14 d) y 21 EBEP.

Por eso, los citados D.62/10 y D.39/12 entienden que la suspensión por RDL de la aplicación del vigente Acuerdo entre Gobierno y Sindicatos en materia de función pública, al estimar el Gobierno que concurren circuns-

tancias de extraordinaria y urgente necesidad *ex art.* 38.10 EBEP, ha de interpretarse en el sentido de que se refiere a cuestiones no retributivas, pues, en materia de retribuciones, la reserva de LPGE (cfr. art. 21 EBEP) hace que el RDL solo pueda limitarse a posibilitar el abandono del Acuerdo en la futura LPGE, pero no a hacerlo en otra Ley ni menos en un RDL.

En suma, el D.39/12 reitera los argumentos expuestos en el D.62/10 sobre posible inconstitucionalidad del RDL 8/10, para argumentar ahora la posible inconstitucionalidad del RDL 20/12.

C) Complemento autonómico de prestaciones económicas de la Seguridad Social: minoración

El art. 31.5 EAR'99 confiere competencia a la CAR para regular la reducción, para todos los empleados del sector de la CAR, de los complementos retributivos que implementan las prestaciones económicas de Seguridad Social en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (D.65/12).

Por tanto, la minoración de los complementos retributivos autonómicos (que implementan las prestaciones económicas de Seguridad Social en las citadas situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural) tiene cobertura legal en el RDL 20/12, del que trae causa la Ley 5/12, por más que ambos, así como el anterior RDL 8/10, puedan ser reputados inconstitucionales por infringir la reserva de Ley de Presupuestos y por incurrir en retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos (D.62/10, D.39/12 y D.65/12).

5. Industria: Régimen de las Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (ITV)

El Consejo Consultivo ha dedicado su relevante D.30/12 al análisis de un Anteproyecto de Decreto regulador de las Estaciones de ITV, lo que le ha permitido sentar una importante y clarificadora doctrina sobre la naturaleza y régimen jurídico de las mismas, que se extracta en los siguientes epígrafes.

A) Régimen jurídico de esta materia: concesiones y autorizaciones

La regulación de esta materia ha sido tradicionalmente reglamentaria; antes era de competencia exclusivamente estatal; y, tras la creación de las CC.AA, junto a las normas estatales, existen normas regionales, en aspectos

fundamentalmente organizativos y procedimentales, respecto de la función ejecutiva de la inspección técnica de vehículos.

En 2012, la normativa estatal está contenida en el R.D. 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, norma que deroga e integra otras disposiciones reglamentarias estatales anteriores (R.D. 833/2003, de 27 de junio, por el que se establecen los requisitos técnicos que deben cumplir las estaciones de ITV; y R.D. 1987/1985, de 24 de septiembre).

No obstante, la cobertura legal de esta materia se encuentra en: i) la Ley estatal 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en los relativo al régimen sancionador administrativo; ii) el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en cuanto se refiere a la «inspección de vehículos» (artículos 4.6; 59.3); iii) el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones (Capítulo II), al regular determinados aspectos del régimen jurídico de las ITV (con el objetivo principal de liberalizar esta actividad), norma de urgencia que legaliza parte de esta materia, al tiempo que deslegaliza ciertos aspectos de la misma.

Además, hay que tener en cuenta la evolución normativa en esta materia en la UE, el Estado y la CAR, pues concurren en ella normas europeas, estatales y autonómicas con una relevante jurisprudencia del TJUE, TC y TS, cuya distinta aparición temporal explica los cambios y transformaciones operadas en las formas y técnicas de intervención administrativa en este sector de la actividad económica, que afecta a la seguridad vial e industrial.

Por lo que se refiere a la CAR, en 2012 cuenta con cuatro estaciones de ITV: i) dos, fueron instrumentadas como **concesiones** administrativas (una, en La Rioja Alta; y otra, en La Rioja Baja), cuya prórroga fue denunciada oportunamente, produciéndose su extinción; si bien, para garantizar, en ambos casos, la continuidad del servicio, en tanto se clarificaba el marco legal, su actividad fue autorizada provisionalmente por la Orden 16/2010, de 14 de diciembre, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo; ii) las otras dos, están instrumentadas como **autorizaciones** administrativas de duración ilimitada, en tanto se reúnan los requisitos para su funcionamiento (son las dos ITV existentes en Logroño, que cubren también su entorno).

