

CRÓNICA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2008)

IGNACIO GRANADO HIJELMO

Letrado Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja

SUMARIO

I. NOVEDADES INSTITUCIONALES: 1. Normativa del Consejo Consultivo. 2. Renovación de Consejeros. 3. Datos estadísticos. 4. Relaciones institucionales. **II. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO:** 1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad: A) Posible inconstitucionalidad del RD 1472/07, de regulación de la renta básica de emancipación de los jóvenes; B) Posible inconstitucionalidad de la D.A. 56ª de la Ley 51/07, de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2008; C) Posible inconstitucionalidad del RDLeg. 2/08, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. 2. Doctrina consultiva sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales: A) Trascendencia y régimen jurídico; B) Iniciación; C) Integración; D) Memorias; E) Tabla de derogaciones y vigencias; Borradores y Anteproyecto; F) Trámites de audiencia e información pública; G) informes y dictámenes preceptivos. 3. Doctrina consultiva sobre técnica normativa: A) Régimen; B) Preámbulo y Exposición de Motivos; C) Intitulación, sistemática, articulado, disposiciones adicionales, derogatorias y anexos; terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales; 4. Doctrina consultiva en materia de contratación administrativa: A) Modificación; B) Resolución. 5. Doctrina consultiva en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: A) Responsabilidad de la Administración general; B) Responsabilidad de la Administración viaria; C) Responsabilidad de la Administración cinegética; D) Responsabilidad de la Administración sanitaria; E) Responsabilidad de la Administración docente. 6. Doctrina consultiva sobre revisión de oficio de actos administrativos. 7. Doctrina consultiva sobre materias concretas: A) Derecho Universitario: Reconocimiento de Universidades privadas; B) Derecho subvencional: Prelación de fuentes; C) Derecho honorífico: Cobertura y coherencia de la acción premial; D) Derecho informático: Edición electrónica del BOR; E) Derecho privado: Régimen de la cesión de créditos. 8. Conclusión.

I. NOVEDADES INSTITUCIONALES

1. Normativa del Consejo Consultivo

Si exceptuamos la anual aprobación de fondos presupuestarios,¹ el Consejo Consultivo de La Rioja ha continuado durante 2008 rigiéndose por la normativa de que dábamos cuenta en anteriores Crónicas.²

2. Renovación de Consejeros

La composición del Consejo Consultivo ha experimentado durante 2008 la renovación del Consejero D. Antonio Fanlo Loras³, quedando el Consejo integrado de la siguiente forma: Presidente y *Consejero electivo*: D. Joaquín Espert Pérez-Caballero; *Consejeros electivos* D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras; D. José María Cid Monreal; y D^a Carmen Ortiz Lallana.

3. Datos estadísticos

En 2008, el Consejo ha celebrado 23 sesiones, ha adoptado 6 Acuerdos; su Presidente ha firmado 380 Resoluciones; se ha aprobado la Memoria del año 2007 y se han emitido 159 Dictámenes (3 sobre asuntos constitucionales y estatutarios; 2 sobre Anteproyectos de Ley; 25 sobre Proyectos de reglamen-

1 Ley 5/2007, de 21 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAR para 2008 (B.O.R. núm. 171, del 27, c.e. B.O.R. núm. 23, de 16 de febrero de 2008; y B.O.E. núm. 16, de 18 de enero de 2008), art 1. a) y D.A. 1^a.

2 Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (B.O.R. núm. 66, de 2 de junio/Ar. 136), modificada por Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen jurídico de la Administración de la CAR (B.O.R. núm. 76, del 7 /Ar. 141), cuya D.A. 2^a modificó los arts. 3.2., 3.3, 11, g) y la D.T. Única, en la forma y con la problemática que expusimos en la *Crónica de 2005*, publicada en el núm. 10 de este *Anuario*, págs. 215-242; cfr. también el D.7/2005, del Consejo Consultivo de La Rioja. En cuanto al Reglamento, sigue vigente el Orgánico y Funcional aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero (B.O.R. núm. 12, del 26 /Ar. 17), sobre cuyos antecedentes, evolución y contenido dábamos cuenta en la *Crónica 1996-2004*, publicada en el núm. 9, 2003, de este *Anuario*, págs. 247-258. Pueden consultarse textos consolidados y actualizados de ambas disposiciones y crónicas en la página del Consejo en internet www.ccrioja.es

3 El 23 de abril de 2008 concluyó el mandato de D. Antonio Fanlo Loras como Consejero Consultivo de La Rioja de propuesta parlamentaria. Comunicada esta circunstancia al Parlamento de La Rioja, éste volvió a proponerle para el referido cargo, mediante Acuerdo del Pleno de 16 de mayo de 2008 (DS, núm. 16, de 16 de mayo de 2008; y BOPLR, Serie C, núm. 91, de 20 de mayo de 2008; ce. BOPLR, Serie C, núm. 94, de 21 de mayo de 2008). En consecuencia, por el Decreto del Presidente 4/2008, de 22 de mayo (BOR núm. 69, de 24 de mayo), fue renovado D. Antonio Fanlo Loras como miembro del Consejo Consultivo de La Rioja.

tos; 2 sobre revisión de oficio de actos administrativos; 11 sobre asuntos de régimen local; 2 sobre contratación administrativa; y el resto sobre responsabilidad administrativa en diversos ámbitos, de los cuales 42 en el ámbito sanitario, 2 en el docente, 17 en el viario, y 52 en el cinegético), lo que supone un incremento de 25 dictámenes con respecto a 2007. Los artículos doctrinales archivados digitalmente en el Consejo ascienden ya a 10.994 y los libros de su biblioteca a 2.669.

4. Relaciones institucionales

El Consejo Consultivo de La Rioja ha mantenido durante el año de 2008 las habituales relaciones institucionales con el Consejo de Estado, los Altos Órganos Consultivos y los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas.

Destacan especialmente en este apartado los siguientes eventos: i) 75 *Aniversario de la creación de la Comisión Jurídica Asesora y 30 aniversario de su establecimiento*, organizado por la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, en Barcelona el 13 de mayo; ii) *X Jornadas sobre la Función Consultiva*, organizadas por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en Zaragoza los días 26, 27 y 28 de junio; iii) *XIV Jornadas del Gabinete Jurídico de Andalucía*, organizadas por la Junta de Andalucía, en Sevilla los días 19, 20 y 21 de noviembre, y iv) *I y II Encuentro Presidentes de Altos Órganos Consultivos*, celebrados en Granada y Barcelona, los días 30 de mayo y 5 de diciembre, respectivamente.

II. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO:

1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad

Si en las *Crónicas de 2006 y 2007* dábamos cuenta de una renovada intensidad de las consultas sobre asuntos constitucionales,⁴ en esta *Crónica de 2008* debemos seguir dando cuenta de nuevas consultas en este importante capítulo, ya que el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre tres nuevos asuntos de tipo constitucional y estatutario. Estas consultas se enmarcan en el clima de desencuentro y falta de consenso político que caracterizó la pasada Legislatura, especialmente en lo que respecta a la construcción del Estado autonómico en sus aspectos financiero y urbanístico.

4 Debida a las consultas formuladas sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/06), las Leyes estatales 20/05, sobre el tabaquismo, y 6/06, de modificación de la legislación sobre Montes, la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/07) y de la Ley estatal 8/07, de Suelo.

A) Posible inconstitucionalidad del RD 1472/07, de regulación de la renta básica de emancipación de los jóvenes

El R.D. 1472/07 crea la renta básica de emancipación de los jóvenes como una prestación de ayuda económica del Estado a los jóvenes para el pago del alquiler de una vivienda que constituya su domicilio habitual y permanente. Los expedientes serán instruidos y resueltos por las CC.AA. en virtud de un convenio de colaboración con el Estado, el cual se reserva la ordenación del pago con cargo a los presupuestos del Ministerio de Vivienda. Los requisitos para acceder a estas ayudas son los establecidos en el propio RD, así como los derivados de la Ley estatal 32/03, General de Subvenciones, y los adicionales que puedan exigir las CC.AA. El Estado invoca, como título competencial para dictar esta disposición, el art. 149.1.13 CE sobre planificación general de la actividad económica, título que repite en la Orden VIV 3568/2008, de 29 de noviembre, que la desarrolla.

Pues bien, el Consejo dedicó su extenso D. 4/08 (Ponente D^a Carmen Ortiz Lallana) a examinar, a instancia del Gobierno autonómico, la consistencia del título competencial invocado por el Gobierno central, a la vista de los que sobre esta materia puede ostentar la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR) en virtud de su vigente Estatuto de Autonomía (EAR'99).

La consulta era posterior al requerimiento de derogación dirigido por el Gobierno autonómico al Gobierno central *ex* art. 63.2 LOTC, pero previa al planteamiento de un conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional (TC) y, por ello, preceptiva a tenor del art. 11, b) Ley 3/01, que requiere el dictamen del Consejo Consultivo para el planteamiento de dichos conflictos.

El Consejo analiza en su D.4/08 cinco aspectos principales: i) la legitimación activa de la CAR para plantear un conflicto de competencias ante el TC; ii) las competencias estatales y autonómicas en la materia; iii) la incidencia del RD 1472/07 en la financiación autonómica; iv) la aptitud del citado RD para contener legislación básica; y v) los concretos preceptos afectados de inconstitucionalidad.

- En cuanto a la **legitimación activa** de la CAR para plantear un conflicto positivo de competencias ante el TC, el Consejo, partiendo de la doctrina sentada en la STC 44/07, afirma que estos conflictos, no sólo tienen por objeto una *vindicatio potestatis*, es decir una reivindicatoria del título competencial controvertido, que se niega al Estado al afirmar que es autonómico, sino también la revisión de los excesos en el *ejercicio* de una

competencia, en este caso estatal, cuando el mismo vulnera el sistema de distribución competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad, de suerte que afecte al propio ámbito de autonomía, en este caso, el de la CAR, cuya legitimación activa es, pues, indudable.

- Respecto al análisis de los **títulos competenciales**, el D.04/08 analiza de forma pormenorizada los diversos preceptos constitucionales y estatutarios aplicables al caso, como los arts. CE 47 (derecho a una vivienda digna y adecuada) y 48 (participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo), ambos encuadrados entre los principios rectores de la política social y económica (art. 53.3 CE); y los títulos competenciales de la CAR en materia de vivienda (art. 8.1.16 EAR'99) y servicios sociales (art. 8.1.30 y 31 EAR'99) –que incluye también los relativos a la juventud (art. 8.1.32 EAR'99), como explicó el D.11/99–, y en virtud de los cuales se han dictado normas, como las Leyes 2/07, de 1 de marzo, de Vivienda de la CAR, y 7/05, de 30 de junio, de Juventud de La Rioja.

Esto dicho, el título competencial invocado por el Estado para dictar este RD es la *planificación general de la actividad económica* (art. 149.1.13 CE). A este respecto, el Consejo, siguiendo la doctrina sentada en su D.95/05 (sobre el Plan estatal de vivienda 2005-08) y en las SSTC 152/88 y 59/95, reconoce que es un título *horizontal* que puede afectar a la competencia exclusiva de la CAR en materia de vivienda por razón de la incidencia que el fomento de la construcción tiene como factor de desarrollo económico y de generación de empleo. Pero advierte que el objeto directo del RD 1472/07 es fomentar la emancipación juvenil, materia de carácter más *social* que *económico*, por lo que no puede ser atraída al ámbito del título competencial de planificación económica invocado por el Estado que, al ser de carácter horizontal, ha de ser interpretado *restrictivamente*.⁵

Por eso, el Consejo sostiene que las medidas incorporadas al RD 1472/07 no alcanzan una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica del sector de la vivienda que justifique su consideración como *bases de la*

5 El D.4/08 cita aquí las SSTC 1/82, 113/83, 153/85, 87/87, 13/89, 21/99 y 164/01 que sostienen que el art. 149.1.3 CE y, en general, los títulos competenciales de carácter horizontal, han de ser interpretados restrictivamente cuando se superponen con un título competencial autonómico específico, atendiendo, para resolver este conflicto de títulos, a criterios tales como el *sentido o finalidad propia de los mismos*, el *carácter de las disposiciones conflictivas*, su *objetivo predominante*, el *interés prevalente* que subyace en las mismas, teniendo en cuenta a tal efecto la *razón o finalidad de la norma* atributiva de la competencia y las *materias más directamente concernidas*.

planificación de la actividad económica, sino que tienen un carácter más bien *social* que las sitúa en el ámbito de los títulos competenciales autonómicos sobre *asistencia y servicios sociales* (arts. 148.1.20 CE y 8.1.30 EAR'99). El Consejo entiende así que la llamada *renta juvenil de emancipación* es similar a las prestaciones asistenciales para personas mayores o para marginados que las SSTC 239/02 y 104/83 consideraron comprendidas en la competencia autonómica en materia de servicios sociales.

Es más, el D.4/08, siguiendo el criterio general sentado en las SSTC 76 y 146/86 y 206/97, precisa que esta renta de emancipación no forma parte del Sistema económico de la **Seguridad Social**, que es competencia estatal, sino del Sistema de **Asistencia y Servicios Sociales**, que es competencia de las CC.AA; por lo que esta cobertura competencial autonómica descarta la del art. 149.1.13 CE, en los términos señalados por la STC 146/86, máxime cuando el Sistema de Asistencia social es *ajeno y externo* a la Seguridad Social, pues funciona con técnicas diferentes, en cuanto que es un mecanismo protector de situaciones de necesidad de grupos no atendidos por la Seguridad Social, y se financia al margen de cualquier colaboración económica o contributiva de los beneficiarios.

Respecto al **art. 41 CE** que mandata a los poderes públicos el mantenimiento de unas determinadas políticas de protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad, el Consejo considera, con la STC 239/02, que se trata de un precepto de carácter **neutro** en materia competencial; y, con la STC 146/86, que son las CCAA quienes han de definir sus propias políticas en materia de asistencia social.

Por tanto, el Consejo concluye que la renta de emancipación juvenil ha sido regulada por el Estado, tanto en el RD 1472/07, como en la Orden VIV 3568/08, de 29 de noviembre, que lo desarrolla, en invasión de las competencias de la CAR en materia de vivienda y servicios sociales.

- En tercer lugar, analiza el Consejo en su D.4/08 la constitucionalidad del **sistema de financiación** de la renta de emancipación juvenil previsto por el RD 1472/07 que, como hemos adelantado, reserva al Ministerio de Vivienda la autorización de los pagos, ya que se efectúan con cargo a su propio presupuesto. A este respecto, el Consejo, con base en las SSTC 96/90, 13/92 y 68/96, entre otras, aclara que: i) la capacidad de gasto (*spending power*) no constituye *per se* título atributivo de competencias ni autoriza la conversión en estatales de las competencias autonómicas; ii) que la financiación autonómica no puede obviar los cauces diseñados

por la LOFCA; y iii) que tampoco el Estado puede condicionar las subvenciones más allá del alcance de sus propios títulos competenciales.

En estas condiciones, entiende el Consejo, siguiendo el criterio de la STC 16/96, que el Estado puede fomentar sectores de competencia autonómica consignando créditos presupuestarios al efecto, pero siempre que lo haga de manera global y que acomode el ejercicio de sus **potestades de gasto y subvención** al reparto competencial diseñado por el bloque de la constitucionalidad para ejercerlas en un marco de colaboración con las CC.AA. competentes en la materia de que se trate, a través de convenios para la territorialización de los fondos presupuestarios u otros instrumentos adecuados que permitan distribuirlos para su gestión por las CC.AA, especialmente cuando, como sucede en este caso, se trata de competencias exclusivas de las mismas.

Pero, como el RD. 1472/07 no arbitra tales mecanismos de colaboración con las CCAA, sino que simplemente reserva al Ministerio de la Vivienda la ordenación de los pagos, instaura así un sistema de subvención centralizada, sin previsión de transferencias corrientes o de inversión a las CC.AA., con lo que el Consejo entiende que se minora la autonomía financiera, en este caso, de la CAR.

- En cuarto lugar, el Consejo plantea la inidoneidad de una norma de rango meramente reglamentario, como el RD en cuestión, para establecer normativa estatal básica, ya que una reiterada doctrina del TC (cfr. SSTC 32/81, 1/82, 32 y 42/83 y luego las SSTC 69 y 80/88, 213/94, 102/95, 96/96, 118/98, 214/99, 223/00 y 24/02, entre otras) exige que las bases se contengan en normas de rango legal, sin perjuicio de que los reglamentos realicen una labor meramente complementiva de las mismas.
- Finalmente, en cuanto a los concretos preceptos viciados de inconstitucionalidad, el Consejo entiende que la misma afecta a todo el contenido del RD examinado, que debe ser derogado por completo.

B) Posible inconstitucionalidad de la D.A. 56ª de la Ley 51/07, de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2008

La D.A. 56ª de la Ley 51/07, de PGE para 2008, versa sobre la aplicación de la metodología, acordada en la Comisión bilateral Estado-Generalidad de Cataluña, para determinar, en cumplimiento de la DA 3ª del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), el importe de la inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras en el año 2008, fijándolo en 4.365.293,07 miles de Euros, sin perjuicio de los ajustes que procedan cuando se liquide el ejercicio 2008 y de

las compensaciones procedentes por razón del ejercicio 2007 en que se aplicó la metodología de la DA 57^a de la Ley de PGE para 2007.

La Defensora del Pueblo de La Rioja, en Informe 21/08, había recomendado la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra dicha DA 56^a, al entender que la reserva de inversión estatal para una determinada C.A. en función de su participación en el P.I.B. estatal constituye un privilegio contrario a la solidaridad interterritorial, que exige precisamente que contribuyan más las CC.AA. más ricas y que, por tanto, vulnera los arts. 2, 138, 156 y 158 CE.⁶ El Consejo Consultivo, pese a reconocer que el Informe de la Defensoría del Pueblo riojano esta fundado, va a desaconsejar dicha interposición.⁷

En efecto, el Consejo Consultivo dedica a este asunto su D.28/08 en el que, tras recordar que su dictamen es **preceptivo**, al tratarse de la posible interposición de un recurso de inconstitucionalidad y que el Acuerdo de interposición que, en su caso, se adopte, limitará la **extensión posible del recurso** que se interponga, según la doctrina sentada por la STC 61/97, se pronuncia a favor de la **legitimación activa** de la CAR al efecto, en cuanto que la disposición puede afectar al propio ámbito de autonomía (SSTC 84/82, 63/86 y 199/87, entre otras), y en concreto, a los aspectos financieros del mismo, aunque se trate de una Ley de Presupuestos (STC 13, 58, 238 y 248/07), como expresamente reconoció a la CAR la STC 96/02 por la que estimó el recurso de inconstitucionalidad contra la DA 8^a de la Ley 42/94, «de acompañamiento a la de PGE para 1995», ya que impera una interpretación amplia en esta materia (cfr. SSTC 247 y 249/07) que incluye incluso el simple interés por la depuración del ordenamiento jurídico.