Esta dualidad de regímenes en la CAR se sustenta, además, en la zonificación o territorialización relativa del servicio, dirigida a garantizar su pro-

ximidad al usuario, sin que ello suponga, sin embargo, un monopolio territorial cerrado o privativo, pues los propietarios de los vehículos pueden pasar la ITV donde elijan libremente, incluso en otras CCAA (art. 9.1 RD 224/2008).

Por otro lado, la duplicidad de formas gestoras existente en la CAR es consecuencia de las opciones organizativas fijadas por el legislador básico estatal, ya que el RDL 7/2000, de 23 de junio, liberalizó la prestación de servicios de ITV y sustituyó el anterior sistema de *concesión administrativa* (previsto hasta ese momento por el art. 2.1 del RD 1987/1985), por el de *autorización administrativa* reglada, como instrumento jurídico que posibilita la prestación del servicio de ITV por los particulares.

El RDL 7/00 estableció, además, un régimen transitorio, permitiendo a las estaciones de ITV existentes a su entrada en vigor la continuidad del servicio (es obvio entender que hasta la finalización del plazo concesional que tuvieren fijado), sin necesidad de obtener autorización administrativa previa, aunque sin perjuicio de cumplir los requisitos técnicos establecidos en el RD 833/2003, de 27 de junio. Las normas privativas de la CAR, aprobadas con posterioridad a las normas estatales, no hicieron sino consagrar esta duplicidad del título habilitante para la prestación de la ITV, lo que explica la dualidad de regímenes existente en la CAR en 2012.

Con posterioridad a la implantación de ese nuevo marco normativo, la STC 332/05 declaró inconstitucional el art. 7.2 RDL 7/00, por vulnerar las competencias autonómicas en materia de industria, al imponer, con carácter de normativa básica, la autorización administrativa como único título habilitante para la gestión por los particulares y no permitir que las CCAA puedan atender en su regulación a factores de distribución territorial o de forma y condiciones de prestación del servicio de ITV. El TS, por su parte, declaró nulos determinados arts del RD 833/03 que desarrollaba el RDL 7/2000.

Para acomodar el marco normativo estatal en la materia a las correspondientes Sentencias anulatorias, el Estado aprobó el RD 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, que reconoce las competencias normativas complementarias de las CCAA en dicha materia (art. 1.1), así como la ejecución material de las inspecciones de acuerdo con el modelo de gestión que libremente establezcan (art. 2.1); y reitera que «*dicha ejecución material podrá ser realizada por las CCAA directamente o a través de sociedades de economía mixta, o por personas privadas con su propio personal, en régimen de concesión administrativa o autorización*».

Esta norma estatal, **en el orden interno**, respeta las competencias autonómicas; pues, caso de que las CCAA renuncien a la gestión directa y decidan gestionar indirectamente la actividad de ITV mediante empresas privadas, pueden optar por el modelo de concesión o de autorización administrativa, sin imponer –como hacía el RDL 7/00–, una única forma de gestión.

Ahora bien, la norma estatal y las opciones organizativas que establezcan las CCAA deben ser –**en el orden externo**– respetuosas con las exigencias derivadas del Derecho comunitario europeo; y, así, en el ámbito europeo, destaca la Directiva 96/96/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la ITV y de sus remolques, modificada en diversas ocasiones y refundida por la Directiva 2009/40/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009; que ha armonizado las reglas de la ITV para evitar distorsiones de la competencia entre los transportistas y garantizar que se realizan en los vehículos operaciones de reglaje y mantenimiento suficientes; pero no han establecido reglas armonizadas sobre el **acceso** a las actividades de ITV, de manera que los Estados miembros siguen siendo los competentes para establecerlas, en el marco de la neutralidad organizativa prevista en el art. 2 de la citada Directiva.

La Directiva 2009/40/CE permite, en consecuencia y con neutralidad organizativa, que los Estados utilicen, tanto la prestación directa, como la indirecta, así como la explotación por particulares, debidamente autorizados para ello y bajo supervisión estatal directa, siempre que las reglas de acceso a la actividad de ITV respeten las libertades fundamentales reconocidas en el TUE y, en particular, las exigencias que puedan derivarse, en el momento presente, de lo establecido en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la conocida como *Directiva de Servicios* (que no entrañen discriminación; que sean necesarias por una razón imperiosa de interés general; y que sean proporcionadas).

Así pues, hay que tener en cuenta también la incidencia en la materia de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior) que consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, salvo que se trate de los sectores excluidos (los enumerados en , su art. 2.2 y en el art. 2.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su

ejercicio, norma que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español).

Pues bien, entre los sectores excluidos, figuran las «*actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública*» (artículos 2.2.i), de la Directiva 2006/123/CE; y 2.1.i), de la Ley 17/2009). Pero, la determinación de si una actividad constituye o no ejercicio de autoridad pública no es algo que pueda decidir unilateralmente un Estado miembro, sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios generales establecidos por el TJUE, pues el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública (o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas), no significa que tal actividad constituya ejercicio de autoridad pública y que encaje, por consiguiente, en lo dispuesto en el art. 45 TCE (actual 51 del TUE), de acuerdo con la interpretación restrictiva hecha por el TJUE, en orden al favorecimiento de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la UE.

La Directiva de Servicios ha supuesto, como es sabido, un giro extraordinario en la configuración de las técnicas tradicionales de intervención administrativa, de manera que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios solo puede excepcionalmente quedar sujeta a *autorización administrativa* cuando dicha medida no suponga discriminación, sea proporcionada, resulte necesaria por una razón imperiosa de interés general; y cuando, además, los procedimientos y trámites de la autorización respeten determinados principios (tener carácter reglado, ser claros, inequívocos, objetivos, imparciales, transparentes, y hechos públicos con antelación), de acuerdo con los arts. 9 y 10, de la Directiva, y 5.b) y 6, de la Ley 17/2009.

En particular, la sujeción de la actividad de ITV a específicas y restrictivas condiciones de autorización administrativa ha sido objeto de la STJUE de 22-10-2009 (C-438/08, *Comisión contra República portuguesa*), en relación con el incumplimiento por Portugal de la libertad de establecimiento. En efecto, la legislación portuguesa sujetaba el otorgamiento de las *autorizaciones* administrativas que habilitaban a los particulares para el ejercicio de la actividad de ITV al cumplimiento de determinados requisitos restrictivos (la concurrencia de interés público; un capital social mínimo de 100.000 euros; la limitación del objeto social de las empresas y la imposición a sus socios, gerentes y administradores de determinadas normas en materia de incompatibilidad). Pues bien, ante la alegación de Portugal de que estas restricciones estarían justificadas al ser la actividad de ITV una manifestación del ejercicio del

poder público (*ex art. 45 TCE*, actual art. 51 TUE), el TJUE, tras diferenciar en la actividad de ITV los aspectos técnicos (ajenos al ejercicio del poder público) y los de ejercicio del poder (certificación de la inspección técnica realizada), entiende que la actividad de ITV carece de la autonomía decisoria propia de las prerrogativas de poder público, aunque esté sujeta a supervisión estatal directa (FF.JJ. 39 a 42); y así, afirma que «*las actividades de las entidades privadas de ITV de que se trata no están comprendidas en la excepción prevista en el art. 45 TCE*», (F.J. 45). En suma, para el TJUE, la actividad de ITV, desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y prestación de servicios, no supone el ejercicio directo de poder público.