Esto dicho, el D.28/08 se plantea varias cuestiones preliminares:

- En primer lugar, la **naturaleza de la Ley de PGE**. A este respecto, recuerda que, según SSTC 76/92 y 109/04, es una verdadera ley, si bien su contenido se ciñe a las previsiones de ingresos y gastos del sector público (que constituyen su *contenido mínimo necesario*, según el art. 32 LGP), pero sin olvidar que también es vehículo de la política económica del Gobierno, por lo que puede contener disposiciones generales (que constituyen su *contenido even-*

6 Cfr. Resolución de 24 de octubre de 2008, de la SGT de la Consejería de Presidencia, por la que se dispone la publicación de la Recomendación de la Defensoría del Pueblo del La Rioja (BOR 146, del 12).

7 No obstante, el Gobierno de La Rioja decidió dicha interposición por Acuerdo de 14 de marzo de 2008 (BOR núm. 146, de 12 de noviembre de 2008).

tual o disponible) siempre que guarden *relación directa* con las previsiones de ingresos y gastos públicos (STC 27/81, 67/87, 76/92 y 238/07, entre otras).

- Pues bien, las previsiones de gasto en inversiones públicas forman parte del *estado de gastos* presupuestado (arts. 29.6.d), 37.2.d) y h), 40 y 41 LGP) del que el Estado y sus organismos dependientes pueden disponer con amplio margen de decisión en cuanto que aprobadas por las Cortes Generales, pues (salvo las obvias limitaciones de los créditos presupuestarios, los compromisos de estabilidad presupuestaria y el control del gasto público), no existen normas jurídicas que disciplinen el importe, clase, programación o distribución territorial de la inversión; sin perjuicio, naturalmente, de la observancia de los criterios constitucionales generales de interdicción de la arbitrariedad, garantía de la solidaridad y del equilibrio interregional *ex arts.* 9.3 y 138.1 CE, pero que no impiden la amplia discrecionalidad que el Estado goza en esta materia, incluso, como han declarado las SSTC 183/88 y 13/07, en un aspecto de la misma que goza de mayor densidad normativa (al estar regulada por la Ley 22/01), como son las inversiones para nutrir el Fondo de Compensación Interterritorial (FCI) de los arts. 158.2 CE y 16.1 LOFCA.
- Pero la inversión a que se refiere la DA 56^a de la Ley 51/07 no tiene por objeto nutrir el FCI, por lo que es de las máximamente discrecionales, aunque el art. 32.2.d) LGP requiere que el Gobierno adjunte como documentación aneja al Proyecto de Ley de PGE, un Anexo con la distribución territorial de las inversiones públicas por CC.AA, si bien el *Informe económico-financiero* –también anexo a dicha Ley– advierte cautelarmente al respecto que tales datos no pueden interpretarse literalmente, pues podrían dar pie a pensar que existen desequilibrios interterritoriales si se comparan con las inversiones en otros territorios o en otras partes del mismo territorio. La razón es que existen inversiones singulares irrepetibles, también las que, localizadas en un territorio, benefician a varios o se refieren a realidades disímiles (como las inversiones portuarias) o no regionalizables por su misma naturaleza. A la vista de esta advertencia, el Consejo ha constatado en la serie de inversiones estatales territorializadas entre 2000 y 2008 una cierta estabilidad en la participación relativa de las distintas CC.AA. en función del peso ponderado de cada una en la economía nacional, sin perjuicio de ligeras variaciones anuales, muchas veces fruto, evidentemente, de negociaciones políticas coyunturales, por lo que, en suma, no ve indicios racionales de inconstitucionalidad en esta materia.

Aclarados estos aspectos preliminares, se pregunta el Consejo si las inversiones territorializadas previstas por la Ley 51/07 vulneran o no el vigente modelo de financiación autonómica contenido en los arts. 157 y 158 CE, en la LOFCA, en los distintos Estatutos de Autonomía (EEAA) recientemente reformados, así como en las Leyes 21/01 (para CC.AA de régimen común) y 22/01, del FCI; y, tras un detenido análisis de esta compleja normativa financiera, concluye que no existe ninguna vulneración apreciable.

En efecto, prescindiendo de las inversiones previstas para dotar los Fondos de *Compensación Interterritorial, Complementario, de Suficiencia, de Garantía Sanitaria y de Coste de nuevos servicios traspasados* (todos ellos previstos en la normativa reguladora del vigente sistema de financiación autonómica), que no plantean especiales problemas, se centra el Consejo en las asignaciones previstas para dotar las garantías mínimas de inversión estatal exigidas por ciertas disposiciones de las recientes reformas de los EEAA de algunas CC.AA que fijan al respecto determinadas variables particulares que deben tenerse en cuenta (como: en Cataluña, el PIB en infraestructuras; en Baleares, la inversión media interautonómica; en Andalucía, la población; o, en Aragón, la superficie, la orografía y la situación fronteriza).

A este respecto, el Consejo, partiendo del Informe económico-financiero que acompaña a la Ley 51/07, advierte que el importe de inversión que resulta de estas normas estatutarias no tiene que coincidir necesariamente con el concepto presupuestario de inversión real del Capítulo IV de la Ley anual de PGE ni, por tanto, con los cuadros anejos a la misma expresivos de la distribución territorial de las inversiones, ya que depende de la metodología de cálculo establecida en las correspondientes Comisiones Mixtas.

Siendo esto así, la función que cabe atribuir a las normas que, como la DA 56 de la Ley 51/07, se refieren a la inversión estatal prevista en infraestructuras en Cataluña, es, según el Consejo Consultivo, meramente la de *visualizar y exteriorizar* la cuantía de las inversiones territorializadas cuya base presupuestaria se encuentra dispersa en distintas partidas de la Ley de PGE y atribuida a distintos entes gestores del gasto público, con objeto de proceder a compensaciones si tales inversiones no se corresponden con el porcentaje estatutariamente previsto, en el caso catalán, en función del PIB.

En estas condiciones, el Consejo no ve inconstitucionalidad alguna en una DA que es semejante a otras incluidas en la misma Ley 51/07 (como la DA 55, sobre Teruel; o la 66, para la bahía de Cádiz) y que, por tanto, se remite a una pluralidad de partidas presupuestarias de inversión territorializada, que tampoco son inconstitucionales en cuanto tales (cfr. SSTC 63/86 y 13/92),

sin perjuicio de que puedan serlo las normas extrapresupuestarias, en este caso los Estatutos de Autonomía, de que deriven, en cuyo caso también lo serían, por conexión, las correlativas normas y partidas presupuestarias.

Por ello, el Consejo, tras analizar amplia y detenidamente el vigente sistema de financiación de las CCAA de régimen común (que afecta tanto a La Rioja como a Cataluña) sin encontrar problema alguno en las previsiones de inversiones, analiza con no menos detalle la DA 3ª EAC (LO 6/06) de la que trae causa la DA 56ª de la Ley 51/07. En dicha norma estatutaria se establece como criterio para fijar las inversiones estatales en infraestructuras en Cataluña y las eventuales compensaciones por defecto, el porcentaje que representa el PIB de Cataluña en el nacional según datos oficiales del INE, previendo que una Comisión Bilateral Estado-Generalidad apruebe una metodología para su cálculo. Tal metodología fue aprobada por Acuerdo de 17 de septiembre de 2007 para un periodo de siete años. Pues bien, según el Consejo Consultivo, la referida DA 3ª EAC no forma parte del sistema de financiación autonómica de régimen común, pues se refiere exclusivamente a recursos *estatales*, por más que los mismos se negocien en un marco de cooperación bilateral con Cataluña, limitando así relativamente la discrecionalidad inversora del Estado en el territorio. Podría plantearse si una norma estatutaria es apta para esa limitación, pero el Consejo estima que sí –ya que el Estatuto es también una Ley estatal (STC 247/07)– siempre que no se desdibuje la *reconoscibilidad* del papel del Estado como garante de la solidaridad interterritorial y que los criterios estatutarios sean generalizables a otras CCAA, como lo es, obviamente en abstracto, el del peso relativo del PIB previsto en la DA 3ª EAC.

Desde luego, el que no exista inconstitucionalidad *en abstracto*, no significa que no pueda haberla *en concreto*, si la cuantía presupuestada afecta a la referida *reconoscibilidad* o provoca disfunciones en el sistema de solidaridad interterritorial, sobre todo teniendo en cuenta que el FCI se calcula sobre la base del criterio de inversiones reales nuevas de carácter civil, mientras que la metodología aprobada por la Comisión bilateral que nos ocupa se refiere a inversiones en infraestructuras y con arreglo a un criterio «a la carta», como es el estatutario del peso relativo del PIB regional en el nacional.

Así las cosas, es claro que los distintos criterios cuantificadores establecidos «a la carta» en los distintos EEAA deben coordinarse, con toda publicidad y transparencia, en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CCAA (CPFF), sin olvidar que muchos tienen un carácter transitorio, sólo para siete años, y que pueden obedecer a una necesidad real de compensación histórica.

Finalmente, la STC 13/07 ha considerado constitucional una disposición semejante del EA andaluz, aunque advirtiendo que la CA de Andalucía no puede exigir que se incluya una disposición correlativa en cada Ley anual de PGE.

Por todo lo cual y, en conclusión, el Consejo Consultivo entiende que la DA 56^a de la Ley 51/07 no es inconstitucional, al ser una mera previsión presupuestaria que no constituye fuente alguna de obligaciones para el Estado; y que trae causa de la DA 3^a EAC, la cual a su vez es norma ajena al sistema de financiación autonómica de régimen común y referida exclusivamente a inversiones estatales, por lo que, *en abstracto* no es tampoco inconstitucional, sin perjuicio de que pudiera serlo *en concreto* (determinando así una inconstitucionalidad *por conexión* de la referida DA 56^a) si los órganos autonómicos legitimados para recurrirla ante el TC estiman que afecta a la *reconoscibilidad* del papel del Estado como garante de la solidaridad interterritorial o que introduce disfunciones importantes en el sistema de financiación autonómica, aspectos ambos de hecho que no compete apreciar al Consejo Consultivo.

C) Posible inconstitucionalidad del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo

El también extenso Dictamen 109/08 analiza la posible inconstitucionalidad del RDLeg. 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.⁸

Tras invocar la **competencia** del Consejo para dictaminar preceptivamente las propuestas de interposición de recursos de inconstitucionalidad (art. 11 b) Ley 3/01), y reiterar la **legitimación activa** de la CAR para impugnar en dicha vía las leyes estatales que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía (*ex. art. 32.2 LOTC, conforme ha sido interpretado por SSTC 84/82, 199/87, 56/90 o 28/91, entre otras*), el Consejo recuerda que la inconstitucionalidad de la Ley estatal 8/2007, de Suelo, ya fue analizada por el D.64/07, a consecuencia del cual el Gobierno de La Rioja interpuso el correspondiente recurso de inconstitucionalidad ante el TC, por lo que la primera cuestión es si dicho recurso ha decaído por falta de objeto, en cuanto que la Ley 8/07 impugnada en el mismo ha sido derogada por el RDLeg. 2/08, que aprueba su Texto Refundido. El Consejo (partiendo de la doctrina sentada por la STC 61/97, relativa a los recursos interpuestos en su momento contra la anterior Ley 8/1990 cuando la misma fue derogada por el RDLeg 1/92), aconseja *ad*

⁸ Su interposición, que había sido objeto de una Recomendación de la Defensoría del Pueblo de La Rioja (BOR núm. 146, de 12 de noviembre de 2008), fue decidida por Acuerdo de 27 de julio de 2007 (BOR núm. 146, de 12 de noviembre de 2008)

cautelam mantener el primer recurso y volver a recurrir, no obstante, los mismos preceptos que ahora hayan sido refundidos.

Esto dicho, el Consejo recuerda que la competencia de la CAR en materia urbanística es exclusiva (*ex art. 8.1.16 EAR'99*) y que el TC se pronunció sobre el alcance de esta competencia, asumida uniformemente por todas las CC.AA, en las cruciales SSTC 61/97 y 164/01, que diseñaron el muy reducido marco constitucional en el que puede moverse el Estado central en esta materia.

A la luz de esta doctrina del TC, analiza el Consejo Consultivo los **diversos títulos competenciales invocados por el Estado central** para dictar la el TR de la Ley del Suelo:

- En primer lugar, el D. 64/07 analiza las *condiciones básicas del art. 149.1.1 CE*, sobre cuyo título competencial, el Consejo entiende que sólo se extiende a los derechos y deberes constitucionales «*en sentido estricto*» (SSTC 61/97, 164/01; 239/02 y 228/03), no a los *principios rectores de política social y económica*, como el derecho al medio ambiente (art. 45 CE) o a la vivienda (art. 47 CE). Además, la aplicación de tales principios rectores ha de hacerse «a través de» y no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias (STC 251/06), es decir, a través de títulos competenciales estatales específicos, no del título del art. 149.1.1 CE. Por otra parte, el art. 149.1.1 CE es de aplicación e interpretación *estricta*, y no puede aplicarse a cualesquiera ámbitos, convirtiendo en compartidas competencias autonómicas exclusivas (SSTC 61/97 y 239/02), pues estas *bases* del art. 149.1.1 CE no son similares a la *legislación básica estatal* (STC 61/97). Por todo ello, en materia urbanística, el art. 149.1.1 CE sólo puede comprender el ámbito que le señala la STC 164/01, es decir, prestar cobertura a condiciones que sean básicas, estén estrechamente relacionadas con el derecho de propiedad urbana y tiendan a garantizar la igualdad de todos los propietarios de suelo en sus posiciones jurídicas fundamentales. Por ello, este título sólo ampara el régimen de valoraciones y el urbanístico de la propiedad del suelo, así como los requisitos para que pueda nacer dicha propiedad.
- En segundo lugar, examina el Consejo el título competencial de Estado central para dictar las *bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica ex art. 149.1.13 CE*. Afirma el Consejo que este título es de interpretación restrictiva en materia urbanística (STC 164/01) y que no ampara la regulación estatal de las potestades públicas que las CC.AA. ejercen en materia urbanística (STC 61/97), respetando las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (STC 164/01).

- En tercer lugar, se analiza el título competencial del Estado central para dictar la *legislación básica sobre protección del medio ambiente ex art. 149.1.23 CE*, sosteniendo que sólo ampara regulaciones en materia de suelo no urbanizable de especial protección medio-ambiental (SSTC 61/97 y 124/01).
- En cuanto a las llamadas «*competencias sólidas*» del **art. 149.1. CE, núms. 4 (defensa); 8 (legislación civil) y 18 (expropiación forzosa y responsabilidad administrativa)**, manifiesta el Consejo que el TR no especifica, precepto a precepto, cuáles están amparados en estos títulos, sino que se limita a citarlos genéricamente en su DF 1ª, contraviniendo así la doctrina de la STC 164/01, que reputó inconstitucional una DA semejante de la Ley 6/98.

Aplicando, pues, esta doctrina general, el D. 109/08, reiterando lo ya sentado en el D.64/07, **considera inconstitucionales los siguientes preceptos** del TR de la Ley estatal del Suelo (R.D.Leg. 2/08):

- Art. 1, en cuanto considera como específico objeto de la Ley el establecimiento de bases económicas y medio-ambientales del régimen jurídico del suelo.
- Art. 2, en cuanto que, al definir las políticas de desarrollo sostenible en materia urbanística, incide en las que exclusivamente compete definir a las CC.AA.
- Art. 10, en cuanto que impone a las Administraciones competentes en materia urbanística determinados criterios de actuación, como reservas de suelo, y sujeción a ciertos principios.
- Art. 15.6, en cuanto que impone al legislador autonómico una obligación de delimitar los ámbitos de las competencias municipales urbanísticas por razones medio ambientales.
- Art. 38 (antes 33. de la Ley 8/07) en cuanto que predetermina la composición y destino de los patrimonios públicos de suelo, cuestiones que sólo competen a las CC.AA.
- DA 6ª, en cuanto que predetermina la calificación urbanística de terrenos forestales incendiados, cuestión que sólo compete a las CC.AA según se sostuvo en el D.33/06.
- DF 1ª, por conexión y coherencia, en cuanto que justifica la competencia estatal sobre los precitados preceptos considerados inconstitucionales.
- DT 1ª, también por conexión y coherencia, en cuanto que determina la aplicación temporal de la reserva de suelo para vivienda protegida del art. 10, que se ha reputado inconstitucional.

Sin embargo, el Consejo Consultivo **no estima inconstitucionales** el resto de preceptos del TR y especialmente los dos siguientes, sobre los que le había interrogado el Gobierno de forma expresa:

- Art. 14, sobre actuaciones de transformación urbanística, siempre que se interprete que la expresión «a efectos de esta Ley» refiere el precepto al régimen de valoraciones, que es de competencia estatal.
- Art. 18.1, sobre subrogación de las parcelas de resultado en la situación jurídica de las de origen caso de reparcelación, por ser cuestión amparada por la competencia estatal en materia de legislación civil.

2. Doctrina consultiva sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales

Durante 2008, el Consejo Consultivo ha emitido 25 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto.⁹ En los correspondientes Dictámenes, 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:

A) Trascendencia y régimen jurídico

En primer lugar, el Consejo ha continuado resaltando la *importancia* del cumplimiento de estos trámites, que, no sólo debe ser formal, sino con rigor, ya que se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico y cuyo incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas (DD.7, 8, 14, 31, 55, 66, 67, 71, 73, 85, 88, 92,100,103,106, 117, 119, 120, 121, 131, 136, 138, 158/08); si bien no procede que el Consejo

9 Concretamente tales Proyectos se referían a las siguientes materias: i) *Administración pública* (Regulación del BOR); ii) *Planificación* (Planes de Estadística 2008-2012; de Saneamiento y Depuración 2008-2015; de Residuos 2008-20015; y de II de Salud de La Rioja); iii) *Fomento* (Régimen de subvenciones; y Distinciones honoríficas); iv) *Educación* (Currículo de Bachillerato; y Reglamento de convivencia en centros escolares); v) *Juego* (Catálogo de juegos y apuestas); vi) *Trabajo* (Prevención de riesgos laborales; y Registro de empresas de la construcción); vii) *Sanidad* (Segunda opinión médica; Segundo puesto de trabajo del personal sanitario; Tiempos máximos de espera sanitaria; Reglamentación técnico-sanitaria de piscinas; y Uso externo de desfibriladores); y viii) *Servicios Sociales* (Régimen interior de Hogares de personas mayores; Consejo Riojano de Servicios Sociales; Responsabilidad social; Acceso de discapacitados al empleo público; y Foro para el empleo de discapacitados).