Tras dicha afirmación, el TJUE examina si el concreto régimen **de acceso** a la actividad de ITV establecido por la normativa portuguesa está justificado por razones imperiosas de *interés general* que justificasen su exclusión de la Directiva de servicios; y concluye que las disposiciones discutidas no son necesarias ni proporcionadas para la protección de la seguridad del tráfico, por lo que declara que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 43 TCE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendan ejercer en Portugal la actividad de ITV.

Adviértase, para evitar equívocos, que lo que esta STJUE declara incompatible con la libertad de establecimiento no es la sujeción a autorización administrativa, sino la configuración injustificadamente **restrictiva** de la misma. Y es que, aunque la actividad de ITV realizada por los particulares no sea ejercicio de poder público (en el sentido estricto del art. 45 –actual art. 51– del Tratado), ello no significa que no sea de **interés general** a los efectos de justificar su excepción del régimen de liberalización de servicios de la Directiva de Servicios, como admite implícitamente el TJUE, al no cuestionarse el contenido del art. 2 de la Directiva 96/96/CE (actual Directiva 2009/40/CE), y, en concreto, a efectos de justificar la sujeción de la actividad de ITV ejercida por particulares a **autorización previa** y el sometimiento de esta al cumplimiento de requisitos razonables y proporcionados al ámbito de que se trate.

Esto es, la admisión por el TJUE de la autorización previa para el acceso a la actividad de ITV supone, en abstracto, que, en dicha técnica de acceso a la actividad, concurre el triple requisito exigido (inexistencia de discriminación; existencia de una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad de la medida). Por ello, estas autorizaciones administrativas pueden contemplar limitaciones temporales, territoriales y cuantitativas,

cuando concurren los requisitos establecidos, con carácter excepcional, por la Directiva de Servicios y la legislación nacional (arts. 10 a 12 de la Directiva de Servicios; y arts. 7, 8 y 9 de la Ley 17/2009).

Por eso, la incidencia de la Directiva de Servicios en el sector de la ITV no implica automáticamente una liberalización de la prestación de estos servicios, pues cabe sujetarlos a **autorización previa** *ex art.* 2 de la Directiva 2009/40/CE, y, además, la propia Directiva de Servicios permite sujetar el acceso a una actividad de prestación de servicios, cuando concorra «*una razón imperiosa de interés general*» (cfr. art. 5.b) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español), con independencia de que esa actividad suponga o no ejercicio del poder público. Y es evidente que la seguridad vial constituye una razón imperiosa de interés general a estos efectos.

Esto dicho, es legítimo que el legislador autonómico opte por un modelo liberalizado, no gestionado directa o indirectamente (mediante concesión) por la Administración, y así, en el Derecho Autonómico Comparado, unas CCAA han aplicado ya el mismo modelo, y otras han optado por formas de gestión directa o indirecta (mediante concesiones), por lo que, desde el punto de vista de la legalidad, ninguna tacha puede hacerse al modelo de gestión mediante autorización administrativa.

Debe señalarse que, a la vista de las circunstancias específicas de la CAR, el legislador autonómico tiene un legítimo margen de actuación (amparado por la propia normativa europea) para introducir modulaciones en los requisitos exigibles del régimen autorizador que, sin ser restrictivas, pueden resultar necesarias y proporcionadas a la mejor prestación del servicio, desde la exclusiva consideración de los derechos de los usuarios.

La normativa autonómica que opte por el modelo de gestión mediante autorización administrativa sujeta al cumplimiento de determinados requisitos técnicos, materiales, humanos y económicos, puede considerar entre ellos la ubicación propuesta para favorecer una distribución territorial adecuada de la ubicación de las estaciones ITV, puesto que la STC 332/20054, declaró inconstitucional la imposición de la autorización como única forma de gestión de otorgamiento reglado, en tanto en cuanto no permitía que las CCAA, pudieran «*tener en cuenta otros factores que consideren relevantes, tales como la distribución territorial de las instalaciones o la forma y condiciones de prestación del servicio, que no están directamente relacionados con la seguridad*» (F.J.12).

Cuestión distinta es si los requisitos concretos establecidos en la norma reguladora para el otorgamiento de la autorización administrativa de las estaciones ITV superan el triple control exigido por la normativa y jurisprudencia europeas (no ser discriminatorios; ser necesarios y proporcionados).

***B) Régimen transitorio de las concesiones,
en especial para la reversión de bienes adscritos***

La concesiones es la forma de gestión, a extinguir, utilizada en la CAR para las estaciones ITV de las Zonas I y III, por lo que el D.30/12 se ocupa del régimen transitorio aplicable a las mismas, especialmente en lo referente al problema patrimonial de la reversión de los bienes adscritos.

En efecto, la reversión de los bienes adscritos a la concesión del servicio al término del plazo concesional constituye un elemento esencial y característico de esta forma de gestión indirecta de los servicios públicos. El plazo concesional, según el pliego de cláusulas administrativas aplicable, era prorrogable, salvo denuncia de las partes, que fue ejercitada por la CAR en el momento oportuno; pues, en ese momento, ya contemplaba unificar, con arreglo a la técnica autorizatoria, el régimen jurídico de las estaciones ITV.

Sin embargo, en lugar de acudir al mecanismo de la extinción de la concesión y a la consiguiente reversión de los bienes adscritos al servicio, la Orden 16/2010, de 14 de diciembre, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo de la CAR, estableció un *régimen transitorio de autorización* para las ITV concesionarias de las Zonas I y III, otorgándoles una autorización provisional para continuar la prestación del servicio «*en tanto no se dicte el Decreto por el que se regule la ITV en la CAR*» (art. 1, *in fine*). Su art. 2 estableció el régimen transitorio de los bienes afectos a las concesiones administrativas referidas. En suma, se estableció que dichos bienes continuarían provisionalmente afectos a la prestación del servicio, «*sin perjuicio del derecho de reversión de la Administración*», a cuyo efecto las empresas concesionarias debían remitir a la finalización del plazo concesional, «*una relación detallada y valorada de los bienes que hubieran estado afectos a la concesión*».

Así, mientras siga la situación de provisionalidad, la continuidad del servicio reconocida determina la no reversión de los bienes y que éstos sigan afectos a la prestación del servicio, en beneficio de los titulares de la autorización provisional otorgada. Sin entrar ahora a determinar la naturaleza jurídica de los bienes revertendos (si son de dominio público, en cuanto adscritos a un servicio público concedido, o si son patrimoniales), para el D.30/12

es evidente que, en este período transitorio, salvo que se esté exigiendo el pago de algún canon adecuado, se está produciendo un uso privativo de bienes de titularidad pública sin contraprestación económica alguna, la cual resultaría exigible en aplicación de las previsiones de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la CAR, y de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La situación de provisionalidad de la autorización otorgada (figura ciertamente contradictoria; pues, si se reúnen los requisitos, ha de otorgarse la autorización; y, si no se reúnen, ha de denegarse) evidencia la inadecuada opción seguida; pues bastaba, en aplicación del principio de continuidad del servicio público, prorrogar el plazo concesional, manteniendo en todos sus términos los elementos de la concesión, incluido el canon concesional. Esa opción la impidió la Administración al haber optado por la denuncia de la concesión.

Concluye, pues, el D.30/12 que, si la autorización provisional se transforma en definitiva, debe procederse formalmente a la reversión de los bienes afectos al servicio, operación que debe hacerse en un plazo determinado, para evitar que esta situación de no reversión se mantenga indefinidamente y que, mientras no se produzca un acuerdo formal de la Administración para la enajenación de los bienes, los antiguos concesionarios mantengan el uso de los mismos. Por ello, en defensa de los intereses patrimoniales de la Administración, el Consejo entiende que esta situación debe clarificarse, sin perjuicio de reconocer a los antiguos concesionarios (titulares actuales de una autorización provisional que se convertirá en definitiva) un «derecho de adquisición preferente» de dichos bienes (al amparo de lo dispuesto en el art. 98 en relación con el art. 86 de la Ley 11/2005, si se considera que dichos bienes han perdido su condición demanial, o del art. 105.3.c) de la misma Ley, caso de considerarse de naturaleza patrimonial). Pero es evidente que debe procederse a la enajenación onerosa de los citados bienes, en el menor plazo posible desde su entrada en vigor, sin que ello quede supeditado a un acuerdo de enajenación; pues, caso de no adoptarse, estaríamos ante un enriquecimiento injusto de los titulares.