Consultivo entre a examinar el cumplimiento de estos trámites cuando se trata de un Proyecto de Ley, que es de consulta facultativa, y sólo se le consulta sobre un precepto del mismo que es de consulta preceptiva (D.35/08).

En cuanto a *normativa aplicable*, el Consejo ha subrayado que este procedimiento se encuentra regulado, no sólo en la Ley 4/05, sino también en la normativa reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja (D. 86/08); pero el de elaboración de Proyectos de Ley se regula 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 (D.108/08). Además, no debe confundirse el procedimiento de elaboración del Decreto de *aprobación* de un Plan con el procedimiento de *revisión* de ese Plan (DD.106 y 117/08). Y no procede aplicar este procedimiento especial cuando se trata de aprobar un Acuerdo del Consejo de Gobierno (D.106/08).

B) Iniciación

Respecto a la *Resolución de inicio*, el Consejo ha seguido insistiendo en la *competencia* para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios¹⁰ apuntando únicamente que, en los Organismos Autónomos, puede haber reglas especiales (D.138/08). Desde luego (D.103/08), no debe confundirse el trámite de iniciación con el de informe que corresponde a la Secretaría General Técnica (cfr. p.e. art. 4.1.2.g) Decreto 84/07).

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 (DD. 7, 55, 86, 100, 136/08).

¹⁰ Dicha doctrina consiste en que compete dictarla: i) en los Proyectos tramitados bajo la Ley 3/95, al Consejero competente por razón de la materia, salvo que expresamente se atribuya a otro órgano (DD. 28, 33, 35, 38, 44, 52/07); y ii) 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); 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 (DD. 17/07 –ampliamente–, y 7, 8, 14, 31, 55, 66, 67,71, 73, 85, 86, 120, 121, 136, 158/08).

C) Integración

Por otra parte, el Consejo ha insistido en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro, habiendo declarado sobre la *integración del expediente*: i) su necesidad, por razones de seguridad jurídica, para mostrar de forma ordenada, clara, completa, numerada, paginada y cronológica (comenzando por el primero y no en orden inverso), los documentos que lo integran (D.55/08); y ii) la observancia, a efectos de integración del expediente, del art. 40 Ley 4/2005 (DD. 7, 8, 14, 31, 55, 66, 67, 71, 73, 85, 86, 92, 100, 103,106, 117, 119, 121, 131, 136, 158/08).

D) Memorias

Sobre el trámite de elaboración de una *Memoria justificativa*, el Consejo ha reiterado que deben incluirse dos, una *inicial* (justificativa del proyecto), y otra *final* (evaluadora del *iter* procedimental y sustantivo seguido en la tramitación), sin perjuicio de una Memoria *especial* cuando proceda. Además, debe existir una Memoria *económica*.

- La *Memoria inicial* debe: i) justificar la necesidad de la nueva norma, su objeto y su adecuación al mismo (D.55/08); y ii) justificar las innovaciones introducidas en el ordenamiento por la norma proyectada (D.158/08).
- En cuanto a la *Memoria final*, debe referirse a todo el *iter* procedimental, dar cuenta sucinta de los antecedentes, trámites practicados y su resultado, así como de las modificaciones introducidas a consecuencia de las alegaciones e informes recaídos, con exposición motivada de las que hayan sido rechazadas. Debe aludir también a la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del Anteproyecto (D.55/08). No debe ser sustituida por diversos informes parciales (D.71/08). Su ausencia es defecto que debe subsanarse antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno (D.71/08).
- Cuando ha habido un previo dictamen negativo sobre un proyecto normativo que luego es reconsiderado y tramitado de nuevo, pero conservando actuaciones del procedimiento de elaboración del anterior, deben ser concretadas, en un informe o *Memoria especial*, las actuaciones conservadas, las novedades introducidas y los aspectos que se han tenido en cuenta de aquél dictamen previo, pues, si no se hace así, no se respetan las garantías de legalidad, acierto y oportunidad que precisa todo procedimiento de elaboración de disposiciones generales (D. 88/08).
- Finalmente, la *Memoria económica* no es precisa si no se genera coste, pero esto hay que indicarlo y motivarlo debidamente. En los demás casos, es necesaria como medida de previsión, programación, planificación y racionalización de actividad administrativa (DD. 31, 71, 85, 86/08). En esta Memoria no debe confundirse el coste de la elaboración del proyecto de norma con el coste de las consecuencias de la aplicación de la misma una vez aprobada (D.8/08)¹¹.

¹¹ Concretamente, dicha Memoria **no es precisa**: i) cuando se trata de una norma meramente procedimental que va a ser ejecutada por los mismos órganos que venían aplicando la si-

E) **Tabla de derogaciones y vigencias; Borradores y Anteproyecto.**

Sobre esta *Tabla*, el Consejo ha declarado en 2008 que no es precisa cuando se trate de norma que regula por primera vez la materia (D.103/08). Se ha ocupado también el Consejo Consultivo de los *Borradores* y del *Anteproyecto*.

A este respecto, ha declarado el Consejo que: i) la legislación no se pronuncia sobre el número de borradores que deben redactarse (DD.55 y 86/08); ii) basta con que existan dos borradores: uno *inicial*, en el que, tras un examen exhaustivo de la materia, se proceda a su articulación con visos de seriedad; y otro *final*, en el que se recojan las observaciones y sugerencias admitidas de entre las planteadas, se corrijan defectos materiales o formales que hayan sido advertidos durante la instrucción del procedimiento (D. 55/08); iii) si no hay alegaciones, el borrador inicial puede convertirse en final (DD.55 y 86/08); iv) el borrador *inicial* debe ser incluido en el expediente (DD. 86 y 136/08); v) cabe la posibilidad de borradores *intermedios* cuando la entidad de las alegaciones formuladas así lo aconseje (D.55/08); v) el Anteproyecto ha de ajustarse en su contenido al art. 35 Ley 4/05 (DD 7, 8, 14, 31, 66, 67, 71, 92, 103, 106, 117, 119, 121, 136 y 158/08); y vi) la declaración de formación del expediente de Anteproyecto debe ser anterior a los trámites de información pública y audiencia corporativa (D.136/08).

F) **Trámites de audiencia e información pública.**

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado su anterior doctrina.

Así, ha sentado en 2008 que: i) el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública (DD. 8, 14, 31,66, 67, 71, 73, 92, 100, 103, 106, 117, 119, 120, 121, 136/08) como aclaran los arts. 36 y 37 Ley 4/05 (DD. 7, 8, 66, 67, 100, 136/08); 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 (DD.55, 66, 67, 86/08); iii) ha de darse también a las Organizaciones empresariales y sindicales más representativas, así como a las de Consumidores y Usuarios cuando se trata de implantar un Registro administrativo cuya inscripción es obligatoria para intervenir en el proceso

milar precedente (D.31/08); y ii) cuando la norma sólo trata de adecuar el texto normativo a los cambios de denominaciones orgánicas (D.138/08). Pero **es precisa**: i) si se trata de crear *nuevos servicios*, órganos o registros administrativos (D.55/08); ii) si la norma prevé *nuevas funciones* para un servicio ya existente, aunque se vayan a prestar con el mismo personal, especialmente si se trata de prestar servicios externos (D.55/08); iii) si implica la *modificación de la Relación de Puestos de Trabajo* (D.55/08) o la creación de *puestos adicionales* de trabajo (D.73/08); iv) si se prevén *subvenciones* al sector regulado (D. 71/08); v) si se prevén *gastos por desplazamiento, alojamiento o manutención* de los participantes en un órgano que se crea (D.8/08); vi) si se prevén *ahorros de costes* para justificar si compensan el de nuevos servicios informáticos complementarios o sustitutivos (D.85/08); vii) si la norma proyectada prevé la *adquisición de material* (D.71/08); viii) si la implantación del servicio requiere encargar el diseño de un *programa informático* para gestionarlo (D.73/08); y ix) si la norma determinará *incremento futuro de partidas presupuestarias de gasto* en materia de personal (D.131/08).

constructivo (D.73/08); iv) puede entenderse cubierto el trámite de audiencia corporativa si en el expediente constan las actas de las reuniones del órgano en las que se ha debatido el asunto (D.7/08); v) no es preceptiva la audiencia corporativa en reglamentos meramente organizativos e internos que no afecten a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos, pero sí cuando les afecte (DD. 8, 14, 85 y 103/08); vi) tampoco es preceptiva la audiencia en normas reguladoras de honores y distinciones pues el *ius honorandi* forma parte de la competencia de auto-organización (D.103/08).

Este trámite puede cumplirse consultando a órganos representativos generales, como el *Consejo Económico y Social* (CES; DD.31, 73, 100/08); o sectoriales, como el *Consejo Escolar de La Rioja* (CER; D.136/08); la *Federación Riojana de Municipios* (FRM, D.100/08), el *Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad* (CERMI); el *Foro para el empleo de personas con discapacidad en la CAR* (DD.100 y 138/08); o el *Consejo Riojano de Investigación y Desarrollo Tecnológico* (CRIDET; D.119/08).

En los *Decretos por los que se aprueban Planes*, especialmente los que han requerido ser sometidos al procedimiento de evaluación ambiental *ex* Ley 9/06, hay *distintos trámites de audiencia* preceptiva: i) el que exija, en su caso, la normativa de elaboración o revisión del Plan; ii) el exigido, en su caso, por la citada Ley 9/06 para evaluar el impacto ambiental del Plan; y iii) el exigido, en todo caso, por el procedimiento de elaboración de la disposición general por la que se aprueba el Plan, del que no se puede prescindir cuando el Decreto no se limita a la mera aprobación del Plan, sino que introduce contenido normativo innovador, que no sea mera reproducción de normas anteriores (DD.106, 117 y 119/88).

G) Informes y dictámenes preceptivos

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (DD. 7, 8, 14, 31, 66, 67, 71, 85, 92, 100, 103, 106, 117, 119, 136/08) y se ha ocupado especialmente: i) del Informe de la *Secretaría General Técnica* (SGT)¹²; ii) del Informe de la *Dirección General de la Función Pública*;¹³ iii) del Informe de la *Consejería competente en Administraciones públicas*;¹⁴ iv) del

¹² Sobre el *informe de la Secretaría General Técnica* ha declarado el Consejo que es preceptivo en todo proyecto de disposición iniciado por la Consejería respectiva (cfr.art. 6.1.2. g) Dto 84/07): DD.8, 66, 138/08.

¹³ Sobre el *Informe de la Dirección General de la Función Pública*, el Consejo ha declarado que es preceptivo en materia de personal (D.55/08) y que no puede entenderse subsumido en el emitido por otros Servicios en cuyo ámbito competencial incidan las cuestiones de personal (D.55/08).

¹⁴ Sobre el *Informe de la Consejería competente en Administraciones públicas*, el Consejo ha declarado en D. 55/08 que es preceptivo en materia de creación de órganos colegiados *ex* art. 18.3 Ley 3/03; y que no puede entenderse subsumido en el emitido por otros Servicios en

Informe del *Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE)*;¹⁵ v) del Informe del *Consejo Superior de Estadística de La Rioja (CSER)*;¹⁶ vi) del Informe de la *Comisión del Juego*;¹⁷ vii) del informe del *Consejo Escolar de La Rioja (CER)*;¹⁸ viii) del *dictamen del Consejo Económico y Social de la Rioja (CES)*;¹⁹ ix) del Informe de la *Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)*;²⁰ y x) por supuesto, del propio *dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja (CCR)*.²¹

cuyo ámbito competencial incidan las cuestiones de personal, ni en el emitido por la misma Consejería en materia de servicios y tecnologías de la información.

- 15 Sobre el *Informe del SOCE*, el Consejo ha declarando: i) que 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 (DD. 8, 31, 71, 85, 100, 120, 121 y 136/08); ii) que la norma debe interpretarse extensivamente en favor de la preceptividad del informe del SOCE ya que persigue la mejora de los proyectos normativos (D.71/08); y iii) que no es preceptivo cuando la norma proyectada no supone la creación, modificación o extinción de ningún órgano o procedimiento administrativos (D.138/08).
- 16 Sobre el *Informe del CSER*, el Consejo ha declarado que: i) es preceptivo, *ex* Ley 2/05 y Dto 9/06, para el *Plan Regional de Estadística* (D.7/08); y ii) no puede sustituirse por las actas de las reuniones en las que conste que se ha debatido (D.7/08).
- 17 Sobre el *Informe de la Comisión del Juego*, ha declarado el Consejo que es facultativo (D.158/08).
- 18 Sobre el *Informe del CER*, el Consejo ha declarado que debe ser incorporado al expediente de elaboración de la norma (D. 136/08).
- 19 Ha reiterado el Consejo que el *dictamen del CES* es preceptivo, pero no vinculante, en materias económicas y sociales (D.7/08), como es la relativa a riesgos laborales (D.55/08), la planificación de la estadística (D.7/08) y el procedimiento subvencional (D.31/08).
- 20 Sobre el *Informe de Asesoría Jurídica*, el Consejo ha declarado que es preceptivo y último (DD. 73, 86, 136, 158/08), lo que significa que debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá a dictamen del Consejo Consultivo, en su caso (DD.55 y 158/08).
- 21 Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el Consejo ha declarado: i) que su dictamen es *preceptivo* en disposiciones generales, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (DD. 7, 8, 14, 31, 55, 71, 73, 85, 86, 88, 92, 100, 103, 106, 117 119, 136, 138, 158/08); ii) que es preceptivo en reglamentos *ejecutivos* o que desarrollen una ley estatal o autonómica, aunque sean meramente *organizativos* y carentes de efectos externos, pues la excepción de dictamen a que alude la STS 5-6-01 solo afecta a los reglamentos *independientes* (que no desarrollen ninguna ley) y de puro ejercicio de la potestad doméstica de auto-organización (D.138/08); iii) que es preceptivo cuando el reglamento desarrolle leyes orgánicas (D.136/08); y iv) que revela una anomalía recabar dictamen del Consejo para la disposición modificadora cuando no se recabó para la modificada (D. 138/08). Estos dictámenes comprenden, en cuanto a su *contenido*, los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (DD. 55, 86, 92, 103, 158/08), así como el *juicio sobre la competencia* de la CAR para regular la materia. (D.108/08), y el examen de su ajuste al *bloque de la constitucionalidad* (D.86/08). En Anteproyectos de Ley, el contenido del dictamen del Consejo Consultivo, que es facultativo, se limita al *juicio de constitucionalidad y estatutoriedad* (D. 108/08). Sin embargo, los dictámenes no comprenden cuestiones de *oportunidad*, si no han sido solicitadas (DD. 7, 31, 100, 121/08). Finalmente, el Consejo advierte que: i) los borradores no deben contener la expresión *conforme con el Consejo Consultivo* cuando ni siquiera

3. Doctrina sobre técnica normativa:

En 2008 ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

A) Régimen

Pueden tomarse como referencia las Directrices de Técnica Normativa dadas para el Estado central mediante Resolución de 28 de julio de 2005 (D.108/08).

B) Preámbulo y Exposición de Motivos

El Consejo considera que: i) debe indicar las referencias constitucionales y legales que procedan (D.55/08); ii) la referencia a la normativa estatal precedente tenía sentido cuando las competencias autonómicas en una materia eran escasas, pero no cuando hay abundante legislación autonómica previa, que es la que debe reseñarse (D.8/08); y iii) debe citar las disposiciones, no genéricamente, sino con sus referencias numéricas (D.88/08).

C) Intitulación, sistemática, articulado, Disposiciones adicionales, derogatorias y Anexos; terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales

El *título* de las disposiciones generales no debe inducir a confusión con otra norma sobre otro aspecto de la misma materia (D.55/08)

En cuanto a su *estructura*, el texto debe dividirse en Títulos, Capítulos y Secciones cuando así lo requiera su extensión (D.55/08); pero no debe emplearse la división en Títulos cuando baste hacerlo en Capítulos y Secciones (D.55/08). No es precisa la división en Títulos en Leyes de pequeña extensión (D.108/08).

Respecto al *articulado*, el Consejo advierte que, en los artículos con un solo apartado, éste no debe numerarse (D.55/08); sin embargo, debe *renumerarse* el articulado inicialmente previsto cuando las modificaciones operadas en la tramitación del procedimiento de elaboración así lo requieran (D.55/08). En todo caso, deben eliminarse las referencias que carecen de sentido en el ámbito de

ha sido solicitado su dictamen y no puede conocerse cuál va ser su sentido (D.158/08); y ii) cuando ha habido un previo dictamen negativo sobre un proyecto normativo que luego es reconsiderado y tramitado de nuevo, deben concretarse en una memoria o informe especial los aspectos que se han tenido en cuenta de aquél dictamen previo (D.88/08).

aplicación de la norma (p.e. referencias a costas marítimas en La Rioja), aunque procedan de la trasposición de una Directiva que las contemple (D.106/08).

Las *Disposiciones derogatorias* no son precisas en Leyes que no innovan el ordenamiento sino que se limitan a reconocer una entidad, como una nueva Universidad privada (D.108/08).

Ha insistido también el Consejo en el empleo correcto de la *terminología jurídica* adecuada al caso. A este respecto, el Consejo ha dado pautas sobre el carácter *preceptivo* o *facultativo* de las normas;²² sobre *recomendaciones simples* y *recomendaciones-cargas* efectuadas en preceptos normativos;²³ sobre *refundiciones*²⁴ y *remisiones internormativas*;²⁵ así como sobre *denominaciones*²⁶, y otras *precisiones jurídicas*²⁷, *léxicas*

22 No deben emplearse expresiones o frases que induzcan a confusión o ambigüedad sobre el carácter preceptivo o facultativo de la norma ya que debe quedar claro si la misma establece o no una obligación o una simple permisión o posibilidad, especialmente si establece un sistema de obligatoriedad o de voluntariedad para los ciudadanos con respecto a determinada actividad (D.71/08).

23 Las expresiones de mera *recomendación* son más propias de los planes o programas de actuación que guían las políticas públicas que de las normas jurídicas, aunque pueden ser preceptivas si expresan cargas cuyo incumplimiento conlleva la decadencia o imposibilidad de subvenciones públicas, pero entonces hay que expresarlo claramente (D.88/08).

24 Debe publicarse una nueva norma entera cuando la modificación de la anterior sea muy extensa (D.158/08).

25 Cuando una norma se remita a otra que contiene referencias a distintas técnicas de intervención administrativa (p.e. autorizaciones, concesiones, homologaciones, certificaciones, etc.), debe aclararse a cuál de ellas se refiere (D.88/08).

26 A este respecto, señala el Consejo: i) que no debe emplearse la denominación de un órgano en función del genero masculino o femenino de su actual titular (pe, Consejera), sino expresiones neutras como la persona titular de la Consejería (D.138/08); ii) que debe emplearse la expresión genérica «*Consejería competente en materia de...*» o similares, para evitar la obsolescencia por cambios de denominaciones específicas en los órganos competentes (D.138/08); iii) sin embargo, debe emplearse la denominación del órgano competente cuando su referencia genérica exija un largo circunloquio o la modificación de otra disposición (D.73/08); iv) finalmente, los órganos deben ser denominados en mayúscula, p.e. «Consejería» (D.88/08).