C) Autorizaciones operativas en esta materia

El D.30/12 entiende que las autorizaciones de Estaciones de ITV son autorizaciones administrativas de las llamadas *operativas* o *de funcionamiento*, de manera que sus titulares han de cumplir los requisitos legales vigentes en cada momento (*cláusula de progreso*). Por ello, el régimen de incompatibilidades exigible puede ser el estatal (*ex* DT Única.3 RD 224/08, de 15 de febrero),

pero el mismo es *básico* y tiene el carácter de *mínimo* exigible, por lo que puede ser *complementado* mediante lo que, al efecto, puedan disponer las CCAA a través de normas más rigurosas, como admite el art. 4 de la citada norma estatal y fue reconocido por la STC 332/2005, F.J.15.

D) Naturaleza de los actos de las estaciones de ITV y recursos contra ellos

Para el crucial D.30/12, las discrepancias entre los usuarios y la estación ITV, que no se resuelvan mediante una fase previa de *reclamación* y *queja* ante la entidad privada titular de la ITV, son susceptibles de un *recurso* ante la Dirección General competente, que es *administrativo*, puesto que las funciones ejercidas por la entidad privada (tanto las de naturaleza estrictamente técnica, como la decisión de certificar o no la inspección técnica realizada), aunque son actividades que, a efectos del actual art. 51 TUE, carecen de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas del poder público (en los términos señalados por la STJUE de 22-10-09, caso ITV de Portugal), constituyen, en nuestro Derecho interno, *actos materialmente administrativos* provenientes de la actividad autorizada realizada por entidades privadas y están sujetos a supervisión directa de la Administración competente (las CCAA), que es la responsable última de la decisión certificante con relevancia jurídica externa.

E) Infracciones y sanciones en esta materia

El régimen sancionador en esta materia encuentra su cobertura legal en el art. 7.3 del RDL 7/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, y en el Título V de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. No obstante, habida cuenta del carácter genérico de estas normas legales de cobertura, el D.30/12 estima recomendable la posibilidad de estudiar un régimen específico de infracciones y sanciones, el cual pudiera ser incluido en una disposición autonómica con rango de Ley, para evitar, tanto la inseguridad jurídica en esta materia, como la falta de tipificación de algunas infracciones específicas que sean merecedoras de la correspondiente sanción administrativa, asegurando al mismo tiempo la adecuación del régimen sancionador a la realidad de este sector en la CAR.

8. Trabajo: Prevención de riesgos laborales

Ha señalado el Consejo en 2012 sobre esta dimensión de las relaciones laborales, que la prevención de riesgos laborales, con sus prestaciones deri-

vadas, en cuanto deber del empleador, se configura *ex art. 14* de la Ley 31/95, como una obligación *de medios y no de resultados*, y, además, como una obligación *de contenido variable*, en cuanto que se modifica permanentemente en función de las nuevas circunstancias laborales y los nuevos sistemas de producción y protección colectiva o individual (D.51/12).

Esto sentado, el Consejo ha sostenido en el mismo D.51/12: i) que los Arquitectos tienen capacitación en materia de riesgos laborales; y ii) que, aunque en un accidente de trabajo, la Administración dueña de la obra carezca de responsabilidad patrimonial por mediar culpa exclusiva de la víctima, debe adoptar las medidas precisas *ex art 14.3 LPRL* para subsanar las deficiencias, dar la formación y salvaguardar la salud y seguridad en el trabajo adecuada a cada puesto de trabajo afectado.

9. Vivienda

A) Calificación y descalificación de VPO

La Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la CAR, modificada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, permite la desclasificación voluntaria, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos determinados en su art. 48.6, que habilita al Gobierno para su desarrollo reglamentario (D.47/12).