27 Así: i) la expresión *expediente* (según el art. 164.1 ROF, el conjunto de documentos y actuaciones que sirven de antecedente a la resolución administrativa) no debe emplearse como sinónima de *procedimiento* (cauce formal de los actos en que se concreta la actuación administrativa para el logro de un fin) pues el expediente es la materialización del procedimiento. Mucho menos puede ser sinónimo de *solicitud* (D.46/08); ii) la expresión *normas* incluye leyes y demás disposiciones generales (D.85/08); iii) debe unificarse la terminología empleada en el proyecto cuando se refiera al mismo concepto, p.e. al referirse a trabajadores en el ámbito de la Administración pública: D.106/08; iv) no debe confundirse la *autorización* con la *inscripción* administrativa y deben aclararse las relaciones entre ambas y

y *gramaticales*²⁸ que deben ser observadas por los redactores de normas jurídicas.

4. Doctrina en materia de contratación administrativa:

En 2008, el Consejo Consultivo ha emitido dos Dictámenes en materia de contratación administrativas (DD. 122 y 147/08), ambos procedentes de Administración local y que, por razón de su fecha de adjudicación y a tenor de la D.T 1ª de la Ley 30/07, de Contratos del Sector Público, continuaban rigiéndose por la LCAP, aprobada por RDLeg. 2/2000, con arreglo a la cual la intervención del Consejo Consultivo es preceptiva en los casos de modificaciones contractuales que, según el art. 59.3 LCAP, aislada o conjuntamente, sean iguales o superiores al 20% del precio inicial del contrato y éste fuere igual o superior a mil millones de pts. (D. 147/08); así como en supuestos de interpretación o resolución de contratos en que medie oposición del contratista (D.122/08).

A) Modificación

Sin la trascendencia doctrinal que tuvo el D.14/07, el Consejo se ha limitado en el D. 147/08 a: i) reiterar la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi* de la Administración (*ex arts.* 59, 101 y 146 LCAP) frente al criterio general de inalterabilidad o *ne varietur*, debido al menoscabo que implica del principio de concurrencia competitiva; ii) recordar que se trata de una potestad reglada, no discrecional y mucho menos arbitraria, cuyo ejercicio esta sujeto a límites formales (expediente contradictorio, audiencia al contratista, motivación suficiente) y sustantivos (razones de interés público, concurrencia de nuevas causas imprevisibles); iii) a exigir el cumplimiento del procedimiento ordinario (art. 146.3 LCAP) en sus trámites de iniciación, audiencia al contratista, informe jurídico, autorización y fiscalización del gasto; dictamen del Consejo Consultivo y termi-

los efectos de ésta última (D.88/08); y v) no debe confundirse *municipio* con *núcleo de población*, ya que un municipio puede tener varios núcleos de población; tampoco es similar al de *aglomeración urbana*, concepto éste empleado por la legislación básica estatal en materia de aguas y que la autonómica de desarrollo tanto puede identificar con municipio como con núcleo de población, pero no de forma confusa sino unívoca (D.88/08).

- ²⁸ El Consejo ha continuado con este tipo de advertencias en 2008: i) deben cuidarse las concordancias de los tiempos verbales (D.108/08); ii) debe eliminarse en disposiciones generales la expresión alternativa de género *los/las* ya que el masculino comprende ambas (D.92/08); iii) deben eliminarse las *reiteraciones* (D.55/08); iv) deben evitarse *expresiones indeterminadas*, como «otras Administraciones»; sin embargo no lo es la expresión «Administración correspondiente» pues arguye competencia (D.88/08); v) deben sustituirse en los textos normativos los *acrónimos y siglas* por sus expresiones completas (DD.85 y 108/08); vi) deben emplearse adecuadamente las *mayúsculas y minúsculas* (D.88/08); vii) debe sustituirse la expresión «no se entiende/n» por la de «no se considera/n» (D.88/08).

nación; y iv) a concluir en el caso concreto del citado D.147/08 (consolidación de escolleras en una terraza patente) que no procede la modificación cuando no se justifican causas de interés público o estas se deben a necesidades que no son nuevas o que debieron preverse en el proyecto inicial.

B) Resolución

El D.122/08 analizó un caso de resolución contractual por alegadas irregularidades en cumplimiento de un contrato de limpieza de edificios públicos municipales. El Consejo, tras recordar que, entre los requisitos exigibles para la resolución contractual, se encuentran la trascendencia del incumplimiento, la motivación o justificación de la medida y la improcedencia de adoptar otras medidas, como órdenes de ejecución o penalizaciones, concluyó que no procedía la resolución pretendida en el caso concreto, por entender que las irregularidades detectadas no constituían incumplimiento imputable al contratista y podían corregirse mediante la adopción de otras medidas contractuales distintas a la resolución.

5. 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. Como hemos adelantado, de los 159 Dictámenes emitidos en 2008, 112 (es decir, el 70,4%) son de responsabilidad patrimonial, en su mayoría del ámbito cinegético, 52; y sanitario, 42. La limitación de la cuantía de las consultas ha reducido a 2 y 17, respectivamente, las de los ámbitos docente y viario.

Precisamente la *limitación de cuantías* ha sido objeto de reflexión amplia en el D. 135/08, emitido preceptivamente por el Consejo (al afectar a su propio ámbito competencial) sobre el art. 36 del Proyecto que luego sería la Ley 5/08, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas («de Acompañamiento a la de PG de la CAR para 2008), por el que se modifican los arts. 10, 11 g) y 12 d) de la Ley 3/01, reguladora del Consejo Consultivo, en el sentido de elevar a 6.000 Euros el límite de las consultas en materia de responsabilidad patrimonial. El Consejo dictamina favorablemente la aclaración de que dichas consultas son también obligatorias para las entidades locales y el que éstas puedan formularlas directamente al Consejo, pero, tras analizar las series estadísticas y exponer la situación en Derecho Comparado, no entiende razonable una elevación de la cuantía por encima de los 1.500 Euros, espe-

cialmente al tratarse de una cuestión de garantía de los ciudadanos a los que no se ofrece –como también sugiere el dictamen– la opción procedimental de que los expedientes de cuantía inferior sean elevados al Consejo, y cuando no existe un volumen tal de consultas que afecte al funcionamiento consultivo. Habrá que ver el efecto que en 2009 tiene esta elevación con respecto al volumen de asuntos dictaminados por el Consejo.

Por lo demás, el Consejo Consultivo ha continuado durante 2008 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 *Crónicas* 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 2008 que nos ocupa. Y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

A) Responsabilidad de la Administración general

El Consejo ha insistido sobre la *naturaleza* y *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración,²⁹ sobre el concepto y régimen de la *causa*,³⁰

²⁹ La **doctrina general** ha sido expuesta una vez más en los DD. 6, 13, 15, 16, 17, 25, 26, 30, 32, 33, 35, 36, 43, 44, 45, 48, 49, 56, 58, 59, 60, 63, 68, 69, 70, 72, 74, 76, 79, 93, 96, 102, 104, 107, 110, 112, 113, 114, 118, 123, 128, 129, 132, 133, 1, 142, 145, 146, 149, 150, 152, 153, 154, 156, 157 y 159/08. En general, se reproduce la doctrina recopilada con todo detalle en los DD 29 y 134/07, ambos con amplia cita de doctrina precedente del Consejo Consultivo. En cuanto a los **requisitos**, han sido reiterados en los DD. 6, 13, 16, 17, 25, 26, 32, 33, 35, 36, 38, 44, 45, 49, 56, 58, 59, 63, 68, 69, 72, 74, 79, 91, 93, 96, 104, 107, 110, 112, 113, 114, 115, 118, 128, 129, 132, 133, 137, 142, 145, 146, 148, 149, 150, 153, 156, 157 y 159/08.

³⁰ La **causa** (cuya doctrina general expone 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 (DD. 5, 6, 17, 32, 36, 57, 105, 123, 129, 142, 146, 150, 152/08). En esta materia, rigen los principios de: i) **equivalencia de condiciones**, por el que, siendo varias las condiciones empíricas antecedentes que expliquen el resultado dañoso, ha de afirmarse, *prima facie*, la equivalencia de las mismas, pues no pueden ser jerarquizadas y cada una puede ser tan causa como las demás (DD. 5, 6, 130, 152/08); y ii) **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 (DD. 5, 6, 17, 18, 30, 32, 33, 36, 38, 57, 102, 108, 114, 116, 123, 129, 130, 133, 142, 146, 152/08). En alguna ocasión, el Consejo ha acudido al criterio de la **causalidad adecuada** (cfr. D.137/08).

así como sobre la carga de la *prueba*³¹ en esta materia, debiendo destacar, en este último ámbito en 2008, la doctrina sobre la *prueba de la titularidad*³² y de la *existencia de las fincas*,³³ así como el D.43/08 en que medió la práctica de una *prueba de inspección ocular in situ* por el propio Consejo.

El Consejo sigue rechazando la consideración de la responsabilidad patrimonial como una especie de *aseguramiento universal*³⁴ e insiste en los criterios

-
- 31 El criterio general es que, según el criterio *da mihi factum*, incumbe al reclamante la *carga de la prueba* de 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 *admitidos* (D.51/08), los *negativos* y los *notorios*, sin que sirvan al respecto las meras manifestaciones de parte (DD. 6, 37, 56, 58 y 68/08), y debiendo también probar los *daños morales* (D.18/08). No obstante: i) la *carga de la prueba* puede modularse en función del *principio de facilidad*, cuando algo sea fácil probanza para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (D.58/08); ii) además, la *Administración no puede adoptar una posición pasiva* en estos procedimientos sino que ha de realizar de oficio, *ex art.* 78.1 LPAC, la actividad indagatoria necesaria sobre ellos y probar los hechos negativos, que fundamenten su exoneración de responsabilidad (DD. 6, 37, 56, 58, 68/08), por eso, en estos procedimientos, 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 los hechos, con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante (DD. 6 y 37/08), aunque *sin dilatar la tramitación* del expediente con pruebas innecesarias o inútiles ni con la ratificación de las ya realizadas (DD.48 y 74/08); y iii) finalmente, rige en esta materia el principio de *libre apreciación del conjunto de la prueba* por el juzgador conforme a las normas de la sana crítica (D.37/08), pero dando una *especial relevancia* a los hechos *declarados probados* por la jurisdicción penal en actuaciones judiciales previas, debido a las garantías máximas de contradicción del proceso penal (D.59/08); a los *datos catastrales* (D.98/08), a los *daños justificados por factura*, sin necesidad de peritación de los mismos (DD. 13, 69, 72, 82/07; 37, 115/08); y a los *Atestados de la Guardia Civil* (DD. 30, 37, 74 y 146/08).
- 32 Lo primero que debe probarse es que la *titularidad* de la cosa dañada pertenece al reclamante; para ello, la Administración ha de estar: i) a lo que resulte del Registro de la Propiedad en virtud de la legislación hipotecaria; ii) en su defecto, a lo que resulte del Catastro, en virtud de la normativa catastral; y iii) finalmente, a la posesión en concepto de dueño, *ex art.* 448 CC. y, por analogía, art. 3 LEF; pero sin poder hacer nunca juicios en materia de propiedad (D. 98/08).
- 33 Otra cosa a probar, en su caso, es la *existencia de la finca* dañada, ya que, a diferencia de los muebles, los inmuebles no tienen una existencia previa y fijada definitivamente, pues su consistencia y extensión depende realmente del alcance que, con anuencia o consentimiento de los colindantes, le atribuya su propietario, poseedor en concepto de dueño, o titular de derecho real que implique la realización de actos posesorios, especialmente el cerramiento, pues en otro caso, para fijar los límites solo queda la acción de deslinde o, en último extremo, la reivindicatoria (D. 98/08).
- 34 En sus Dictámenes de 2008, ha seguido repitiendo 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 (DD.15, 16, 25, 26, 35, 45, 56, 58, 53, 96, 104, 107, 110, 113, 114, 118, 123, 128, 129, 133, 154, 159/08).

de *indemnidad*³⁵ e *imputación objetiva por funcionamiento* de los servicios públicos³⁶, que está abierto a un amplio casuismo de imputación³⁷ y exoneración.³⁸

-
- 35 En el D. 43/08 se afirma que el fundamento de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración es que el funcionamiento de los servicios públicos, aunque sea absolutamente normal y no culposos, puede causar daños a los particulares que deben ser indemnizados. Esta indemnización explica que esta institución se regulara inicialmente en la legislación de expropiación forzosa, pero hoy ha ganado autonomía legislativa y doctrinal y tiene relevancia constitucional. Se trata de una responsabilidad legal, objetiva, sin culpa y que cabe incluso por funcionamiento absolutamente normal de los servicios públicos.
- 36 El *concepto de servicios públicos* a estos efectos es amplio ya que comprende cualquier esfera bajo el control de la Administración, como, entre otros: i) los municipales de pavimentación, alumbrado, limpieza, alcantarillado y protección civil, ex arts., 25 y 26 LBRL (DD. 6, 44 y 129/08), así como los de piscinas públicas (D.35/08) y festejos municipales (D.152/08); ii) los de prestación de servicios sociales (DD. 114 y 159/08) y sanitarios –excluidos aquí los daños médicos– por la Administración (DD.33 y 69/08), incluido el de ambulancias públicas o concertadas (D.79/08); iii) los servicios agrarios (D.151/08); y iv) la titularidad de un edificio público que produce filtraciones (D.93/08).
- 37 Se ha *imputado* el daño a la Administración en los siguientes casos: i) filtraciones de agua desde un edificio o local público (D. 93/08) o por rotura de la red de abastecimiento de aguas (D.129/08); ii) daños en festejo local, concretamente en un vehículo que choca contra un montón de arena colocado en medio de la calzada para una «fiesta de las hogueras», con concurrencia de culpa de la víctima (D.152/08); iii) daños por remodelación de una plaza al mejorar una travesía que alteran la inclinación del pavimento y establecen un sistema de drenaje que favorece que las aguas pluviales se acerquen a un edificio al que provocan humedades por capilaridad (D.6/08); iv) daños por pérdida de audífono (D.33/08) y rotura de gas (D.69/08) en un hospital público; v) daños físicos producidos a un paciente sentado en silla de ruedas a consecuencia de un frenazo brusco de la ambulancia de lo traslada desde un hospital público (D.79/08); v) gastos por aval prestado a los herederos, aun no aceptantes de la herencia, para suspender la liquidación indebidamente girada contra ellos por razón de precios públicos de estancia del causante en una residencia pública de ancianos, que debieron exigirse por vía de apremio contra la herencia yacente una vez integrado en la misma, por ejercicio de la acción pauliana, el importe de unos boletos de lotería premiados donados a terceros por el causante en fraude de acreedores (DD.38/08 y 114/08); vi) lesiones por caída al tropezar con la esquina deformada de una alfombrilla durante una sesión de gimnasia de relajación en un Hogar de Personas Mayores (D.114/08); vii) daños en el portal de una comunidad de propietarios causados por menores tutelados por la Administración en un piso de acogida ubicado en el edificio, apreciándose culpa administrativa *in vigilando* (D.159/08); viii) perjuicio de un crédito irregularmente cedido en cuanto tal crédito –derecho al cobro de ayudas PAC– al haber efectuado la Administración su pago en una cuenta corriente bancaria distinta de aquella en la que el cesionario (regularmente constituido) del mero cobro del mismo había notificado notarialmente a la Administración que lo hiciera, ya que dicha notificación fehaciente desplaza la eficacia de la simple ficha de alta de terceros en la que se señalaba la cuenta en la que se pagó, haciendo que dicho pago sea una funcionamiento –sea calificable de normal o de anormal– del servicio público (D.151/08).
- 38 Se ha *exonerado* a la Administración por razón de: i) expropiación forzosa (D.60/08: obras en carretera que causan daños en cultivos colindantes sitios en zona expropiada cuyo justiprecio

En materia de *indemnización*, el Consejo ha desmenuzado los criterios³⁹ y partidas indemnizables por *daño emergente* – material⁴⁰, personal⁴¹ y mo-

comprendía tales cultivos); ii) falta de prueba de la causa (D.142/08), de los hechos (DD. 36 y 45/08) o de la identidad de las fincas por avulsión fluvial (D.98/08); iii) deber de soportar el daño (D.32/08: existe caso de incumplimiento por el dueño del deber de custodia de perros peligrosos que deben ser anestesiados por el Servicio de Recogida de Animales; D 153/08: existe, *ex* legislación de carreteras, caso de obras de remodelación del tráfico viario al construir una rotonda que hace más dificultoso el acceso a un pabellón que antes era directo pero sin condiciones de seguridad vial; iv) culpa exclusiva de la víctima (D.130/08: daños producidos a un discapacitado al tropezar con su silla de ruedas eléctrica contra una arqueta de aguas situada en el centro de la calzada por la que circulaba distraída e indebidamente y en dirección prohibida, sin otra causa que la mera comodidad personal; v) por inexistencia de actuación administrativa (D.118/08: persona con problemas auditivos al que no satisfacen los audífonos comprados en una establecimiento privado ni las soluciones sustitutivas ofrecidas por el mismo y recurre al arbitraje de consumo, siendo desestimada su reclamación por un laudo firme de la Junta Arbitral de Consumo de la CAR a la que no puede imputarse ningún daño).