Esto dicho, las *condiciones iuris* exigidas para poder descalificar, tales como cancelar el préstamo concedido y devolver las ayudas percibidas, deben ser de cumplimiento previo al otorgamiento de la descalificación de una VPO, por lo que, antes de dicho cumplimiento, la misma debe ser suspendida (es decir, suspendido temporalmente el plazo para otorgarla) o bien otorgarla solo provisionalmente, de suerte que únicamente se levante la suspensión temporal del plazo para resolver o se eleve a definitiva la descalificación provisional otorgada una vez acreditado dicho cumplimiento previo, pues lo contrario podría dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración (D.47/12).

Ahora bien, el procedimiento de calificación y descalificación no es técnicamente de concesión, por lo que no deben emplearse expresiones como autorizar o conceder, sino las de otorgar u otras semejantes (D.47/12).

B) Libro del edificio

La CAR tiene competencia para regularlo *ex art. 8.1.16 EAR'99*, junto con los títulos competenciales en materia de defensa de los consumidores y

urbanismo, y ha ejercitado esta competencia, incluso en los aspectos sancionadores, aprobando la Ley 2/07, de Vivienda de la CAR, en desarrollo también del art. 7 y la DF 1ª de la Ley estatal 38/99, de Ordenación de la edificación, dictada *ex* las competencias estatales del art. 149.1.6,8 y 30 CE. (D.60/12).

Esto señalado, la regulación autonómica de esta materia no afecta a las competencias estatales en materia civil, mercantil, de seguridad de la edificación y de regulación de las profesiones tituladas (D.60/12).

10. Servicios Sociales

A) Naturaleza de los mismos y su Cartera

El D.24/12 ratifica la doctrina contenida en el D.22/11 y la aplica también a las prestaciones de inserción social. Comienza constatando que la Ley 7/09, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, configura, a los incluidos en la Cartera de los reconocidos por la Comunidad Autónoma de La Rioja, como un *derecho subjetivo* (arts 1.1, 1 y 8 j) universal (arts. 1,2, 8 a), 14 a) y 16.3), cuya titularidad corresponde, *ex* art. 5.1. y 2, a todos los ciudadanos de la UE, a los extranjeros legalmente residentes en La Rioja y a los residentes ilegales, aunque éstos solo para los Servicios del primer nivel, los de protección a la infancia y la atención a mujeres víctimas de violencia de género.

No obstante, esta universalidad no significa un acceso libre e indiscriminado, pues los arts. 4 y 5.3 de la Ley 7/09 lo sujetan a los requisitos específicos y adicionales que reglamentariamente se establezcan para cada Servicio y prestación, como el copago (arts. 23.3 y 25-1.4) o la renta del beneficiario (art. 23.5); y teniendo siempre en cuenta los principios generales, estructurales y organizativos, del sistema público (art. 7) y los derechos y deberes de los demás usuarios (arts. 8 y 9).

Esto significa, para el D.22/11, que se trata de derechos subjetivos *legales*, en cuanto que están reconocidos por la Ley, pero con una notable *colaboración reglamentaria* en su configuración; la cual, si bien en ningún caso puede significar el vaciamiento de dichos derechos legales, implica atribuir al reglamento un amplio margen para la configuración del derecho de disfrute de los mismos, lo cual constituye una legítima opción de política legislativa adoptada por el Parlamento y el Gobierno riojanos. En efecto, la Ley 7/09, habilita, en sus arts. 24 y 25.1, al Gobierno de la CAR para desarrollar mediante Decreto los servicios y prestaciones sociales incluidos en el Anexo de la misma.

Ahora bien, advierte el Consejo que los servicios sociales tienen una dimensión económica imprescindible, pues los legalmente implantados están limitados por las disponibilidades presupuestarias, sin las que se convierten en meras palabras vacías.

No obstante, el D. 22/11 reconoció que el carácter de derecho subjetivo de los servicios sociales (previstos y cuyas prestaciones estén suficientemente determinadas) hace que los ciudadanos puedan reclamarlos judicialmente mediante el recurso por inactividad prestacional del art. 29.1 LJCA y mediante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por omisión o incumplimiento de los estándares predicables de los diferentes servicios.