- 39 En cuanto a *criterios*, el Consejo ha seguido los siguientes: i) el de la *aplicación analógica del baremo* de accidentes de tráfico vigente (DD 35, 44, 56, 57, 63, 113/08); ii) el de la *valoración global* en caso de daños complejos (DD.44 y 63/08); iii) el de la *indemnidad*, por el que la *reparación integral del daño*, cuando se trata de *daños continuados*, exige la eliminación de la causa que los produce, lo que implica realizar las obras precisas para ello o sufragar su coste al afectado, pues estas pretensiones no son de daños futuros sino de plena jurisdicción y en ellas se trata de restablecer al reclamante en la situación jurídica individualizada preexistente al daño, ya que sería injusto y contrario al art. 24 CE exigir la iniciación de un nuevo procedimiento cada vez que el daño se reproduzca (D.6/08); y iv) el del importe real del *crédito efectivamente perjudicado* cuando, siendo imputable su perjuicio a la Administración, el acreedor ha efectuado acciones para su recobro, dirigiéndolas contra el deudor principal y los cofiadores, de suerte que sólo puede exigirse como indemnización la diferencia entre lo recobrado y el total debido (D.151/08).
- 40 El Consejo ha considerado como partidas que pueden incluirse en concepto de *daño emergente* (daños y gastos materiales): i) asistencia fisioterapéutica y rehabilitadora privada complementaria a la de la Seguridad Social (D.44/08); ii) los gastos de prestación de aval bancario exigido para obtener la suspensión de una liquidación luego anulada (D.38/08); iii) gastos de reposición de destrozos causados en elementos decorativos del portal de un edificio (D.159/08); iv) gastos por reparación de daños producidos por humedades (D.6/08), filtraciones (DD.93 y 129/08) y escorrentías (D.43/08); v) gastos por obras necesarias para evitar la causa productora del daño (D.6/08); vi) gastos de reposición de gafas rotas (DD.69 y 79/08) o de prótesis dental perdida (D.13/08) en un centro sanitario público por causa imputable a la Administración sanitaria.
- 41 En esta materia, el Consejo acude *analógicamente al baremo de accidentes de tráfico* para indemnizar por *días de hospitalización y baja impeditiva*, y *secuelas* (DD.5 y 30/08), pero teniendo en cuenta: i) que los *días impeditivos* son los determinados por el informe forense si discrepa de los del interesado (D.30/08); ii) que son *días impeditivos* aquellos en los que la víctima queda incapacitada para desarrollar su ocupación habitual, por tanto se incluyen aquellos en que estuvo ocupada por la empresa en otro puesto de trabajo adaptado a sus circunstancias (D.44/08); iii) que *no son indemnizables* los días asociados a una intervención

ral⁴²⁻, y ha excluido las que considera *no indemnizables*⁴³, siempre con el límite general de la interdicción del *enriquecimiento sin causa* (DD. 6 y 94/08), aunque admitiendo el *convenio indemnizatorio* como terminación convencional del procedimiento (DD. 13 y 69/08) y, en su caso, la forma de pago *in natura* (D.6/08) o por compensación (D.151/08).

Especial interés reviste la doctrina sentada por el Consejo sobre el *procedimiento* administrativo en esta materia.

El Consejo se ha pronunciado sobre los siguientes aspectos procedimentales: i) *iniciación*: se inicia el día del registro de entrada del escrito de reclamación, no el día en que el mismo es admitido a trámite (D.36/08), pero teniendo en cuenta que es atípica la *iniciación de oficio* de un procedimiento de responsabilidad patrimonial (D.153/08, referente a una solicitud de obras que se interpretó por la Administración como una reclamación de resarcimiento de daños *in natura*); ii) *suspensión*: el procedimiento se paraliza por el plazo concedido si se requiere al interesado que aporte nuevos documentos. (D.5/08); iii) *abreviación*: sólo cabe seguir los trámites del *procedimiento abreviado* en los casos del art. 143.1 LPAC (D.23/08), teniendo en cuenta que no se debe seguir el procedimiento ordinario, sino el *abreviado* incluso con terminación convencional, cuando desde el principio no hay duda de los daños y éstos son reconocidos y asumidos por la Administración (D.159/08); iv) *distinción*, pues no deben confundirse los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, que dan lugar a una indemnización por daños, con a) los *de queja* por 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 (DD. 45, 18 y 156/08); b) los procedimientos de mera *instancia solicitando una actuación de la Administración* (que sólo obliga a responder con una resolución congruente y motivada aceptando o denegando lo pedido), como la realización de obras que faciliten el acceso a una finca o local, salvo que, por la tardanza en contestar, deba configurarse como la petición de un resarcimiento *in natura* o así lo entienda de oficio la Administración (D.153/08); y c) los de *recurso de nulidad de laudos arbitrales* de consumo *ex art. 42 Ley 60/03, de Arbitraje* (D.118/08); v) *subsanción* de defectos

quirúrgica necesaria para la curación o que se habría producido en todo caso: (DD.47 y 56/08); y iv) en cuanto a las *secuelas* (D.30 y 44/08), que su inicio y entidad se valoran en función de los informes periciales (DD.30 y 57/08).

- 42 Así el Consejo ha estimado que **debe indemnizarse**: i) el *precio o premio de afectación* calculado prudencialmente pues, en automóviles, la jurisprudencia lo ha fijado en ocasiones en hasta el 50% del valor venal (los DD. 40 y 84/08 lo fijan en el 30%); y el D.94/08 en el mismo porcentaje, pero descontando el valor de los restos del vehículo); ii) por *secuela de dolor crónico* en persona joven (D.44/08); y iii) por *molestias y dolores* parecidos durante el proceso de recuperación y rehabilitación (D.44/08). También ha declarado que el *baremo* de accidentes de tráfico vigente, cuando se aplique analógicamente, incluye los daños morales (DD 35, 44, 56, 57, 63, 113/08).
- 43 El Consejo ha considerado **partidas no indemnizables**: i) los daños en parte izquierda del vehículo siniestrado cuando el accidente tuvo lugar por impacto en la parte derecha del mismo y consta en el expediente que no hubo daños en la contraria (D.51/08); ii) los daños por perjuicio estético no probados (D.5/08); y iii) los daños por valor venal de un vehículo que sigue de alta en la Jefatura de Tráfico (D.5/08).

del escrito inicial que procede *ex art.* 71 LPAC, sin haber la inadmisión por defectos subsanables (D.44/08), como lo es la falta de cuantificación de lo reclamado (DD. 23 y 70/08); vi) *identificación*: se debe requerir la acreditación de la personalidad de los reclamantes o sus representantes *ex arts.* 32.3 y 4 LPAC (DD. 36 y 44/08), identificando así a todo firmante de una actuación administrativa *ex art.* 35 b) LPAC, no bastando al efecto una firma o rúbrica ilegible (D.68/08); vii) *audiencia* del interesado, que es preceptiva (D.23/08); viii) *dictamen consultivo*: es preceptivo el *dictamen previo del Consejo Consultivo*, aunque, desde 7-9-2005, sólo en daños superiores a 600€ (cfr. el F.J. 1 de todos los DD. sobre responsabilidad patrimonial de 2008); ix) *diligencia*: existe un deber administrativo de evitar el retraso injustificado en la tramitación, sin que su falta de complejidad justifique la dilación o tardanza (DD 5, 13, 35, 36, 153/08), teniendo en cuenta que la duración del procedimiento debe ser la legal de 6 meses *ex art.* 42 LPAC D.68/08); x) *acción de regreso*: Cabe contra el personal causante del daño en un establecimiento público (D.69/08) y contra el deudor obligado al pago de un crédito perjudicado por culpa de la Administración cuando ésta lo pague en concepto de indemnización por la responsabilidad extracontractual generada por dicho perjuicio (en este caso, el D.151/08 ha declarado que el pago de la indemnización por la Administración responsable del perjuicio del crédito es un pago por tercero interesado que, *ex art.* 1158 CC, libera al deudor, aunque éste lo desconozca o desaprobe, por lo que la Administración, como tal tercero, tiene derecho al reembolso frente al deudor liberado, si bien sólo será, además, con subrogación en cuantos derechos tuviera éste contra el acreedor, si consintió el pago *ex art.* 1210.3 CC., ya que, en otro caso, sólo podrá repetir contra el deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago *ex art.* 1159 CC.); y xi) *prescripción*: rige el plazo anual del art. 142.5 LPAC (D.118/08), pero, en caso de *daños continuados*, el *dies a quo* comienza cuando cesan los efectos lesivos (D.6/08) y, en las *secuelas*, el plazo comienza cuando se determina su alcance *ex art.* 142.5 LPAC (DD.35 y 115/08).

B) Responsabilidad de la Administración viaria.

Pese a que la Administración de carreteras de la CAR sigue siendo muy refractaria a reconocer su propia responsabilidad patrimonial por *funcionamiento normal o anormal del servicio público* de mantenimiento de la red viaria en condiciones normales de utilización, el Consejo Consultivo continúa insistiendo en que, sin escudarse en la señalización adecuada o en los genéricos deberes de prudencia en la conducción impuestos por la normativa de tráfico rodado, incumbe a la Administración viaria el deber de conservar las vías públicas en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad, adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso, limpieza y retirada de los obstáculos existentes, 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 y limpiarlos o retirarlos, pero existiendo entonces imputación objetiva por funcionamiento *normal* del servicio público, aunque no concurra culpa alguna del personal, por tratarse, en nuestro sistema constitucional y legal, de una responsabilidad puramente objetiva (D. 37/08, que reitera la doctrina de los DDD 41, 119 y 129 /07, entre otros).

En base a este criterio, el Consejo ha imputado⁴⁴ o exonerado⁴⁵ a la Administración viaria de los daños reclamados.

En cuando a la *indemnización*, el Consejo ha declarado que: i) debe ser *mancomunada*, caso de *concurso de causas*, si, habiendo diversos sujetos imputables, no es posible determinar su respectivo porcentaje de participación en la causación del daño (D.57/08)⁴⁶; ii) puede consistir en la reparación *in natura* (DD. 6 y 153/08)⁴⁷; y iii) el importe de la indemnización por reparación de un

44 El Consejo ha **imputado** responsabilidad objetiva en los casos de: i) *Alcantarillas*: D.44/08 (lesiones por tropiezo con tapa de alcantarillado mal colocada); ii) *Desprendimientos de piedras y rocas* (DD. 17, 91 y 146/08); iii) *Pavimento deslizante por gravilla* (DD.30, 37 y 74/08); iv) *Pavimento defectuoso o deformado por baches o socavones*: D.5/08 (accidente de motocicleta al tropezar con un socavón junto a una alcantarilla situada en la rígola exterior de la calzada, pero que era transitable al existir línea discontinua para la detención de autobuses en su parada); v) *Pavimento desnivelado por depresión*: D.6/08 (daños por remodelación del pavimento de una plaza al mejorar una travesía cuyo proyecto de drenaje acerca las aguas pluviales a un inmueble colindante al que provocan humedades por capilaridad); vi) *Pavimento desprotegido por vallado*: D.50/08 (accidente por impacto con jabalí procedente de autovía no vallada, en que el Consejo no se pronuncia por ser estatal, pero afirma en *obiter dictum* que la responsabilidad no es de la Administración cinégetica sino de la viaria); vii) *Pavimento remodelado o conducción afectada por obras y trabajos varios* que producen: a) *dificultad de maniobra de acceso*: D.153/08 (es un caso de maniobra de acceso dificultada por remodelación del tráfico rodado al construir una rotonda que cambia el acceso a un pabellón haciéndolo más difícil; necesidad de que la Administración conteste a la petición de facilitación del mismo y, en su caso, acometa un resarcimiento *in natura*, compensado por el beneficio que supone la reordenación general del tráfico); b) *escorrentías*: D.43/08 (daños por escorrentías provocadas tras las obras de ensanche de una carretera); c) *fumigaciones*: D.48/08 (daños en cultivos colindantes por fumigación de cunetas con herbicida); y d) *daños por quitanieves*: D.137/08 (daños en camión sobre el que cae un bloque compacto de nieve apartado por máquinas quitanieves en un puente bajo el que pasaba).

45 Si bien, en 2008, los casos de **exoneración** de responsabilidad han sido debidos a: i) *falta de prueba*: DD. 60/08 (obras en carretera que afectan a cultivos colindantes), 142/08 (daños en bajos de automóvil por pavimento y arquetas en mal estado en calle en obras) y 153/08 (obras en carretera que dificultan las maniobras de acceso a un pabellón); ii) *expropiación*: D.60/08 (obras en carretera que causan daños en cultivos colindantes sitios en zona expropiada cuyo justiprecio comprendía tales cultivos) y iii) *prescripción*: D.60/08 (reclamación presentada fuera de plazo).

46 El D.110/08 establece un criterio de indemnización mayor a la madre y menor a los hermanos de un fallecido, aunque repartida ésta última a partes iguales entre dichos hermanos.

47 Dicha reparación *in natura* puede hacerse: i) mediante la realización de las obras precisas para corregir el drenaje de una plaza que provoca humedades por capilaridad, o bien en sufragar su importe al interesado (D.6/08); ii) corrigiendo la dificultad de acceso sobrevenida a un pabellón tras las obras de remodelación del tráfico por construcción de una rotonda (D. 153/08). Este D.153/08 plantea que es cuestión de límites ponderar y compensar hasta donde debe el particular soportar el daño inherente a la mejora general del tráfico

vehículo dañado no puede superar el *valor venal* del mismo pues ello supondría un enriquecimiento injusto (D.30/08).

C) Responsabilidad de la Administración cinegética.

Los Dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja en esta materia durante 2008 se dividen en dos grandes grupos: i) los que aplican el régimen jurídico anterior a la reforma de la Ley riojana de Caza operada por la Ley autonómica 6/07, de Medidas fiscales y administrativas; y ii) los que aplican el régimen jurídico establecido tras dicha reforma legal.

a) Doctrina general anterior a la reforma operada por la Ley 6/07:

En cuanto a los dictámenes que aplican la normativa anterior a la reforma operada por la Ley 6/07, el Consejo ha analizado la *evolución histórica* (legislativa y doctrinal) de la responsabilidad patrimonial de la Administración cinegética hasta la Ley estatal 17/05 (vigente desde 10-8-05) y la posibilidad de que la Ley autonómica de Caza la **desplace** definiendo de forma más intensa la responsabilidad de la Administración en terrenos de cuyo aprovechamiento cinegético la misma sea titular (DD.9, 17, 21, 24, 27, 40, 41, 42, 51, 53, 62, 64, 75, 77, 80, 84, 94, 97, 101, 143 y 144/08)⁴⁸.

Respecto a la **naturaleza jurídica**, reitera el Consejo en numerosos pronunciamientos su conocida doctrina general consultiva, que arranca de sus DD.19/98, 49/00, 23/02 y fue expuesta ampliamente en el D.97/07, en el sentido de que se trata de una responsabilidad civil objetiva, *ex lege*, en una ley administrativa. Esta reiteración se produce en los DD 21, 24, 34, 41, 50⁴⁹, 51, 65, 81, 83, 127/08.

y de su seguridad y los perjuicios que se le deben indemnizar por dificultad sobrevenida a la anterior maniobrabilidad; se trata de la *doctrina del daño desproporcionado o irrazonable* mantenida por el Consejo de Estado en su Dictamen de 8-7-71 y STS 27-1-71, 14-2-72, 16-3-72, 28-11-73, 1-3-01 y 13-10-01).

⁴⁸ Pero ese **desplazamiento** normativo **no es posible** cuando el animal procede de un terreno cinegético de particulares (si bien en este caso ni la Administración ni el Consejo pueden pronunciarse, por estar reservado exclusivamente a la jurisdicción civil, o a la contencioso-administrativa, si es de una entidad pública distinta a la CAR, aunque esté vinculada a ella, como es un Ayuntamiento, en cuyo caso hay que aplicar la citada Ley 17/07 como normativa civil (no desplazable por la administrativa, aunque sea la autonómica de régimen local): Cfr. a este respecto los DD. 21, 24, 34, 41, 50, 51, 65, 81, 83, 127/08, que reiteran la doctrina ampliamente expuesta en el D.97/07.

⁴⁹ El D.50/08 (accidente por impacto con jabalí procedente de autovía no vallada, en que el Consejo no se pronuncia por ser estatal, pero afirma en *obiter dictum* que la responsabilidad

Así, en aplicación de la referida doctrina general, el Consejo, salvo si aprecia *falta de prueba* de los hechos o sus circunstancias (D.143/08), y siempre que no concurra culpa o negligencia de la víctima o de un tercero y concurren los *requisitos generales* de la responsabilidad patrimonial (DD. 2, 9, 23, 27, 39, 134, 141/08), ha resuelto **imputar** los daños a la Administración en base a dos eventuales **títulos**: el terreno del que el animal procede y, en su caso, la existencia de una previa y concreta medida administrativa relativa a la especie a la que el animal pertenece.

- Comenzando por el título consistente en la **procedencia del animal**, la Administración autonómica responde de los daños cuando el animal procede de un *terreno cinegético, o de un terreno cercado o de una zona no cinegética voluntaria de los que sea titular la Administración* (pues aquí se comporta como cualquier titular privado y responde por los daños producido por las piezas de caza de sus terrenos o, *ex arts. 1902 y 1905 CC*, de las que sea poseedor, como señala el D. 76/08) *o que ésta se haya reservado*, pues aquí hay una imputación objetiva *ex lege*, como sucede: i) *ex art. 13 Ley Caza de La Rioja*, cuando el animal procede de una *Reserva regional*⁵⁰ o de un *Coto social de Caza* (DD. 42 y 51/08); ii) *ex arts. 21, 32, 33 y 34 de la cit. Ley*, cuando el animal procede de una *zona de seguridad*, de un terreno *vedado no voluntario* o de una *zona no cinegética no voluntaria* (D.50/08) o, *por asimilación* con éstas últimas, cuando la pieza procede de cotos en cuyo Plan Técnico se indica que no son aptos para la caza de determinada especie (DD. 22, 23 y 29/08)⁵¹.
- El segundo título de imputación de responsabilidad patrimonial a la Administración autonómica surge cuando ésta ha adoptado una **medida administrativa**, pero entendiéndose por tal no la mera existencia de una

no es de la Administración cinegética sino de la viaria) supone un caso prodrómico en que el Consejo parece anticipar el previsible tránsito que la Ley 17/07 propicia de una responsabilidad de la Administración cinegética a una responsabilidad de la Administración viaria.

⁵⁰ Aquí distingue el Consejo entre: i) casos anteriores a la reforma del art. 13 de la Ley 9/98 por la Ley 6/07 en los que el art. 13 «*desplaza*» a Ley estatal de Caza: DD. 2/08 (lobos), 9/08, 27/08 (lobos), 39, 40, 64, 75, 77, 80, 84, 101, 134 y 148/08 (lobos); y ii) casos posteriores a la reforma citada en que el art. 13 «*se remite*» a la Ley estatal de Caza, aunque con el mismo resultado de imputación a la CAR: DD.139 y 144/08.

⁵¹ A diferencia del D.22/08 donde el Plan Técnico estimaba que no era posible la caza por una determinada modalidad (las batidas) pero no excluía que fuese posible por otras modalidades (*prohibición o exclusión relativa*), en el D. 29/08, el Plan parece excluir la caza absolutamente en todas sus modalidades (*prohibición o exclusión absoluta*); por ello, en el D.22/08 cabía la posibilidad de imputar los daños al titular del coto, mientras que en el D. 29/08 son imputables a la Administración.

competencia en materia de fauna silvestre o de una genérica política de preservación de las especies ⁵², sino una *previa* ⁵³ **y concreta medida administrativa** de autorización, protección o de otra índole ⁵⁴, sea de ámbito general o particularizado, por razón del territorio o de las personas (D76/08), especialmente las medidas ínsitas en los *Planes Técnicos de Caza o sus documentos complementarios*.

La razón es que la postura de la Administración al aprobar estos Planes Técnicos no puede ser pasiva, como tampoco la de los particulares al promoverlos, y, por tanto, así como para los particulares será título de imputación no haber solicitado en el Plan la caza de especies cuya existencia les conste en el terreno, también lo será para la Administración haber adoptado en dicho Plan medidas *expresas*, como es la denegación de batidas u otras medidas de control solicitadas; o *tácitas*, como es no haber contemplado en el Plan una especie que los informes administrativos, previos o posteriores al mismo, revelan como existente (DD.1, 3, 12, 22, 24, 62, 94, 95, 127, 141 y 143/08).

Continúa así el Consejo insistiendo en la importancia, como específica medida administrativa potencialmente responsabilizante, del **Plan Técnico de Caza** y de sus documentos complementarios, y, en 2008, ha sido especialmente didáctico al respecto.

En efecto, el Consejo aclara que la *facultad de cazar (ius venandi)* corresponde a los particulares y, en relación con ella, la actividad de la Administración es exclusivamente de índole *autorizatoria*. 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

52 Se hace una aplicación de esta doctrina para exonerar a la Administración en caso de daños causados por colisión con *tejones* en el D.76/08, pues, al tratarse de animales protegidos pero no cazables, resulta aplicable la doctrina de los DD 9 y 19/98, es decir, que no basta con la competencia en materia de fauna silvestre o con la existencia de medidas genéricas de protección de las especies, sino que es preciso que concurra una previa y concreta medida administrativa autorizatoria, subvencionadora o de otra índole.

53 Carecen de relevancia exoneratoria las *actuaciones administrativas posteriores*, por ello, en ningún caso cabe admitir que la Administración aprecie la eventual presencia de la especie dañosa en el acotado *a posteriori* del accidente, concediendo autorizaciones puntuales y extraordinarias de caza, con independencia del Plan Técnico y del procedimiento para su aprobación, y que ello sirva para excluir por completo su responsabilidad en el accidente ya producido (D.143/08).

54 Incluida aquí la *tácita* de no adoptar ninguna medida, pese a conocer la Administración la existencia de un **hábitat apropiado** para una especie cazable. En estos casos puede haber una eventual concurrencia de responsabilidad (DD. 24, 62, 94, 101, 127 y 141/08).

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 (DD. 3, 12, 19, 29, 41, 83, 94, 95, 101, 127, 140, 141 y 143/08).

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 poder 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 (DD.62, 90,94, 127, 140 y 141/08).

En consecuencia, si no concurre ninguno de los dos títulos responsabilizantes (procedencia o medida administrativa), esto es, *si el terreno del que procede el animal no es de la Administración sino de otros titulares, y, en los correspondientes Planes Técnicos de caza, la Administración autonómica no ha adoptado medida administrativa específica alguna que pueda servir para imputar derivativamente responsabilidad patrimonial a la misma*, dicha responsabilidad corresponde a quien sea su titular y sobre ella no puede pronunciarse la Administración autonómica ni el Consejo Consultivo, salvo *prejudicialmente*, es decir, a los solos efectos de excluir o cuantificar la responsabilidad de la Administración autonómica, ya que la eventual responsabilidad de los particulares compete exclusivamente fijarla a la jurisdicción ordinaria (al ser cuestión de Derecho civil, si los titulares son sujetos privados) o a la jurisdicción contencioso-administrativa (al ser cuestión de Derecho administrativo, si son otros entes públicos).⁵⁵

Esta exoneración de la CAR se produce, en consecuencia, si el animal procede: i) de un *Coto municipal de caza* (DD. 52, 65 y 83/08); ii) de un *Coto deportivo de Caza* perteneciente a una *Sociedad de Cazadores* (DD.1, 3, 11, 19, 20, 21, 22, 34, 41, 53, 54, 61, 81, 82, 89, 90, 101 –cotos privados cercanos– y 126/08); iii) de un *Coto privado prevenido*, es decir, en cuyo Plan Técnico de Caza la Administración autonómica advierte de la existencia de *hábitat propicio* para la especie que causa el daño y, pese a esa advertencia, sus titulares no han so-

⁵⁵ Cfr. DD. 21, 24, 34, 41, 50, 51, 65, 81, 83 y 127/08, que reiteran la doctrina ampliamente expuesta en el D.97/07.

licitado cazarla (DD.1/08⁵⁶, 3/08, 22⁵⁷, 83, 90, 95 y 140/08); o iv) de un *terreno no cinegético y no voluntario, pero no perteneciente a la Administración autonómica* (D.50/08, que contempla el caso de una animal procedente de un polígono industrial a través de una autovía estatal no vallada).

b) Doctrina posterior a la Ley 6/2007

La Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas, al modificar, en su art 38, el art. 13 de la Ley 9/98, de Caza de La Rioja, altera en buena medida el planteamiento doctrinal anterior, aunque no de una forma tan radical como pudiera suponerse. Las novedades que comporta son las siguientes:

- Se remite ahora en 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.139, 144 –especialmente– y 155/08).
- Se «devuelve» así acertadamente al legislador estatal su competencia en responsabilidad cinegética que, como había señalado el Consejo, le corresponde en cuanto legislación civil (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

⁵⁶ En el D.1/08 se adopta para el mismo coto privado una solución distinta de la adoptada en el D.24/07 pues, mientras que en éste último no constaba en el expediente que la Administración hubiere advertido al titular de la existencia de hábitat propicio para la especie dañosa, lo que daba pie para imputar una responsabilidad compartida entre la Administración (por no advertir de dicho hábitat) y del titular (por no solicitar la caza de la especie), en el D. 1/08 consta la advertencia de la Administración, por lo que la responsabilidad es ya exclusiva del titular que, advertido, no solicita la caza. El Consejo se queja en el D.1/08 de que la inexactitud de los informes de la Administración cinegética puede llevar a soluciones distintas en el mismo coto como ha sucedido en el caso de los DD. 55/02, 50/03,24/07, 69/07 y 01/08. Más explicaciones sobre las divergencias en los expedientes objeto de los DD. 9, 24 y 69/07, en DD. 12 y 20/08.

⁵⁷ El D.22/08 presenta un caso singular en que el Plan Técnico de Caza de un coto de caza menor advierte de poblaciones ocasionales de una especie cinegética de caza mayor, pero indicando que, *por la configuración del terreno, no es susceptible de aprovechamiento por la modalidad tradicional de batidas*. El Consejo entiende aquí que la responsabilidad por los daños es imputable al titular del coto si las piezas son abatibles por una modalidad distinta a las batidas, y, si ello no es posible, serían imputables a la Administración ya que entonces dicho coto sería asimilable a una zona no cinegética para dicha especie.

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 (DD. 144, 155/08). A estos efectos, el D. 155/08 advierte que hay que tener en cuenta que: i) 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); y ii) en la expresión «*titulares de aprovechamientos cinegéticos*» de la Ley estatal de Caza se comprenden tanto los propietarios como los titulares de cualquier derecho real o personal que conlleve el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza, y ello sobre cualesquiera terrenos aunque no sean cinegéticos (D.155/08).

- Se mantiene indirectamente el sistema de *desplazamiento* de la legislación estatal en cuanto que la Ley de Caza de la CAR determina que ésta es titular de ciertos terrenos cinegéticos (reservas, cotos sociales), así como de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas (D.144/08).
- Se mantiene el carácter *civil* de esta responsabilidad al derivarla de la titularidad de los aprovechamientos cinegéticos, si bien, cuando dicho titular sea la Administración, dicha responsabilidad, *ex* LPAC y LOPJ, habrá de exigirse a través del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y la decisión que en el mismo se adopte será recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa (D.144/08).
- 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.144/08).
- 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 tres importantes precisiones:

1ª 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 mediante 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.144/08).

2ª 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, de la Administración titular de la vía pública o de la Administración cinegética por adopción u omisión de medidas administrativas específicas ínsitas en los Planes Técnicos de Caza o en sus documentos complementarios (DD.144 y 155/08).

3ª El *conveniente informe de la Administración viaria*: En previsión de que la responsabilidad pueda ser imputada a la Administración viaria, debe recabarse informe de la misma en los procedimientos de responsabilidad patrimonial cinegética (D.144/08).

Expuestas estas novedades y matizaciones, las consecuencias que, según la doctrina del Consejo Consultivo en 2008, comporta el nuevo régimen legal son las siguientes:

- **Imputación** a la CAR: Los casos en que responde la CAR son los siguientes:
 - Cuando sea titular del *terreno cinegético*, como un Coto social o, especialmente, una *Reserva Regional* de Caza, ex art. 22.2 Ley 9/98 (DD. 139, 144 y 155/08).
 - Cuando sea titular del *aprovechamiento cinegético*, ex art. 13.1.b) Ley 9/98, en los *terrenos no cinegéticos que sean vedados no voluntarios o zonas no cinegéticas no voluntarias* (D.144/08).
 - Cuando se le impute la responsabilidad por un *título extra-cinegético*, como el viario, u otro (D.155/08).

- **Exoneración de la CAR:** Los casos en que no responde la CAR son los siguientes:
 - Cuando el animal proceda de un *terreno acotado* ⁵⁸, en cuyo caso responde de sus daños el titular del aprovechamiento cinegético ⁵⁹ de ese terreno y, subsidiariamente, el propietario o 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.144/08).*
 - Cuando el animal proceda de un *terreno cercado, vedado o zona no cinegética voluntaria*, en cuyo caso 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.144 y 155/08).*
 - Pero, en estos casos, ni la CAR ni el Consejo pueden pronunciarse ya que es cuestión ajena que compete, en su caso, a la jurisdicción ordinaria (civil, si se trata de un titular privado, o contencioso-administrativa, si se trata de un titular público distinto a la CAR), sin perjuicio de que la Administración deba facilitar al damnificado la identidad, cuando la conozca, del titular del terreno del que procedió el animal (D.155/08).

D) Responsabilidad de la Administración sanitaria

En 2008 el Consejo Consultivo ha continuado insistiendo en los grandes criterios para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia:

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

⁵⁸ Por *terreno acotado* a estos efectos se entiende los terrenos *cinegéticos* (cotos y reservas) y los no cinegéticos (vedados, cercados y zonas no cinegéticas, como las urbanas o las de seguridad): D.144/08.

⁵⁹ Por *titular del aprovechamiento* se entiende, *ex art. 20.4 Ley 9/98 de Caza de la CAR*, la persona física o jurídica que sea declarada como tal por la Administración en el proceso de constitución del acotado por ser propietario del mismo o titular de un derecho real que conlleve el aprovechamiento de la caza en dicho terreno, salvo caso de discrepancia al respecto, en cuyo caso, la responsabilidad patrimonial se dilucidará por las reglas del Derecho civil, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponderá al titular administrativamente declarado: D.144/08.

La obligación de la Administración sanitaria es de *medios y no de resultados*, en Medicina *curativa*, no en la *satisfactiva*,⁶⁰ debido: i) a la condición perecedera y enfermable del ser humano; ii) a la inexistencia de un pretendido derecho a la curación, pues no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes como una aseguradora universal (DD.15, 25, 45, 56, 59, 96, 104, 107, 110, 113, 118, 123, 128 y 154/08); iii) al estado de los conocimientos científicos; iv) a la extensión del servicio sanitario; y v) a los *recursos limitados* asignados por los poderes públicos. Por ello, los servicios médicos están obligados a prestar una asistencia pronta, adecuada y acorde al *estado de la Ciencia*, pero en ningún caso se les puede exigir un resultado concreto, ni sobrepasar el *standard normal de los servicios* disponibles en el sistema sanitario (DD.15, 16, 25, 26, 56, 58, 59, 63, 96, 104, 107, 112, 132, 133, 149, 154, 156, 157/08).

2º Criterio de la imputación sólo por *funcionamiento anormal*

La imputación del daño a la Administración sanitaria sólo procede por *funcionamiento anormal* del servicio público sanitario, objetivado en una infracción de la *lex artis ad hoc* o del *consentimiento informado* (DD. 96, 104 y 154/08.), limitación ésta que tiene su fundamento en el carácter relativamente *contractual* y no *extracontractual* de la responsabilidad sanitaria (doctrina fijada en el D.50/07), pues, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más de la existencia de un daño, sino del incumplimiento de un deber legal preexistente por parte de la Administración de prestar la debida asistencia sanitaria a un concreto paciente (DD. 107 y 128/08). Por supuesto, este funcionamiento anormal puede detectarse en el servicio sanitario no médico, como el de documentación y secretaría hospitalaria.⁶¹

3º Criterio de la *lex artis ad hoc*

La observancia de la *lex artis ad hoc* es el parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por

⁶⁰ Un caso *especial* es la operación de *vasectomía*: está incluida en la cartera de servicios sanitarios públicos, es una operación *de resultado*, pero ello no significa que el resultado satisfactorio (azoospermia total) esté absolutamente garantizado en todos los casos, pues, no sólo ha de esperarse un tiempo para comprobarla espermiográficamente, sino que, en ciertos pacientes, es preciso reiterarla y, además, hay ciertos porcentajes de fallo que recoge la literatura médica especializada, y puede presentar otros riesgos típicos como la recanalización espontánea y la reaparición espontánea de espermatozoides (D.149/08).

⁶¹ Es el caso del D.105/08 (no constancia en la historia clínica de la paciente de la segunda opinión médica practicada en la sanidad pública, que aconsejó una prueba diagnóstica necesaria y que no se practicó en la sanidad pública sino en la privada).

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, los recursos disponibles en el sistema sanitario, y lo legalmente establecido (DD.102/08), independientemente del resultado producido en la salud o la vida del enfermo (D.104/08). Por tanto, la actuación conforme a la *lex artis ad hoc* impide imputar el daño a la Administración; su incumplimiento, en cambio, determina tal imputación (D13/08).

El parámetro de la *lex artis ad hoc*⁶², frente a lo que pudiera parecer, no supone introducir un criterio subjetivo y culpabilístico en el sistema, sino que toma en consideración los *protocolos y estándares* de actuación objetivos, reconocidos y practicados por el conjunto de la profesión médica en el ejercicio de su actividad de asistencia sanitaria, para cuya comprobación resulta imprescindible la constancia escrita en la historia clínica del paciente (D.59/08).

Se añade que esta *lex artis* es «*ad hoc*» porque no atiende a criterios generales sino a las peculiaridades del caso concreto y a la asistencia individualizada que el mismo requiere (D.102/08). Por eso, la *lex artis* se cumple: i) aunque se manifiesten ciertos *riesgos típicos* (D.15/08); y ii) aunque el Facultativo interviniente carezca de titulación especializada, pues la *falta de titulación en una especialidad médica concreta* del Facultativo que atiende al paciente, aunque esté experimentado en ella, sólo puede conllevar una mala praxis médica si el diagnóstico y tratamiento no se ajustan a la *lex artis* y a los protocolos asistenciales prescritos para la enfermedad padecida (D.112/08).

El Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria en 2008 en los siguientes casos en que se alegaba mala praxis médica: i) D.15/08 (paciente al que se implanta una prótesis de rodilla en la sanidad pública y presenta luego infecciones –riesgo típico sobre el recayó el consentimiento informado– que, correctamente tratadas en la sanidad pública, conducen a un nuevo implante en la sanidad privada); ii) D. 25/08 (paciente diabético, hipertenso y tratado con *Sintrom* que fallece por muerte súbita –de causa desconocida al haberse negado los familiares a practicar la autopsia–, 4 horas después de haber sido atendido correctamente en Urgencias de una hemoptisis por caída domiciliaria casual); iii) D.26/08 (paciente con carcinoma mamario a la que se le ofrece en la sanidad pública una procedente mastectomía con posterior radioterapia y reconstrucción mamaria, y que opta por una mastectomía con reconstrucción mamaria inmediata en la sanidad privada); iv) D.45/08 (niña adoptada de origen chino con antecedentes de alergia y patologías respiratorias y gástricas que ingresa en Urgencia con un cuadro muy grave de hidroneumotorax que vira a empiema con fístula broncopleural y es tratada adecuadamente con antibióticos y drenaje pleural que logra su curación sin necesidad de practicarle una toracocentesis en otro Hospital público al que fue preventivamente trasladada al efecto); v) D.58/08 (paciente con una anatomía compleja de oído al que se le practica

⁶² En aplicación de este criterio, el Consejo ha imputado la responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.63/08 (pérdida del bazo subsiguiente a su perforación al practicar una punción pleural).

una exéresis de colesteatoma a consecuencia de la cual surge una complicación infrecuente: la trombosis de los senos transversos y sigmoide, de la que se recupera normalmente); vi) D.102/08 (paciente correctamente diagnosticado de síndrome mielodisplásico con exceso de bastos –AREB– y riesgo de derivar a leucemia mieloblástica aguda que se traslada voluntariamente a la sanidad privada para tratamiento, que no logra impedir su fallecimiento); vii) D.104/08 (paciente sometida a la operación de Sturmdorf con hemorragia postquirúrgica incoercible que obliga a una histerectomía total con secuelas de absceso pélvico y fístula vesico-vaginal, sin prueba de malpraxis médica, pese a una larga hospitalización por riesgos típicos sobre los que hubo consentimiento informado); viii) D.107/08 (paciente con luxación del hombro y fractura de troquíter al que se cita en tiempo para artroscopia procedente que voluntariamente se realiza en la sanidad privada); ix) D.112/08 (paciente totalmente histerectomizada por carcinoma de cérvix que se extiende y causa grandes padecimientos, pese al tratamiento radiológico y quimioterápico aplicado); x) D.123/08 (paciente recién nacido con importantes deficiencias –riñón ectópico, comunicación interauricular, anomalías vertebrales y ano imperforado– no detectadas, pese a las ecografías bien practicadas durante la gestación, al manifestarse al final de la misma, ser de diagnóstico post-natal por su mínima expresión ecográfica y no justificar una interrupción voluntaria del embarazo); xi) D.124/08 (paciente con melanoma correctamente operado tras un retraso de pocos días por su derivación a otro Hospital que no afectó a su situación médica); xii) D.128/08 (paciente con epistaxis incoercible correctamente intervenido con embolización arterial mediante microesferas que, como riesgo típico advertido en el consentimiento informado, deriva a pérdida de visión de un ojo por deslizamiento de una de ellas a la arteria oftálmica central de la retina); xiii) D.132/08 (paciente con obstrucción intestinal debida a una tumoración en el colon, a la que se le practica correctamente y en tiempo una colectomía total, previa preparación con enemas, debido a su reacción hemética a la preparación por vía oral); xiv) D.154/08 (paciente con molestias gástricas debidamente tratadas que denota una intolerancia a la fructosa, no manifestada ni verbal ni sintomatológicamente en la sanidad pública, tras una prueba de curva de fructosa-sorbitol practicada en la sanidad privada); xv) D.157 (paciente a la que se le practica correctamente una histerectomía subtotal para extraer un mioma uterino, presentando, como riesgo típico informado, secuelas de dolores derivados del contacto de la sutura de la arteria uterina derecha con nervios ileoinguinal y femoro cutáneo derechos).

4º Criterio del *daño desproporcionado*:

Consecuencia del criterio de la *lex artis* es la aplicabilidad de la *doctrina del daño desproporcionado*, por la que procede imputarlo a la Administración cuando, pese a la observancia de la *lex artis*, se ha causado un daño al paciente reputado superior al que normalmente se deriva de la intervención practicada.⁶³ La *prueba pericial* es la fundamental para apreciar este criterio en cada caso (DD. 1 y 25/07), teniendo en cuenta que la carga de la prueba de la impericia médica, y, en su caso, la de contrarrestar o desvirtuar la presentada de contrario por la Administración, recae sobre el reclamante (D.12/07).⁶⁴

⁶³ El Consejo aplica la *doctrina del daño desproporcionado* para imputar responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.63/08 (punción pleural que lesiona el bazo).

⁶⁴ La falta de prueba de la inobservancia de la *lex artis ad hoc* es determinante en los DD.1, 3, 12, 29, 102, 108 y 123/07.

5º Criterio de la *inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño*:

La prestación sanitaria es consecuencia de un deber de la Administración previo e individualizado con respecto a un determinado paciente, correlativo al derecho de éste a la protección de su salud, y que comprende el de ser informado adecuadamente antes de prestar su consentimiento a una intervención médica (DD. 102, 105 y 113/08.). Por ello, en asistencia sanitaria, el requisito de la antijuridicidad del daño no tiene un papel relevante, pues no existe propiamente deber de soportar el daño sino, en su caso, la *imposibilidad de imputarlo* a una malpráctica de la Administración (DD.15, 16 25, 45, 58, 59, 104, 110 y 128/08).

6º 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 se ha pronunciado en 2008:

- Sobre la *autonomía de este parámetro de imputación*, declarando que la *lex artis* no sólo comprende las actuaciones que sean conformes con las reglas de la profesión médica, sino también el deber de informar al paciente de los riesgos derivados de la mismas (D.157/08), con lo que parece acercarse a la postura jurisprudencial que considera al consentimiento informado como parte del contenido de la *lex artis ad hoc*, si bien en otros dictámenes el Consejo parece seguir considerándolo un parámetro de imputación distinto (cfr. D.128/08 donde, en *obiter dictum*, de alude a la mala praxis como «otro parámetro de imputación»).
- Sobre la *forma de manifestación* del consentimiento informado, declarando que el mismo puede ser *tácito ex* STS 3-10-00 y TSJR 30-1-07 (D.157/08) y que existe consentimiento informado cuando el Médico informó personalmente al paciente de la operación y sus riesgos, y en concreto del que luego se materializó, y le dejó el documento que el paciente firmó al día siguiente, aunque inadvertidamente se omitiese luego la firma del Médico, defecto que no es invalidante (D.128/08).
- Sobre la *amplitud de la información exigible*, declarando que no es preciso que la información prestada comprenda todas las posibles incidencias incluso las *excepcionales* de muy escasa incidencia, ya que no se trata de informar más allá de lo razonable, especialmente cuando

la idiosincrasia del paciente permite presumir que las habría asumido (D.58/08).

- Sobre su *indemnizabilidad*, declarando que la ausencia de consentimiento informado es indemnizable, pero no como daño material sino *moral*, según la jurisprudencia (D.63/08), por eso la falta de o el defecto en el consentimiento informado determina sólo el daño moral consistente en haber impedido la *facultad de autodeterminación* del paciente, en cuanto a no haber podido ponderar los riesgos y la posibilidad de sustraerse al tratamiento ofrecido (D.128/08); pero la responsabilidad por falta de o defecto en el consentimiento informado no alcanza a las *secuelas*, salvo que estén causalmente ligadas a la falta o defecto de consentimiento o a mala praxis (D.128/08).

7º Criterio de la idiosincrasia o estado previo del paciente:

La *idiosincrasia* o situación previa del paciente, especialmente su patología previa, es siempre una *concausa* a estimar, que puede incluso ser la única relevante (DD. 18, 58, 70, 102, 105, 116/08).⁶⁵

8º Criterio de la ponderación del error médico de diagnóstico o de tratamiento:

El *error de diagnóstico o de tratamiento* sólo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.56/08), lo que ha provocado varias exoneraciones en 2008 relativas a casos en que se alegó *error de diagnóstico*⁶⁶

⁶⁵ El Consejo ha aplicado este criterio en los siguientes casos: i) D.18/08 (paciente totalmente histerectomizada y portadora del virus del papiloma humano que cursa a neoplasia de cérvix correctamente diagnosticada en la sanidad pública y quirúrgicamente tratada en la privada por voluntad de la paciente); ii) DD. 70 y 116/08 (paciente menor de edad a la que no se le detecta en Consulta de Pediatría un glaucoma congénito, patente por fotografías, y correctamente tratado unos días después, pues dicha mala praxis y pequeño retraso en el tratamiento no es causa del daño ni de su agravación, sino la idiosincrasia congénita de la paciente); iii) D.133/08 (paciente con meniscos discoides que siguen molestando –pese a la artroscopia realizada sin prueba de mala praxis–, debido a un proceso artrósico degenerativo en ambas rodillas); iv) D.149/08 (paciente con anatomía testicular anómala que impide la agenesia tras una vasectomía convencional infructuosa que debe reiterarse).

⁶⁶ Concretamente, el Consejo ha **exonerado** a la Administración del alegado *error de diagnóstico* en los siguientes casos: i) D.16/08 (paciente adecuadamente diagnosticada y tratada de dolor lumbociático que luego es operada de hernia discal en la sanidad privada); ii) D.47/08 (paciente correctamente diagnosticado de fístula o hidrosadenitis perianal cuya curación espontánea se comprueba al ser intervenido y objetivarse entonces una hidrosadenitis inguinal que se opera correctamente en ese momento); iii) D.59/08 (paciente correctamente diagnosticado

o de tratamiento⁶⁷. Este tipo de error ha de ser apreciado en el momento en que se produce con arreglo a las circunstancias entonces concurrentes y manifestadas, no «*ex post facto*», especialmente mediante necropsia, autopsia o inspección *post mortem* (D.59/08).

Este criterio tiene diversas manifestaciones y variantes, como la *omisión* de pruebas diagnósticas necesarias⁶⁸ o la *prolongación excesiva* en el *tratamiento*.⁶⁹

9º 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*.⁷⁰ A este respecto, el Consejo ha declarado en 2008 que la *lex artis* se cumple aunque se manifiesten ciertos *riesgos típicos*, por más que sean estadísticamente infrecuentes, siempre que hayan sido detectados por la literatura científica como inherentes a la inter-

y tratado de gastroenteritis aguda que fallece horas después en su domicilio por una parada cardio-respiratoria que la autopsia revela como producida por una estenosis aórtica congénita, que hasta entonces había sido asintomática y silente); iv) D.156/08 (paciente bien diagnosticado con arreglo al cuadro clínico que presentaba en cada momento y que resultó padecer fibromialgia, síndrome de difícil diagnóstico solo diferenciado por la OMS desde 1992).

67 El Consejo **exonera** a la Administración por no existir error de tratamiento en el caso del D.96/08 (paciente cardiopático crónico tratado con *Sintrón* en la sanidad pública, al que se implanta un marcapasos en la privada que luego debe ser eliminado).

68 El Consejo ha empleado este criterio para **imputar** la responsabilidad a la Administración en el D. 56/08 (paciente diagnosticado de vértigos periféricos sin practicar una audiometría que un mes después reveló una sordera súbita del oído izquierdo que hubiera sido tratable pero que había devenido irreversible) y en el D.105/08 (paciente con hemoptisis frecuentes y sospecha de bronquiectasias tras un TAC ordinario, a la que, pese a pedir segunda opinión médica en el sistema sanitario público, no se le diagnostican bronquiectasias crónicas hasta que voluntariamente acude a la sanidad privada donde se le practica un TAC torácico de alta resolución). Y ha **exonerando** a la Administración sanitaria en el caso del D.49/08 (paciente fallecida de infarto de miocardio –IAM– sin habersele podido practicar una resonancia magnética –RNM– por su obesidad mórbida, sin nexo causal entre ambos eventos).

69 El Consejo **imputa** este error a la Administración en el D.113/08 (paciente a la que se practica, sin consentimiento informado, una mamoplastia de reducción, de la que deriva, como riesgo típico postoperatorio, una infección mamaria, tratada con antibióticos inespecíficos al no haber hecho un cultivo para antibiograma, y, tras fracasar una operación tardía de desbridamiento de la necrosis, exige una mastectomía).

70 En aplicación de este criterio, el Consejo ha exonerado a la Administración sanitaria en 2008 en los casos siguientes: i) D.15/08 (infección subsiguiente a implante de prótesis total de rodilla, riesgo típico sobre el que recayó el consentimiento informado); y ii) D.128/08 (paciente con epistaxis incoercible que pierde la visión de un ojo por obstrucción de arteria oftálmica central de la retina, tras una embolización selectiva de las arterias esfenopalatinas con micro-partículas esféricas, también riesgo típico sobre el que recayó consentimiento informado).

vencción practicada y que sobre ellos haya recaído el consentimiento informado (D.15/08).

10º Criterio de la ponderación de la *pérdida de oportunidades terapéuticas*

La actuación de la Administración sanitaria debe ser también examinada en cuanto que puede conllevar *pérdida de oportunidades terapéuticas* para el paciente. El Consejo ha imputado en 2008 responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso de los DD. 70⁷¹ y 110/08⁷², pero no así en el del D. 25/08, aunque aquí con un Voto particular contrario.⁷³

11º Criterio del derecho a una *segunda opinión médica en la sanidad pública*

El paciente tiene derecho a pedir y obtener gratuitamente una segunda opinión médica en el servicio sanitario público (no en la sanidad privada) normalmente en una Administración sanitaria distinta a la que le atiende; en tal caso, el Facultativo que la emite se comporta como un perito ajeno a la Administración sanitaria que atiende al paciente y actúa a instancia de y por cuenta de ésta última, a la que corresponde poner los medios precisos para asegurar la real repercusión del ejercicio de este derecho en la atención sanitaria al paciente, haciendo constar la segunda opinión médica en la historia clínica y actuando en consecuencia conforme a la *lex artis ad hoc* (D.105/08).

71 D.70/08 (paciente menor de edad a la que no se le detecta en Consulta de Pediatría un glaucoma congénito, patente por fotografías, si se prueba dicha patencia).

72 D.110/08 (paciente con esófago de Barret al que no se le practica una revisión endoscópica que podría haber revelado de forma temprana su posterior derivación a adenocarcinoma letal).

73 D.25/08, Voto particular de D. Pedro de Pablo que, con cita de jurisprudencia, entiende que hay daño moral indemnizable por la zozobra inherente a la duda racional sobre la posible pérdida de oportunidades terapéuticas de un paciente diabético, hipertenso y tratado con *Sintrom*, fallecido de muerte súbita 4 horas después de haber sido atendido correctamente en el Servicio de Urgencias de una hemoptisis por caída domiciliar casual, sin haber recabado suficiente información sobre el estado previo del paciente. El Voto particular sostiene: i) que hubo infracción, no de la *lex artis* en general, pero si de la «*ad hoc*», al no recabar información suficiente sobre el estado previo del paciente; y ii) que debió indemnizarse –en una cuantía inferior a la pedida por los reclamantes– el daño moral causado a los familiares por la duda razonable de si el paciente hubiera sobrevivido de haberse recabado dicha información y actuado en consecuencia (doctrina de la *pérdida de oportunidad terapéutica*, afirmada por la jurisprudencia que cita).

12° Criterio de la necesidad de la prueba y su amabilización

Obviamente, como en todo procedimiento de responsabilidad, es precisa la prueba, por eso el Consejo ha reiterado en 2008 que la *prueba de la causa* incumbe al reclamante (DD.10/05; 104 y 110/08), pero –siempre que haya un *principio de prueba*– ésta resulta *amabilizada* por las doctrinas del *daño desmesurado* o *excesivo*; la *facilidad probatoria*; la *culpa virtual* y el principio *res ipsa alloquitur* (DD.10/95; 63 y 104/08).

En cuanto a la *prueba de las secuelas*, la Administración ha de investigar de oficio el alcance de las mismas, practicando las oportunas pruebas *ex art. 7* del Reglamento, en relación con el art. 80 LPAC (D.70/08).

En todo caso, la *prueba pericial* es la fundamental para apreciar la responsabilidad sanitaria en cada caso,⁷⁴ ya que carecen de eficacia enervante las manifestaciones de parte carente de la cualificación científica precisa para enjuiciar un proceso médico (DD. 15, 58 y 104/08). Ahora bien, el objeto de la prueba pericial a estos efectos es la valoración científica de si ha habido o no observancia de la *lex artis ad hoc*, no la valoración económica de las lesiones con arreglo al baremo (D.15/08).

13^a 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 y de pago de gastos realizados en la sanidad privada:

- Valoración:

A este respecto, el Consejo ha reiterado en 2008 el carácter meramente *orientativo* y no vinculante de los *baremos* de valoración de los accidentes de tráfico (DD. 56 y 113/08) y la consiguiente necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes (D. 113/08).

- Daños morales:

El Consejo ha declarado a este respecto que: i) como todos los daños, los morales requieren también ser individualizados, reales y efectivos, no supuestos, pero, además, para ser indemnizables, deben concurrir los requisitos de

⁷⁴ Por falta de prueba de la mala praxis *ad hoc*, el Consejo ha exonerado a la Administración sanitaria en los DD.1, 3, 12, 29, 102, 104, 108, 110, 123/07 y 133/08, a los que cabe añadir el D.47/08, donde se aprecia falta de prueba de la realidad del daño.

relación de causalidad con el servicio público e imputación objetiva a la Administración (DD. 105 y 125/08); ii) los daños morales pueden irrogarse también *a las personas jurídicas*, si bien sólo en su faceta *objetiva* (fama o reputación) y no en la *subjetiva*, pues los entes morales no tienen capacidad de sufrimiento (D.125/08); iii) incluyen la incertidumbre y desasosiego de los familiares durante el último periodo de la enfermedad (D.110/08); iv) también incluyen la zozobra, inquietud y desesperanza provocada en la paciente por el retraso injustificado de diagnóstico que finalmente da la sanidad privada (D.105/08); iv) no es daño moral (por inexistencia de daño) el supuesto riesgo innecesario de una intervención quirúrgica procedente que evita otra innecesaria que el paciente suponía que era la procedente (D.47/08); v) no es daño moral indemnizable la molestia inherente a tener que someterse a una segunda operación por un riesgo típico objeto de consentimiento informado que ha advenido tras una primera infructuosa de vasectomía (D.149/08); vi) 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.70/08).

- *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 (DD. 31, 90, 104, 105/07), ya que si bien existe el obvio derecho de opción que tiene el paciente para elegir entre ser atendido en la sanidad pública gratuitamente o la privada a su costa; lo que no existe (cfr. SAN 25-2-04) es un derecho del paciente a optar por ser atendido en la sanidad pública o en la privada, pero siempre a cargo de la pública (DD.26, 96, 107, 154/08).

Por eso, **no son indemnizables:** i) los gastos por una segunda opinión médica pedida voluntariamente por el paciente a la sanidad privada sin ejercer ese derecho en la pública (D.26/08); ii) ni los gastos en la sanidad privada por una complicación posterior derivada de la previa intervención quirúrgica habida en la propia sanidad privada (D.26/08); iii) los gastos en sanidad privada por medicina satisfactiva, no curativa (D.26/08); ni iv) los gastos futuros que el paciente desea efectuar en la sanidad privada, sin autorización de la pública, por no confiar ya en ésta última (D.149/08).

Esto sentado, el Consejo ha declarado reiteradamente que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no debe confundirse con los siguientes procedimientos: i) el de *autorización de la sanidad pública* para acudir a la privada (D.104/07); ii) el de *traslado a otro*

centro sanitario público; derecho éste del paciente que no existe cuando puede ser tratado en el centro público que le corresponde (D.105/07); iii) el de ejecución del *derecho del paciente a obtener una segunda opinión médica*, por supuesto, en la sanidad pública, que es un derecho individual del paciente que no puede ser convertido en potestativo de los Especialistas que le atienden (D.105/08), aunque la desatención por la sanidad pública de la segunda opinión médica emitida en la sanidad pública a instancia de un paciente que luego acude a la privada, puede ser causa de indemnización. (D.105/08) y iv) sobre todo, no debe confundirse con el *procedimiento de reclamación de gastos en la sanidad privada* ex RD 63/95.

Respecto a esta última vía, ha declarado el Consejo en 2008 que:

- En efecto, las reclamaciones ex RD 63/95 competen a la jurisdicción social y los gastos en sanidad privada reintegrables por esa vía se han reducido ahora al caso de *urgencia vital*⁷⁵. Sin embargo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial competen a la vía contencioso-administrativa y, si se cumplen los requisitos generales, comprenden, no sólo la *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), y también cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario, como ha declarado la jurisprudencia,⁷⁶ 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 (DD, 26, 70, 96, 102 y 105/08).
- Por ello, un mismo expediente puede plantear la existencia de dos reclamaciones, una de reintegro de gastos en sanidad privada y otra de responsabilidad patrimonial previa por pérdida de oportunidades terapéuticas (D. 70/08).
- La razón de esta dualidad de vías es que se trata de dos sistemas jurídicos distintos, pues las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria han de dilucidarse por los trámites de los arts. 139 ss. LPAC, precepto que forma parte del régimen jurídico administrativo, por lo que la resolución que recaiga es recurrible en vía contencioso-administrativa; mientras que los del procedimiento de reintegro de gastos en sanidad privada han de sustanciarse con arreglo al art. 4 del RD 1030/06, sobre cartera de servicios comunes del Sistema de la Seguridad Social,

⁷⁵ No concurre riesgo vital cuando el paciente: i) es correctamente diagnosticado en la sanidad pública, el diagnóstico es confirmado por la misma tres días después y el paciente derivado seguidamente a un Centro de referencia, al que no ingresa por decisión legítima de hacerlo en la sanidad privada (D.70/08); o ii) no manifiesta su dolencia de intolerancia gástrica a la sanidad pública y sí a la privada donde le practican una prueba diagnóstica apropiada para detectarla (D.154/08).

⁷⁶ Los DD. 105 y 156/08 citan la jurisprudencia contencioso administrativa en el sentido de que estas reclamaciones, si concurren los requisitos necesarios para ello, pueden tramitarse como reclamaciones de responsabilidad patrimonial, aunque se trate de supuestos excluidos del procedimiento de reclamación de reintegro de gastos en la sanidad privada. como los de error de diagnóstico y denegación de asistencia (SAN 12-4-00, 27-9-00 y 18-9-02, y STS, 4ª, de 11-6-90; y 3ª, de 25-2-04, 29-3-99, 7-7-99 y 18-10-98 y STS, 4ª, de 4-11-88).

precepto encuadrado en el régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que la resolución final que recaiga es recurrible ante la jurisdicción social (DD.70 y 105/08).

Establecidas estas diferenciaciones de vías y procedimientos, el Consejo, en los casos en que ha entendido de peticiones de reembolso de gastos por vía de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, ha declarado en 2008: i) que sólo son **indemnizables**: i) los gastos en sanidad privada directamente relacionados con un tratamiento denegado en la pública (D. 26/08); y ii) los debidos a atenciones que hubieran sido innecesarias si el paciente hubiera sido tratado adecuadamente en la sanidad pública (D.110/08).

E) Responsabilidad de la Administración docente

La vigente limitación legal de la cuantía mínima exigida para consultar al Consejo en materia de responsabilidad patrimonial ha eliminado prácticamente las consultas sobre reclamaciones de daños y perjuicios sufridos por escolares en Centros docentes públicos. En 2008, el Consejo sólo ha emitido dos Dictámenes sobre esta materia y ambos en sentido estimatorio de la pretensión: i) el D.111/08, que se estima en aplicación de la doctrina sobre imputación de la responsabilidad a la Administración docente por *culpa in vigilando* en casos de *agresiones intencionadas* entre el alumnado; y ii) el D.115/08, que imputa a dicha Administración el daño derivado de la caída de un alumno durante una actividad extraescolar programada de patinaje sobre hielo.

6. Doctrina sobre revisión de oficio de actos administrativos

En 2008 el Consejo ha emitido dos Dictámenes sobre revisión de oficio de actos administrativos que, como es sabido, resultan de consulta *preceptiva* siendo el dictamen emitido *habilitante* de la revisión pretendida por la Administración en el sentido de que ésta sólo puede revisar el acto si el dictamen consultivo es favorable a ello.

El D. 78/08 versa sobre la pretendida anulación de un acto de concesión de una beca de investigación a un Profesor universitario que carecía de los requisitos de titulación exigidos en la convocatoria, por lo que, obviamente, procede revisarlo de oficio *ex art. 62,1,F) LPAC*, por carecer el interesado de los requisitos necesarios para adquirir el derecho correspondiente.

El D.99/08 versa sobre la pretendida anulación de un acto municipal de licencia de segregación de parcelas urbanas por derivar de un acto previo de deslinde y amojonamiento de contenido imposible por no ajustarse a la realidad física de las parcelas correspondientes. El Consejo, tras advertir que por *acto de*

contenido imposible a efectos del art. 62.2. c) LPAC hay que entender, no los afectados por una imposibilidad de carácter jurídico o legal, sino *físico* (es decir, los que resulten inadecuados en forma total y originar a la realidad física sobre la que recaen, según SSTs 19-5-00 y 15-4-04) o *lógico* (es decir, los que encierren una contradicción interna en sus propios términos, según SSTs 6-11-81 y 9-5-85), estima que concurre en el caso una imposibilidad de tipo físico por inadecuación del acto anulable a la realidad física de las parcelas a las que se refiere.

7. Doctrina sobre materias concretas

Entre otras diversas cuestiones que el Consejo ha examinado durante 2007, podemos destacar la doctrina sentada respecto a las siguientes:

A) Derecho universitario: Reconocimiento de *Universidades privadas*

El Consejo dedicó su D.108/08, de carácter facultativo, al Anteproyecto de Ley de reconocimiento de la *Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*, que finalmente se aprobaría como Ley 3/2008, de 13 de octubre.

Tras afirmar la *competencia* autonómica para dictarla *ex arts.* 27 CE, 10.1 EAR'99 y 3 a 6 de la LO 6/01, modificada por la LO 4/07 (de Universidades, LOU), analiza el Consejo el cumplimiento del *procedimiento* legalmente previsto en la LOU y en el RD 557/1991 para el reconocimiento autonómico de Universidades privadas.

Comienza el Consejo distinguiendo entre *reconocimiento* y *puesta en funcionamiento* de las Universidades privadas. El *reconocimiento* es jurídicamente un acto de *autorización condicionada*, pero conferido no por la Administración, sino por el Parlamento mediante una norma con rango de ley autonómica (arts. 4.1 y 5.1 LOU) que, por eso, carece de contenido normativo (STC 47/05). Dicho acto autorizador es de carácter *constitutivo* (pues, sin él, no puede existir la Universidad correspondiente) y requiere el previo cumplimiento de los *requisitos* legalmente establecidos para la creación de Universidades privadas y que se contienen básicamente en los arts. 11 y 13 del precitado RD 55/91. Sin embargo, una vez reconocida por Ley la Universidad privada correspondiente, el acto de autorización de su *puesta en funcionamiento* compete a la Administración autonómica, tras comprobar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por la entidad promotora. El Consejo considera que, por seguridad jurídica, la puesta en funcionamiento debe estar sujeta a un *plazo* desde el reconocimiento.

Centrándose en la fase de reconocimiento, que es la que constituye objeto de la consulta, y sin entrar en cuestiones de oportunidad, constata el Consejo que se ha evacuado el preceptivo, pero no vinculante, informe del *Consejo de Coordinación Universitaria*, y que

la entidad promotora ha presentado la documentación correspondiente, pero realiza tres advertencias, sobre la personalidad jurídica, la garantía financiera y la definición de la estructura de la nueva Universidad.

- Sobre la *personificación*, advierte el Consejo que no debe confundirse la personalidad jurídica de la entidad *promotora*, con la de la Universidad *promovida*; ambas pueden adoptar, según el art. 2.1 LOU, cualquiera de las formas de personificación admitidas en Derecho, incluida la de SA, como se pretende en el caso, pero, mientras que la entidad promotora ha de ser obviamente preexistente, la Universidad promovida solo puede existir una vez aprobada la Ley de reconocimiento, habida cuenta de su expresado carácter constitutivo, por lo que debe aclararse, previamente al reconocimiento de ésta última, la distinción entre ambas entidades y la forma jurídica que adoptará la Universidad promovida. En este punto, el Consejo excita el celo de la Comunidad Autónoma en la observancia de los requisitos, habida cuenta de que la forma fundacional se adecua mejor que la societaria a la naturaleza de las Universidades.
- Sobre la *garantía financiera*, el Consejo excita el celo inspector de la Comunidad Autónoma para vigilar, aunque la normativa no lo exige expresamente, que dicha garantía, más que comprender todas las partidas del presupuesto de puesta en marcha de la Universidad promovida, abarque especialmente a las dotaciones para investigación y ayudas al estudio, en cuanto que implican a terceros interesados.
- Sobre la *estructura organizativa*, el Consejo reconoce que la apreciación del cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa vigente supone un alto grado de discrecionalidad y valoración de oportunidad, no obstante lo cual advierte que, tratándose de una Universidad de enseñanza virtual, como la propuesta, deben aportarse datos sobre sede electrónica y dominios de internet.

B) Derecho subvencional: Orden de prelación de fuentes

El D.31/08, relativo al Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 14/06, regulador del régimen de las subvenciones en la CAR, da pie a un breve pero sustancioso Fundamento Jurídico Cuarto en que el Consejo, que ya había analizado la competencia y singularidades del Derecho subvencional como modalidad de la acción administrativa de fomento en el D.80/05, insista ahora en la jerarquía de fuentes existentes en la materia, habida cuenta de que la CAR no cuenta con una Ley subvencional propia y esa dejación autonómica del ejercicio de sus competencias legislativas hace que deba tomar cobertura de la Ley estatal 38/03, General de Subvenciones, varios de cuyos preceptos tienen el carácter de normativa básica para las CC.AA.

Por ello, el Consejo, tras aclarar que las normas estatales básicas no son jerárquicamente superiores a las autonómicas sino que simplemente las *desplazan* por virtud del *principio de competencia*, pero que, en el caso de la Ley General de Subvenciones, la CAR ha de considerarla como norma de cabecera en su totalidad, ya que el resto de sus disposiciones que no tienen carácter básico tienen el rango legal que los reglamentos autonómicos en la materia precisan para su cobertura, establece el siguiente orden de prelación de fuentes en materia subvencional en la CAR: i) primero, la citada Ley General que, como norma de

cobertura, rige en todos sus preceptos, sean o no básicos, salvo los que se refieran exclusivamente al ámbito organizativo del Estado central; ii) segundo, el Reglamento autonómico que, obviamente, habrá de respetar las normas básicas estatales, entendiéndose por tales, no sólo las incluidas con tal carácter en la Ley General precitada, sino también las formuladas en el Reglamento estatal de desarrollo de la misma, aprobado por RD 887/06, aunque, obviamente éste, por lo antes dicho, no tiene rango jerárquico superior a la reglamentación autonómica a la que eventualmente pueda desplazar por el efecto del principio de competencia; y iii) finalmente, puede aceptarse, como hacía el Proyecto consultado, el recurso a las restantes normas del Derecho administrativo y, por último, a las de Derecho Privado.

C) Derecho honorífico: Cobertura y coherencia de la acción premial.

El Consejo Consultivo ha emitido en 2008 dos dictámenes sobre Derecho honorífico:

- El D.66/08, sobre el Decreto por el que se crea la distinción «Insignia de La Rioja», en el que, tras remitirse al D. 55/00 para amparar genéricamente la competencia autonómica al respecto en el desarrollo de la Ley 1/01, de Honores, distinciones y protocolo de la CAR, y justificar la ausencia de expediente previo cuando se trate de hechos notorios, cuestiona que la citada Ley preste cobertura a la concesión de distinciones a altos cargos autonómicos en activo en la CAR y, considerando que, en el caso, solo se trataba de conmemorar el XXV aniversario de la Iª Legislatura autonómica, sugiere sustituir el reglamento previsto por un mero Acuerdo de otorgamiento de la insignia, entendido como un elemento más de un acto conmemorativo que se agota en sí mismo.
- El D. 103/08, sobre el Decreto por el que se crean los Premios «Rioja Región Responsable», tras remitirse también al D.55/00 en materia de competencia, califica los citados Premios como una distinción honorífica y sectorial *ad extra* dirigida a un ámbito en el que la CAR ostenta competencias de fomento, no solo mediante subvenciones económicas (Derecho subvencional), sino también mediante y premios honoríficos (Derecho premial), por lo que sugiere que no quepa concederlos a empresas que hubieren sido sancionadas en el año anterior por infracciones en el orden social.

D) Derecho informático: Edición electrónica del B.O.R.

El D. 85/08 versa sobre la nueva reglamentación del BOR, cuya principal novedad es su publicación únicamente en internet. El Consejo, tras advertir que el reglamento obtiene cobertura en la Ley estatal básica 5/02, reguladora de los BB.OO. provinciales, y que la materia es trascendente por implicar nada menos que el principio constitucional de publicidad de las disposiciones generales (arts. 9.3 CE y 21 y 28 EAR'99), cuyo origen se remonta a la misma

Revolución Francesa, reconoce el apoyo que la edición electrónica del BOR puede tener en la Ley 11/07, de Acceso electrónico a los servicios públicos, pero, recordando la historia del BOR (que recoge con detalle desde su creación en 1833, siendo Ministro de Fomento el ilustre administrativista Javier de Burgos), insiste en el doble carácter que el BOR tiene de B.O. de la CAR y B.O. de la Provincia de La Rioja, por lo que no puede omitir, p.e., una Sección de Administración de Justicia, y recomienda vivamente que, por motivos de seguridad jurídica, autenticidad e integridad de los textos objeto de publicación oficial, se editen al menos algunos ejemplares del BOR en el formato tradicional de papel que, al igual que se ha efectuado en el caso del BOE y de los BB.OO. de otras CC.AA que también han adoptado la edición digital, sean entregados para el depósito legal y custodiados en instituciones apropiadas con las debidas garantías. No cuestiona, pues, el Consejo la edición electrónica sino que la misma sea única.

E) Derecho Privado: Régimen de la cesión de créditos.

Si el D.125/07 examinó un difícil caso con implicaciones iusprivatistas del que dábamos cuenta en nuestra *Crónica de 2007*,⁷⁷ el D.151/08 no le va a la gaza en complejidad. Se trata de un caso de responsabilidad administrativa patrimonial por perjuicio de un crédito irregularmente cedido en cuanto tal crédito –derecho al cobro de ayudas PAC– al haber efectuado la Administración su pago en una cuenta corriente bancaria distinta de aquella en la que el cesionario (regularmente constituido) del mero cobro del mismo había notificado notarialmente a la Administración que lo hiciera, ya que dicha notificación fehaciente desplaza la eficacia de la simple *ficha de alta de terceros* en la que se señalaba la cuenta en la que se pagó, haciendo que dicho pago constituya un funcionamiento –sea calificable de normal o de anormal– del servicio público.

El Consejo hace aquí una aplicación del criterio de imputación positiva de responsabilidad a la Administración pública que se deriva de los *principios de buena fe y confianza legítima*, ya que el crédito (derecho de ayuda a agriculto-

⁷⁷ Se trataba de una exacción en vía de apremio contra la herencia yacente de los precios públicos debidos por la prestación al premuerto de servicios sociales en una Residencia de personas mayores, previo el ejercicio por la Administración gestora de una acción pauliana para reintegrar a la masa hereditaria el importe de unos billetes premiados de lotería donados en vida por el difunto, en fraude de acreedores, a personas llamadas a su herencia, pero no aceptantes de la misma, que debieron incurrir en gastos por la obtención de un aval bancario para suspender cautelarmente la liquidación correspondiente que, de forma indebida, se les giró por la Administración y que, finalmente, fue anulada por sentencia firme.

res de la PAC), irregularmente cedido como tal, pero correctamente cedido en cuanto a su mero cobro, se perjudicó al haberlo pagado la Administración en una cuenta corriente bancaria que, si bien había sido indicada en su momento por el cedente irregular del crédito en su ficha de alta de terceros (indicación, en realidad, efectuada –no consta si quizá con irregularidad punible–, sólo por uno de los socios de la empresa cedente), sin embargo quedaba inhabilitada para ello al existir una notificación notarial posterior del mismo cedente a la Administración en el sentido de haber domiciliado irrevocablemente dicho cobro en otra cuenta corriente distinta a aquella en la que se efectuó, aunque sin rellenar la *ficha de alta de terceros* para la misma.

Tras analizar la naturaleza jurídica de los llamados *derechos de ayuda de la PAC*, concluye el Consejo que se trata de una posición jurídica de Derecho público que habilita a los agricultores que reúnan ciertas condiciones (determinadas por la normativa comunitaria europea debidamente traspuesta) para percibir una subvención. Esta posición es transmisible a otro agricultor, previa comprobación administrativa de que el adquirente también reúne las citadas condiciones. Pero, una cosa es dicha posición en cuanto tal crédito (*derecho de ayuda*) y otra el *pago* del mismo, es decir, el derecho al cobro del importe subvencional que, una vez liquidado anualmente, surge para su titular, derecho éste que puede ser cedido a un tercero por su referido titular en cualquier forma admitida en Derecho.

Pues bien, en el caso, partiendo de que el titular de los derechos era una Sociedad civil absorbida por una Sociedad Limitada que, a su vez, los cede (en póliza notarial también firmada por los socios de la Sociedad civil) a una entidad bancaria en garantía de un préstamo recibido de la misma, el Consejo entiende que no ha habido cesión de los derechos, los cuales siguen siendo de la Sociedad civil (ya que no se ha solicitado de la Administración la comprobación de si el cesionario reúne las condiciones exigidas), por lo que, en principio, habría que concluir que la Administración actuó correctamente al pagar a la Sociedad civil titular de los mismos, si no fuera por que ha habido una cesión del *derecho al cobro* anual de los derechos, comunicada a la Administración en forma de notificación fehaciente de una domiciliación irrevocable del cobro en una cuenta de la entidad bancaria cesionaria del mismo, por lo que, en suma, debió pagarse a dicha entidad *ex* 1527 CC.

Se cita en apoyo de esta conclusión la jurisprudencia (*ex* SSTs 27-4-45 y 18-7-48) que ha declarado que, por la *domiciliación*, el acreedor autoriza a un tercero (en este caso, la entidad bancaria) para recibir el pago, siendo éste entonces válido y con plenos efectos liberatorios *ex* art. 1162 CC. El carácter irrevocable de dicha domiciliación la convierte en una *garantía atípica* –per-

fectamente válida– del préstamo bancario concedido al cedente, siendo también válido el pacto de *compensación –convencional–* entre el importe de dicho préstamo y la cantidad de cobro cedido, especialmente al haber consentido en póliza notarial esta cesión la Sociedad civil titular de los derechos que actúa por uno de sus socios *ex art. 1695.1 CC.*

En el caso, la Administración, omitiendo la notificación fehaciente de domiciliación irrevocable que se le había hecho, pagó a la Sociedad civil titular de los derechos ingresando el importe en la cuenta de la misma que figuraba en la *ficha de alta de terceros* exigida en su día al efecto por la Orden de 24-6-97, de la Consejería de Hacienda, pero ese pago, aunque el cumplimiento de lo dispuesto en la referida Orden pueda calificarse de «funcionamiento normal» de la Administración pagadora, lo cierto es que produjo el perjuicio del crédito y lesionó los principios de buena fe y confianza legítima del cesionario del cobro, que había notificado oportuna y fehacientemente la cuenta en la que irrevocablemente había quedado domiciliado y eso constituye un título de imputación de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento (normal o anormal) de sus servicios público de pago de subvenciones.

Las consideraciones de Derecho Privado no concluye ahí ya que el Consejo precisa: i) que lo debido como indemnización a la entidad bancaria cesionaria del cobro es precisamente el *perjuicio* del crédito de cobro, cifrado en lo que la misma haya dejado de cobrar, para lo que insta el celo de la Administración en averiguar si la entidad ha esgrimido la póliza como título ejecutivo *ex art. 517.2 LEC* contra el deudor o terceros cofiadores solidarios y obtenido algún resultado de sus gestiones judiciales o extrajudiciales de apremio; y ii) que el pago indemnizatorio que se haga será, no solo liberatorio de la propia obligación indemnizatoria *ex art. 1902 CC.*, sino también y simultáneamente, un *pago por tercero*, liberatorio de la deuda principal del deudor, por lo que cabe que el pagador se dirija contra él en vía de reembolso *ex art 1158.1 CC.*, y, además, si es consentido por dicho deudor, con los efectos de subrogación del art. 1210.3 CC., pues, en otro caso, solo podrá repetírsele en la medida de su enriquecimiento *ex art. 1159 CC.*, todo ello, sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse de la comunicación de todo el material documental del caso a la Administración actuante.

8. Conclusión

En resumen, el Consejo Consultivo de La Rioja ha continuado mostrándose en 2008 como 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 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 los sectores cinegéticos y sanitarios.

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