Por todo ello, recuerda el Consejo cómo resulta esencial la previsión de la *actualización* de la Cartera, que puede hacerse en cualquier momento, mediante una evaluación efectuada por el Gobierno sobre si se adecúa o no a la realidad social y económica para realizar las oportunas ampliaciones o restricciones.

B) Prestaciones residenciales

Destaca el D.46/12 que las prestaciones residenciales para personas mayores no son prestaciones sanitarias, aunque impliquen la vigilancia y cuidado de la salud de los residentes; esto dicho, es aplicable a los servicios sociales residenciales la doctrina sobre responsabilidad patrimonial de los servicios sanitarios, en el sentido de que la aceptación contractual por la Administración de la prestación residencial, voluntariamente solicitada por el particular, constituye a dicha Administración en la obligación de prestarla en la medida que precise cada usuario, siendo, en su caso, aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios de la relación *de medios y no de resultados* y de la *lex artis ad hoc*, pero sin que quepa la posibilidad de exigir medidas terapéuticas propias de una atención sanitaria específica. Esto dicho, el D.46/12 advierte que el servicio social de residencia de ancianos tiene un carácter de prestación residencial no sanitaria, aunque incluya el cuidado o vigilancia de la salud de los residentes.

C) Prestaciones de inserción social

El D.24/12 efectúa un análisis y exposición de la normativa autonómica riojana en la materia, en línea con la doctrina de los D.17/01 y D.98/09; y, sobre la rebaja de prestaciones en esta materia, pese al dictamen en contra del CES, recae un dictamen favorable del Consejo Consultivo, por no poder incidir el mismo en cuestiones de oportunidad.

VIII. CONCLUSIÓN

En resumen, la calidad, más que la cantidad de los asuntos que han sido sometidos al Consejo Consultivo en 2012, muestra que se trata de una institución estatutaria consolidada, que presta su refuerzo consultivo a todos los sectores y ámbitos de la Administración consultante en la medida en que lo permite la normativa vigente.

Ha proseguido el Consejo su labor didáctica, sentando pautas de actuación para la Administración activa, especialmente en materia de tramitación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, donde se ventila la calidad de los productos normativos de la CAR.

Ha reforzado su ya sólida y completa doctrina en materia de responsabilidad administrativa tanto en garantía de los ciudadanos reclamantes como de la Administración pública, especialmente en el sector sanitario, aunque la elevación de la *cuantía gravaminis* de las consultas preceptivas en esta materia disminuye notablemente la incidencia doctrinal del Consejo.

Y ha mantenido su penetración en cuestiones estatutarias y de constitucionalidad, en línea con la función constitucional de los Altos Órganos Consultivos.

De la lectura de este resumen de la doctrina legal sentada por el Consejo Consultivo en 2012, pueden deducirse las correspondientes observaciones y sugerencias que el mismo formula para la mejora de los servicios administrativos.

SUMARIO

ESTUDIO

JUAN MANUEL CRIADO GÁMEZ ANTONIO FANLO LORAS IGNACIO GRANADO HIJELMO AMELIA PASCUAL MEDRANO PEDRO SAMANIEGO RIAÑO El Estatuto de Autonomía de La Rioja visto por cinco juristas	11
--	----

NOTAS

JAVIER GÓMEZ GARRIDO Patentabilidad del material genético de origen humano en la Directiva 98/44/CE	109
JUAN ANDRÉS MUÑOZ ARNAU Los procesos electorales riojanos de 2011 tras la reforma de la LOREG	141

CRÓNICAS

ANTONIO FANLO LORAS Crónica legislativa	181
IGNACIO GRANADO HIJELMO Doctrina del Consejo Consultivo	197
ALFONSO MELÓN MUÑOZ Crónica de Tribunales	401

INFORMACIÓN PARLAMENTARIA

PARLAMENTO DE LA RIOJA	431
------------------------	-----



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA