

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2012).

I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS:

1. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ESTATAL 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

El Consejo Consultivo ha seguido insistiendo en su D.22/12 (sobre un Anteproyecto de Orden reguladora del procedimiento para la valoración y reconocimiento de la situación de dependencia en la CAR) en la doctrina sentada en dictámenes anteriores (D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.105/10, D.6/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11), todos ellos referidos a proyectos de reglamentación de diversos Servicios Sociales), en el sentido de la posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El motivo de esta posible inconstitucionalidad es la incompetencia estatal para dictar la Ley 39/06, que se extiende lógicamente a las normas estatales que traten de modificarla, como, respecto del art 5, la DA 6ª y la DT 3ª del RDL 8/10, señaló el D.62/10. La argumentación del Consejo Consultivo estriba en que la competencia exclusiva en esa materia corresponde a las CCAA por el título *asistencia social* (así, en la CAR, ex arts. 8.1.30 y 31 EAR'99); y el título competencial (art. 149.1.1 CE) esgrimido por el Estado (DF 8ª de la Ley 39/06), según la nítida doctrina del TC, ni puede tener un objeto como el regulado, ni puede servir para dejar prácticamente sin contenido, como de hecho sucede, la indicada competencia exclusiva autonómica.

Para el Consejo Consultivo, esta incompetencia estatal es tanto más grave cuanto que la Ley estatal 39/06 crea un nuevo derecho subjetivo de carácter prestacional a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, caracterizado por no ser exigible al Estado que lo crea sino a las CCAA, cuyas políticas en la materia quedan condicionadas por el sistema de atención a la dependencia estatalmente impuesto, por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y, parcialmente, en el nivel cooperativo. Así, el D.22/12 reitera la doctrina mantenida en años anteriores (cfr. [D.128/07](#), D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.14/11, D.15/11, D.85/11 y, D.86/11).

Así pues, el Consejo sigue insistiendo (D.22/12) en que la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de asistencia social (D.29/10, D.44/10, D.100/10, D.86/11) y es, por tanto, inconstitucional, aunque exista normativa autonómica que la desarrolle. No obstante, el D. 22/12 advierte que dicha Ley es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada inconstitucional por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo, máxime cuando la legislación autonómica

(aunque incorrectamente) haya reconocido la validez y vigencia de aquélla y se haya sometido a sus prescripciones, modulando el sistema autonómico de prestaciones a la exigencia estatales tanto legales como reglamentarias. El D.22/12 reitera así la doctrina mantenida en D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.85/11 y D.86/11).

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

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

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

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

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

No obstante, el Consejo Consultivo reconoce que, al no haber sido recurrido ni, por ende, haber sido declarada la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal —al contrario, el apartado IV de la Exposición de motivos de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia, y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquélla—, las normas reglamentarias deben dictarse, sin duda también, respetando su contenido —por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia— lo que, sin duda, sucedía en los casos objeto de los dictámenes expresados.

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

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

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

2. POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD, EN LO

RELATIVO A LA REDUCCIÓN DE RETRIBUCIONES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

El Consejo Consultivo ha recordado en D.39/12 lo señalado en D.62/10 en el sentido de que las SSTC 202/03, 1/03, 37/02 y 222/02 han considerado conforme a la CE (ex arts. 149.1. 13 y 18 y 156.1) la fijación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (LPGE) de las retribuciones de los funcionarios públicos con carácter vinculante para las CCAA, que es el sistema que arbitró la Ley 30/84 y que sigue estableciendo el vigente Estatuto básico del empleo público (EBEP, Ley 7/07).

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

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

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

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

Finalmente, el D.39/12 reitera los argumentos expuestos en el D.62/10 sobre la posible inconstitucionalidad del RDL 8/10, para argumentar ahora la posible inconstitucionalidad del RDL 20/12, pero recordando obviamente que estas normas son aplicables mientras no sean declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

3. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN.

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

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

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

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

Parte el D.30/12 de que la llamada Directiva de Servicios (la citada Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior) consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, salvo que se trate de los sectores excluidos (los enumerados en su art. 2.2 y en el art. 2.2 de la Ley 17/2009, de

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

² En 2011, el Consejo Consultivo, partiendo del principio de respeto a la distribución interna de competencias, es decir, que la ejecución y transposición del Derecho comunitario europeo compete al Estado y a las CC.AA según el orden constitucional y estatutario interno de distribución de competencias ex SSTC 252/88, 64, 76 y 236/91, 79/92, 141/93 y 102/95: i) entendió que la CAR es competente para trasponer normativa europea en la medida en que tenga competencias sobre las diversas materias a las que afecta; ii) recordó que la sustitución de la temporalidad de las autorizaciones por la exigencia del cumplimiento continuado de los requisitos exigidos reglamentariamente es una consecuencia de la transposición de la Directiva europea *Bolkestein* o *de Servicios* (D.23/11); y iii) advirtió que la Directiva de Servicios no impone en todo caso la sustitución de la autorización administrativa previa por la comunicación previa responsable, ya que contiene una lista de excepciones, precisada por la *Ley paraguas*, en las que puede seguir empleándose la técnica de la autorización administrativa previa (D.64/11)

23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español.

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

Recuerda el Consejo en este D.30/12 que la Directiva de Servicios ha supuesto un giro extraordinario en la configuración de las técnicas tradicionales de intervención administrativa, de manera que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios sólo puede excepcionalmente quedar sujeta a *autorización administrativa* cuando dicha medida no suponga discriminación, sea proporcionada, resulte necesaria por una razón imperiosa de interés general; y cuando, además, los procedimientos y trámites de la autorización respeten determinados principios (tener carácter reglado, ser claros, inequívocos, objetivos, imparciales, transparentes, y hechos públicos con antelación), de acuerdo con los arts. 9 y 10, de la Directiva, y 5.b) y 6, de la Ley 17/2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) El binomio bases estatales-desarrollo normativo autonómico.

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

Comienza el Consejo recordando los efectos de primacía y desplazamiento inherentes a la legislación básica. Así, en el D. 18/12, tras afirmar que las normas básicas estatales son de aplicación directa, recuerda el Consejo que la alteración de la legislación estatal básica produce el desplazamiento normativo de la normativa autonómica de desarrollo que era conforme con la legislación estatal básica anterior, pero que haya devenido disconforme con la nueva. La novedad doctrinal de este D.18/12 estriba en que el Consejo Consultivo advierte que tal desplazamiento no se produce cuando, y en la medida en que, dicha normativa de desarrollo resulte materialmente conforme con la nueva normativa estatal básica o pueda ser interpretada y aplicada de conformidad con ésta.

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

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

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

C) Las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE

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

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

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

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

En este sentido y como ya hemos expuesto antes, el Consejo ha apreciado en 2012 que el Real Decreto-Ley 20/2012, del que traía causa el Anteproyecto de Ley autonómica objeto del D.39/12, presentaba serias dudas en cuanto a su constitucionalidad, tal y como también había expuesto detalladamente el Consejo en su D.62/10, relativo a la posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaron similares medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

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

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

Se plantea el D.39/12, por remisión al D.62/10, que podría defenderse que la reserva de LPG ex art. 134.5 CE se refiere tan solo a medidas de incremento del gasto público, por lo que no afecta a las modificaciones operadas en la LPG por un Decreto Ley que justamente pretenda disminuir ese gasto y, en definitiva, el déficit público. Pero

entiende el Consejo que semejante argumentación no puede ser aplicada retroactivamente a la fijación anual por la LPG de las retribuciones de los funcionarios y demás personal al servicio de las Administraciones públicas, las cuales sólo pueden ser afectadas por la siguiente Ley anual de presupuestos, pues el juego conjunto de los principios constitucionales de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos y de reserva de Ley anual de PG las convierte en una especie de derecho adquirido, aunque sólo sea de duración anual.

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

D) Los Reglamentos.

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

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

-Reglamentos independientes: Sobre esta modalidad reglamentaria, el Consejo Consultivo ha efectuado dos pronunciamientos en 2012: i) que son independientes los reglamentos organizativos, salvo que se trate de desarrollar un órgano previsto en una Ley (D.81/10); y ii) que no es independiente el reglamento que desarrolla otro que a su vez desarrolla una ley de cobertura común (D.12/12).

-Potestad reglamentaria de los Consejeros: El Consejo Consultivo ha vuelto a sostener en 2012: i) que los Consejeros tienen potestad reglamentaria cuando estén habilitados expresamente para ello por una ley o por un reglamento aprobado por el Gobierno (D. 22/12, que reitera la doctrina contenida en D.23/00; D.37/05, D.14/06 y D.2/10); ii) que el ejercicio de la potestad reglamentaria mediante Orden de Consejería puede estar autorizada por un Decreto previo habilitante, aunque éste sea el modificador de otro anterior que no contenía dicha habilitación (D.22/12); y

iii) que en la CAR es aplicable en esta materia la llamada *doctrina de la necesidad de una doble habilitación*, por la que el art. 46.1 de la Ley 8/03 (primera habilitación) confiere potestad reglamentaria a los Consejeros, cuando les habilite a ello (segunda habilitación) una ley o un reglamento aprobado por el Gobierno (D.22/12).

E) Los instrumentos de planificación.

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

F) Los instrumentos de negociación colectiva.

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

4. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE LAS COMPETENCIAS ESTATUTARIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA RIOJA.

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

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

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

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

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

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

Pero existen materias en que dicha competencia en materia de auto-organización administrativa se entremezcla con la de auto-organización institucional o incluso con otras competencias estatutarias. En 2012, el Consejo ha analizado dos casos en que así sucede.

-El primer caso es el de la regulación del propio Consejo Consultivo, donde el D.39/12, reiterando lo señalado en el D.71/11, entiende que ambas competencias se mezclan y quedan superadas al estar reservada estatutariamente en el art. 42 EAR'99 la regulación de dicho Consejo a una ley específica, por lo que es dicho precepto estatutario el que opera como título habilitante en la materia, en el marco de la STC 204/92 sobre creación y regulación por las Comunidades Autónomas de sus propios Altos Órganos Consultivos.

-El segundo caso es el de la adopción de medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del sector público de la CAR, donde el D.39/12 señala que los títulos competenciales que las amparan se encuentran en los arts.8.1.1, 8.1.4 y 8.4 EAR '99, que atribuyen a la CAR competencia exclusiva en cuanto a "*la organización estructura, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno* ", y la "*ordenación y planificación de la actividad económica, así como el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma, dentro de los objetivos marcados por la economía nacional*".

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

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

C) Competencia en materia de función pública.

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

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

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

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

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

G) Competencia en materia de consumo y defensa del consumidor.

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

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

Estamos ante una competencia exclusiva (*ex art.* 8.1.20 EAR'99), en colaboración con el Estado, sobre la que el Consejo Consultivo ha señalado en 2012 que no comprende la competencia para modificar el Reglamento técnico específico de frutales

con hueso en el ámbito de la marca de garantía “*Producción integrada de La Rioja*”, para incluir el cultivo del albaricoque, ya que las D.O. son una figura técnica de protección de la calidad alimentaria, pero que no engloba las restantes técnicas, como las marcas de garantía (D.12/12).

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

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

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

-El *EAR’82* atribuía esta competencia a la CAR como compartida (*art. 9 EAR’82*), siguiendo así el modelo de las CCAA constituidas por la vía lenta de la CE, mientras que las constituidas por la vía rápida del *art. 151 CE* y la *DT 2ª CE* asumieron desde el principio esta competencia como exclusiva. En este contexto, el Estado dictó la *Ley 10/1991*, de 4 de abril, de potestades administrativas en espectáculos taurinos, cuya DA respetaba las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de las estatales por razón de la competencia en materia de seguridad y orden público *ex art. 141.9.129 CE*.

-El *art. 8.1.22 EAR’94* atribuyó a la CAR competencia exclusiva en materia de espectáculos, por lo que se pudo dictar el *Decreto 30/1996*, de 31 de mayo, sobre los taurinos tradicionales en la CAR, cuya cobertura legal se encontraba en la precitada *Ley estatal 10/1991*, que habilitaba en su *DF 2ª* para su desarrollo reglamentario, no sólo al Estado sino también a las CCAA.

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

En resumen, el D.23/12 ratifica lo señalado en el D.30/11 y concluye que la competencia autonómica en materia de espectáculos comprende, por lo que se refiere a los taurinos, junto con la competencia de organización del *art. 26 EAR’99* y sin

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

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

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

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

K) Competencias en materia de ejecución de la legislación laboral.

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

L) Competencias en materia de medio ambiente y montes.

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

M) Competencias en materia de pesca fluvial y lacustre.

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

N) Competencias en materia de protección civil: concurrencia con el Estado central.

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

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

Por ello, esta competencia autonómica comprende, también al amparo del art. 26.1 EAR'99 sobre auto-organización, la competencia para regular la Comisión Regional de Protección Civil de La Rioja (D.32/12)

O) Competencias en materia de juego.

El juego es una competencia exclusiva de la CAR *ex arts. 8.1.10 y 26.1 EAR'99* a la que el Consejo Consultivo ha prestado atención en bastantes dictámenes³. En 2012, ha dedica a esta competencia el D.63/12, afirmando que comprende la de dictar un reglamento aprobatorio o modificador del Catálogo de juegos en La Rioja, con lo que ratifica la doctrina sentada en el D.158/08.

P) Competencias en materia de sanidad e higiene.

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

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

alimentarias en desarrollo del art. 40.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad (D.58/12).

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

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

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

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

A este respecto, el Consejo ha recordado en D.43/12, D.52/12 y D.56/12 el concepto y requisitos de *precio público* (ingreso no tributario en contraprestación de servicios, actividades o entregas que, realizados también por el sector privado, sean efectuados por la Administración en régimen jurídico-público a solicitud voluntaria de los particulares) que se contiene en el art. 35 de la Ley 6/02 precitada, reiterando así lo señalado en D.116/07, D.88/10 y D.39/11.

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

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

S) Competencias en materia de urbanismo.

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

T) Competencias en materia de vivienda.

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

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

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

1. Trascendencia y régimen jurídico.

El ***régimen jurídico*** de este procedimiento se encuentra contenido en los arts 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio. El Consejo ha continuado resaltando la ***importancia*** del cumplimiento de estos trámites, que, no sólo debe ser formal, sino con rigor, ya que: i) se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico; ii) tiene por finalidad encauzar adecuadamente el ejercicio de una de las potestades de efectos más intensos y permanentes de la Administración, cual es la reglamentaria; iii) constituye una garantía de acierto en la elaboración de la disposición general; iv) presta una mayor certeza y garantía jurídica a los ciudadanos; y v) además, su incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez

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

de las normas reglamentarias aprobadas (D.1/12, D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.18/12, D.22/12, D.23/12, D.24/12, D.30/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.43/12, D.47/12, D.52/12, D.56/12, D.58/12, D.60/12, D.62/12, D.63/12 y D.65/12)

2. Iniciación.

Respecto a la **Resolución de inicio**, el Consejo ha seguido insistiendo en la **competencia** para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios⁵ apuntando únicamente como novedades las siguientes, que demuestran que la doctrina consultiva en este aspecto está suponiendo un importante factor de deslinde competencial en materias conflictivas en el seno de la Administración autonómica activa: i) que compete dictarla a la Secretaría General Técnica cuando se le ha atribuido expresamente esta competencia en el Decreto de funciones (D.89/10, D.40/12, D.62/12, reiterando así la doctrina establecida en D.89/10); y ii) que, en el Organismo Autónomo *Instituto Riojano de la Juventud*, el Consejo Consultivo acepta implícitamente que sea el Director de dicho Instituto quien dicte la Resolución de inicio ya que, *ex art. 13 e)* del Decreto 38/2006, de 16 de junio, el mismo es competente para elaborar y remitir a la Consejería de adscripción los proyectos normativos que ésta deba aprobar o elevar al Gobierno (D.3/12).

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

3. Integración.

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro y cuidando debidamente de la **integración del expediente** (D.3/12, D.5/12, D.12/12, D.22/12, D.24/12, D.30/12, D.31/12, D.32/12, D.40/12, D.58/12, D.60/12). En especial, ha advertido el Consejo que, cuando se aprovechan trámites o Memorias anteriores, debe ponerse especial cuidado en eliminar todo aquello que resulte extemporáneo o superfluo, como aludir a que se debe pedir un informe que ya ha recaído y obra en el expediente (D.52/12, sobre un caso de conservación de trámites del procedimiento de elaboración de una disposición anterior judicialmente anulada).

4. Memorias.

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

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

-**Memoria inicial.** Sobre este trámite, ha declarado: i) que no debe ser antedatada, es decir, presentar una fecha anterior a la de la Resolución de inicio, especialmente cuando en el expediente hay otra inicial semejante con fecha posterior (D.18/12); y ii) que, aunque la regulación proyectada no se refiera a un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre prestación de servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva *Bolkestein* o de servicios, debe justificarse en el expediente de elaboración el mantenimiento de la técnica de la autorización administrativa de la actividad en vez de la comunicación previa responsable (D.3/12).

-La **Memoria final**, a que se refiere el art. 40 de la Ley 4/05, debe valorar el informe de los Servicios Jurídicos, por lo que ha de ser posterior al mismo (D.62/12).

-La **Memoria económica** tiene por objeto que luzca en los Proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en práctica de las medidas que en los mismos se prevean, así como la financiación prevista para acometerlos; en suma, programar y racionalizar la actuación de la Administración en sus consecuencias presupuestarias y de gasto (D.18/12). Por eso, no basta con indicar a qué partidas se imputará el gasto, sino si habrá *gasto nuevo* y su *cuantía* (D.12/12).

Sobre su necesidad, el Consejo ha declarado en 2012 que la Memoria económica *es precisa* en los siguientes casos: i) cuando de la norma se derivan *derechos y obligaciones de carácter económico*; ii) cuando se prevén *subvenciones* al sector regulado, aunque éstas se instrumenten en una disposición distinta, especialmente cuando ambas se elaboraron en un mismo procedimiento del que luego se segregaron, pues por ese medio no puede obviarse la trascendencia económica que la primera tiene en relación con la segunda (D.18/12, reiterando la doctrina de D.23/07 y D.71/08); iii) cuando la norma proyectada conlleva una liberalización de un sector económico que supone un aumento de operadores privados el cual conllevará *un incremento de los medios de control e inspección* de la Administración cuyo coste ha de ser determinado (D.30/12); iv) cuando la norma proyectada prevé un *cambio del modelo de gestión y financiación* de un sector antes sujeto a canon de concesión de servicio y luego a una autorización operativa sujeta a una tasa por la prestación del servicio de registro y control (D.30/12); v) cuando la medida propuesta conlleva *incremento de la carga de trabajo* de los puestos de trabajo existentes o debe justificarse que no la comporta (D.47/12); vi) cuando hay coste, aunque sea asumido por un organismo distinto del promotor de la norma (D.62/12); y vii) cuando el ahorro en formato papel causa un gasto nuevo en formato electrónico (D.62/12).

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

será el que precise una evaluación económica (D.63/12); iv) cuando el contenido económico de la norma proyectada no es gastar sino generar un ahorro económico reduciendo determinadas prestaciones económicas y complementos retributivos (D.65/12).

5. Borradores y Anteproyecto.

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

6. Tabla de derogaciones y vigencias.

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

6. Trámites de audiencia, audiencia corporativa e información pública.

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

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

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

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

Así, en 2012, ha reiterado, con el carácter de doctrina legal que debe ser observada en lo sucesivo (doctrina sentada en D.128/07, D.44/10, D.65/10, D.73/10, D.14/11, D.15/11, D.22/11 y D.85/11), que el órgano de participación social debe informar en cuanto tal, ya que la ley que exige el informe ha querido que el órgano correspondiente sea precisamente el cauce institucional de integración de los pareceres de las diversas entidades de lo forman, plasmado en el informe preceptivo correspondiente (D.24/12). Por ello, el Consejo entiende que es rechazable la práctica de dar únicamente trámite de audiencia a todos y cada uno de los miembros de un órgano de participación social cuyo informe sea legalmente preceptivo. La razón estriba en que la intervención del órgano de participación social no puede limitarse a repartir entre sus entidades miembros el proyecto consultado para que éstas aleguen lo que estimen oportuno, sino que debe emitir un informe fundado el mismo órgano consultado en cuanto tal y ello porque así lo ha establecido la ley sectorial correspondiente (D.24/12).

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

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

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

En este ámbito, el Consejo se ha ocupado en 2012 de diversos informes: i) el **informe del Consejo Riojano de Servicios Sociales (CRSS)**, para precisar que la preceptividad del mismo en la Ley 2/09 se limita a las disposiciones generales en forma de Ley o Decreto, pero no de Orden de la Consejería competente (D.22/12); ii) el **informe de la Comisión del Juego**, que es facultativo *ex art.* 11 Ley 5/99 (D.63/12); iii) el informe de la **Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)** que ha seguido siendo preservado por el Consejo Consultivo con especial énfasis. En efecto, en 2012, el Consejo ha declarado que dicho informe jurídico tiene el carácter de preceptivo y último, aunque siempre anterior al dictamen del Consejo Consultivo (D.18/12, D.23/12 y D.30/12). La razón de que sea el último es dar ocasión a que los Servicios Jurídicos conozcan y se pronuncien sobre las cuestiones jurídicas que hayan podido plantear otros órganos o entidades, evitando así tener que solicitarles un ulterior informe jurídico (D.12/12, D.18/12 y D.30/12). Por eso, el Consejo entiende que es una práctica nociva el impulso del expediente de suerte que se pidan simultáneamente los diversos informes y se impida la necesaria posterioridad del jurídico (D.30/12); y iv) el

dictamen del Consejo Económico y Social de la Rioja (CES), que, si bien es preceptivo, pero no vinculante, en materias económicas y sociales, una vez suspendido legalmente el funcionamiento del CES, no es posible ya solicitar su dictamen (D.56/12);

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

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

Una *preceptividad especial* existe en el caso de *disposiciones que afecten a la propia organización, competencia o funcionamiento del Consejo Consultivo*, tal y como han resaltado los D.39/12 y D.62/12, reiterando la doctrina de D.5/97, D.51/00, D.135/08 y D.71/11. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2012 lo siguiente: i) que esta preceptividad comprende, no sólo propuestas de modificación de la Ley reguladora del Consejo sino de cualquier otra norma que afecte a las competencias del Consejo (D.71/11); ii) que dicha preceptividad comprende también a toda norma que pretenda alterar el régimen del personal del Consejo o las retribuciones de sus miembros (D.39/12); iii) que esta competencia especial es una clara expresión y garantía de los principios de objetividad, independencia y autonomía que caracterizan a los Altos Órganos Consultivos y que, por tanto, debe ser entendida como exclusiva o privativa de los mismos, pues afecta a la autonomía orgánica y funcional del propio Consejo, asegurada por los arts 42, del Estatuto de Autonomía de La Rioja (EAR'99), y 1.1, de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo (D.39/12, que reitera la doctrina de D.5/97, D.51/00, D.135/08 y D.71/11); iv) que el contenido del dictamen en este caso se limita a cuanto afecta a la organización, competencia y funcionamiento del Consejo, sin perjuicio de aludir también al grado de observancia del procedimiento de elaboración de la disposición general correspondiente (D.39/12, que reitera la doctrina del D.71/11); y v) que la preceptividad se limita en estos casos a las normas que afecten al Consejo, pues en el resto el dictamen es facultativo (D.39/12).

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

Ahora bien, el dictamen del Consejo: i) no realiza observaciones *de legalidad* en proyectos eminentemente técnicos (D.12/12); y ii) no comprende cuestiones de

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

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

8. Especialidades del procedimiento de elaboración de Anteproyectos de ley.

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

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

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

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

Un *informe inicial* de la Secretaria General Técnica, aunque no se denomine Memoria justificativa, puede suplir a ésta si cumple los requisitos de la misma, al hacer

referencia a los antecedentes de la norma y al marco normativo en que se inserta, su justificación, objetivos, estructura, análisis económico, aspectos relativos a su aplicación, trámites de audiencia corporativa e información pública, e informes preceptivos (D.39/12).

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

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

III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA.

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

1. Parte expositiva.

El Consejo ha efectuado en 2012 los siguientes pronunciamientos sobre la parte expositiva de las disposiciones generales: i) que la misma debe indicar los *títulos competenciales* que amparan la norma que se dicta, con cita de los preceptos estatutarios que confieren la competencia, sin perjuicio de mencionar también la normativa estatal en cuyo marco se ejerce o que se desarrolla (D.3/12, D.18/12 y D.47/12, reiterando la doctrina contenida en D.11/05, D.72/06, D.17/07, D.27/07; D.44/09, D.6/10, D.65/10, D.78/10, D.12/11 y D.20/11); ii) que no es propio de las normas autonómicas dedicar una Disposición Final a indicar los títulos competenciales que la amparan, lo cual debe hacerse en la parte expositiva de la norma; sin copiar en esto al Estado, el cual, en caso de dictar legislación básica, debe expresar, en una Disposición Final, cuáles son los títulos competenciales que la amparan (D.47/12, que reitera la doctrina del D.22/11); iii) que debe indicar la *cobertura legal* del reglamento (D.12/12, que reitera la doctrina de D.69/06; D.27/07, D.39/10 y D.65/10); iv) que debe indicar la Ley de *cobertura* común cuando se trate de un reglamento que desarrolla otro (D.12/12); y v) que debe citar la STC que declare nula una norma legal anterior, cuando ello explica la nueva regulación que se pretende (D.30/12).

3. Título.

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

4. Articulado.

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

5. Lógica jurídica.

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

6. Terminología jurídica.

El Consejo Consultivo ha seguido preocupándose en 2012 por el adecuado empleo de la terminología jurídica precisa y así ha declarado: i) que no deben crearse preceptos carentes de *contenido normativo* o que no supongan avance normativo alguno respecto a lo que ya estaba establecido (D.62/12); ii) que no debe emplearse la expresión de ser *normativa básica* las normas reglamentarias de desarrollo cuando sólo se quiere expresar que éstas son importantes o reguladoras de la materia (D.18/12); iii) que no debe emplearse una *expresión genérica* e indeterminada como “contar con servicio veterinario”, cuando debe concretarse empleando una *expresión específica*, como “contar con uno, dos u otro número concreto de veterinarios, en régimen o no de dedicación exclusiva” (D.18/12); iv) que no debe emplearse, por motivos competenciales, la expresión *legislación general* para referirse a la *estatal*, aunque puede admitirse la expresión *estatal general* (D.30/12); v) que no debe emplearse, para referirse a una autorización la expresión “*conceder*”, sino la expresión “*otorgar*”, para no confundir autorizaciones y concesiones administrativas (D.30/12 y D.47/12); vi) que no debe emplearse la expresión “*podrá otorgarse*” sino la expresión “*se otorgará*”, para referirse al otorgamiento de una autorización administrativa reglada (D.30/12); vii) que no deben ser confundidos, en una autorización administrativa reglada, los requisitos *de la solicitud* con los *del otorgamiento*, es decir, los requisitos formales exigidos para solicitarla, con requisitos materiales exigidos para otorgarla (D.30/12); viii) que no deben ser confundidos los requisitos exigidos para la instalación de una actividad, con los requisitos exigidos para su funcionamiento (D.30/12); ix) que no debe sujetarse a plazo, en una relación jurídica de autorización administrativa reglada, la notificación de variaciones de condiciones o requisitos que puedan ser imprevisibles (D.30/12); x) que

no debe ser empleada la expresión “conocer de las solicitudes” para referirse a la competencia administrativa para “otorgar las autorizaciones” (D.30/12); xi) que no deben ser empleadas, para referirse a autorizaciones administrativas regladas, las expresiones *vigencia* o pérdida de vigencia, sino las expresiones *eficacia*, o pérdida de eficacia, ya que no se trata de disposiciones normativas sino de actos administrativos (D.30/12); xii) que no debe ser confundida, en una actividad sujeta a autorización administrativa reglada, la acreditación negativa que la actividad autorizada merezca a una entidad privada de certificación con las consecuencias que esa circunstancia pueda producir en orden a una posible suspensión o revocación ulterior de la autorización administrativa (D.30/12); xiii) que, cuando, en una autorización reglada, se exija la intervención de una entidad privada de acreditación y certificación, si ésta es negativa, no deben ser empleadas para calificarla categorías administrativas, como suspensión o revocación (y menos, aún la vulgar “de “retirada”), que sólo son propias de la actividad administrativa sobre la autorización a la vista de la certificación negativa emitida por la entidad privada de acreditación (D.30/12); xiv) que no deben ser confundidos *entes* y *órganos*, los órganos son instrumentos de acción de los entes puesto que éstos actúan por medio de sus propios órganos (D.62/12); y xv) que no deben ser confundidas *validez* y *eficacia* (D.62/12)

7. Precisiones léxicas y gramaticales.

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

8. Relaciones inter-normativas.

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

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

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

como los exigidos para el otorgamiento de la misma, sin construirlos o ubicarlos en el texto de tal manera que, de hecho, conviertan un modelo autorizatorio abierto en uno cerrado o limitado (D.30/12).

B) Modificación de preceptos.

El Consejo ha declarado en 2012 que, cuando se trata de modificaciones muy extensas, es conveniente seguir la regla 54 i) de las Directrices de técnica normativa y dictar una norma completa de sustitución, aunque esto debe ser valorado si la modificación afecta a pocos preceptos (D.63/12).

C) Desplazamiento normativo.

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

D) Multiplicidad normativa.

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

E) Omisiones.

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

F) Contradicciones y antinomias.

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

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

Ha seguido en 2012 el Consejo Consultivo ocupándose de esta cuestión, al señalar

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

H) Remisiones.

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

I) Indicaciones informativas.

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

J) Inclusiones.

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

9. Disposiciones Transitorias.

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

10. Anexos.

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

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

En 2012, el Consejo Consultivo ha emitido cuatro Dictámenes en materia de contratación administrativa (D.7/12, D.9/12, D.37/12 y D.45/12), todos ellos relativos a resolución de contratos por incumplimiento imputado al contratista, siendo el dictamen

consultivo en tales casos preceptivo *ex arts.* 197, del la Ley 30/2007 (LCSP); 109.1, del R.D. 1098/2001 (RCAP); 11, de la Ley 3/2001, del Consejo Consultivo de La Rioja (LCCR); y 12, de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002 (RCCR), al haber optado la Administración contratante por resolver el contrato y mediar oposición del contratista. El primero se refiere a la resolución de un contrato de gestión de servicio público, y los demás a contratos de obras

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

1. Régimen jurídico aplicable.

El Consejo ha reiterado, en D.45/12 la aplicación, *ex DT* 1.2 TRLCSP y por razón de la fecha de adjudicación del contrato en 14 de junio de 2010, de: i) la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del sector público (LCSP), sin tener en cuenta las modificaciones operadas en la misma por las Leyes 34/2010, de 5 de agosto, y 2/2001, de 4 de marzo, ni tampoco el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, vigente sólo desde 16-12-2011 (ya que, *ex su DF* Única, entró en vigor al mes de su publicación en el BOE que tuvo lugar el 16-11-2011); y ii) en cuanto no se oponga a la misma, del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento General (RCAP) de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), cuyo TR fue aprobado por RDLeg 2/2000, de 16 de junio. En suma, el Consejo sigue la doctrina sentada en D.35/11 y D.36/11 en el sentido de aplicar la legislación correspondiente a la fecha de adjudicación y disculpa como explicables las frecuentes equivocaciones en la cita de los preceptos aplicables, habida cuenta de las muchas modificaciones legislativas habidas en la materia (D.37/12 y D.45/12).

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

2. Capacidad.

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

cuando el Pleno municipal iba a tratar el punto correspondiente del orden del día (D.2/12).

3. Perfección.

El D.9/12 recuerda que, antes de la reforma operada en el art. 27.1 LCSP por la Ley 34/10 (que incorpora la Directiva CE 66/07), nuestra tradición legislativa era que los contratos administrativos se perfeccionaban en el momento de su adjudicación definitiva (cfr. art. 53 LCAP), por lo que la falta de formalización imputable al contratista determinaba la resolución con incautación de la fianza provisional ex arts. 54.3 LCAP y 140.4 LCSP. Pero, tras la expresada reforma, como señala la E.M. de la citada Ley 34/10, se ha refundido *«en un solo acto la adjudicación provisional y definitiva, haciendo coincidir la **perfección** del contrato con la **formalización** del mismo, sin que entre ambos trámites se prevea actuación alguna, salvo, claro está, las que deriven de la posible interposición del recurso»*. Por esa razón, dispone ahora el nuevo art. 27.1 LCSP (RDLeg. 3/2011), que *«los contratos que celebren los poderes adjudicadores **se perfeccionan con su formalización**»*.

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

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

4. Ejecución.

A) Normas reguladoras.

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

B) Plazos y prórrogas.

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

Ahora bien, el acto administrativo por el que la Administración contratante añade una *cláusula de prórroga automática* de la duración del contrato no es nulo de pleno derecho por infracción del art. 157 LCAP, ya que es una manifestación del *ius variandi* que asiste a la Administración, sobre todo cuando, en una interpretación integrada y sistemática de dicha cláusula, se aprecia que dicha Administración se reservó el derecho de denunciar el contrato en cada posible prórroga simplemente preavisándolo al contratista con 6 meses de antelación (D.2/12).

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

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

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

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

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

D) Recepción.

En caso de obras de urbanización, el D.53/12 entiende que el acta de recepción incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incorporadas al patrimonio municipal, con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (*ex art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística*, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto –RGU–, de aplicación supletoria en La Rioja, *ex art. 149.3 CE*).

5. Modificación.

A) Naturaleza.

Parte el Consejo Consultivo de la doctrina de la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi* de la Administración (*ex arts. 59, 101 y 146 LCAP*), formulada en anteriores dictámenes (D.5/06, D.86/06, D.14/07 y D.147/08), frente al criterio general de inalterabilidad contractual o principio *ne varietur*, debido al menoscabo que implica del criterio de concurrencia competitiva. Y así, en D.2/12, entiende el Consejo que el *ius variandi* se manifiesta siempre como una potestad de ejercicio unilateral y, como tal, no

precisa del consentimiento del contratista, por ello el art. 59.2 LCAP dispone que los acuerdos de modificación son inmediatamente ejecutivos y ponen fin a la vía administrativa.

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

B) Requisitos.

En cuanto a las *condiciones iuris* precisas para el ejercicio del *ius variandi*, el Consejo, reiterando la doctrina sentada en D.5/06 y D.86/06, ha señalado, en su D.2/12, que la potestad de modificación contractual debe ser ejercitada de forma no arbitraria, sino objetiva y reglada, y debiendo concurrir los siguientes requisitos: **i)** un previo *expediente contradictorio* en el que se de *audiencia al contratista ex art. 59.3 LCAP* (aunque la misma no es precisa si la modificación se produce a propuesta de éste), recaiga informe el Servicio Jurídico correspondiente *ex art. 59.2 LCAP*, y la modificación se formalice conforme al art. 54 LCAP; **ii)** una justificación motivada de la modificación propuesta y de la existencia de razones de interés público para ella, fundadas en el advenimiento de *nuevas necesidades o causas imprevisibles* al contratar *ex art. 101.1 LCAP*; **iii)** la adecuación y proporcionalidad de la solución adoptada, que no puede implicar alteración del objeto del contrato, sino solo aspectos parciales del mismo; **iv)** una justificación motivada de la renuncia a optar por la resolución *ex arts. 112.2 y 149 e) LCAP*, basada en ser más beneficiosos para el interés público los precios aceptados por el contratista que los posiblemente resultantes de una nueva concurrencia de ofertas, descontando los perjuicios para dicho interés público del retraso que conlleve su convocatoria; y **v)** una justificación de la improcedencia de una nueva licitación [en modificaciones que, según el art. 101.2 y b) LCAP, aislada o conjuntamente, sean iguales o superiores al 10% del precio inicial del contrato y éste fuere igual o superior a mil millones de pts.], sin necesidad de tramitar el procedimiento negociado sin publicidad, [que está pensado tanto para las obras complementarias *ex art. 141,d) LCAP*, como para los modificados, cuyas unidades de obra no estén previstas en el proyecto y el contratista no haya aceptado los precios contradictorios fijados por la Administración, en cuyo caso puede adjudicarlo a otro empresario, siempre que no rebase el citado 20% pts.]; si bien esta justificación puede ser escueta, siempre que sea razonable y suficiente.

6. Cesión del contrato y cesión de pagos contractuales.

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

7. Resolución.

A) Concepto.

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

B) Causas.

a) Por incumplimiento imputable al contratista.

a') Casos en que procede.

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

-D.7/12 (resolución de un contrato administrativo de gestión por concesión del servicio público de un Centro de día de personas mayores, por incumplimiento del contratista consistente en impagos de nóminas a su personal, de cuotas a la Seguridad Social y de facturas a algún proveedor. El Consejo dictaminó por mayoría, con un voto particular, que procedía la resolución por tratarse de incumplimientos esenciales recogidos como obligaciones del contratista en los documentos contractuales y revelar los mismos una situación de insolvencia del contratista que repercute, con alarma social, en la correcta prestación del servicio y puede conducir al concurso de acreedores, si bien expone otras posibles alternativas a la Administración, como el rescate, la intervención o la mera policía del servicio. El voto particular entendió que no procede la resolución por referirse los incumplimientos a obligaciones del contratista con terceros y no directamente con la Administración contratante.

-D.9/12 (resolución de un contrato administrativo especial de enajenación por un Ayuntamiento de parcelas incluidas en el Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la construcción en ellas de VPO en régimen general y su posterior enajenación a beneficiarios incluidos en el Plan de Vivienda de La Rioja 2009-2013, siendo la causa de resolverlo el incumplimiento por la empresa adjudicataria del pago del precio de las parcelas, que no se hizo efectivo en el plazo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares ni en el de prórroga otorgada por la Administración contratante.

-D.37/12 (resolución de un contrato administrativo de obras de urbanización de una calle municipal por haber abandonado el contratista las obras, no haberlas concluido dentro del plazo máximo establecido y haber irrogado a la Administración municipal contratante los daños y perjuicios inherentes al sobre coste correspondiente a la contratación de otra empresa que las termine).

-D.45/12 (resolución de un contrato municipal de obras de pavimentación por incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, habiéndolas paralizado el contratista al no aceptar los precios incluidos en el proyecto modificado presentado por la Dirección de obras para incluir los costes derivados de la aparición en el subsuelo de unas conducciones de gas dudosamente contempladas en el Proyecto originario, y exigir el contratista unos precios mayores que, al exceder los cubiertos por la subvención estatal, serían a cargo del Ayuntamiento).

b') Requisitos del incumplimiento.

El Consejo ha insistido en 2012 en el requisito de la *trascendencia o esencialidad del incumplimiento imputado al contratista* para que dicho incumplimiento pueda ser

reputado causa de resolución contractual. Esta doctrina, que ya había sido formulada en D.59/07, D.122/07; D.122/08; D.61/09, D.80/09 y D.72/11, ha sido ratificada en D.7/12.

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

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

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

Finalmente, el Consejo ha reseñado en su D.45/12: **i)** la intrascendencia de los alegados defectos, inadecuaciones o insuficiencias del Proyecto original o del modificado propuesto por la Dirección de obra que no sean debidamente probados por el contratista mediante un informe técnico *ad hoc*; **ii)** la intrascendencia de la alegada falta de determinación de la Dirección de la obra, ya que las prerrogativas contractuales

de ejecución e interpretación forzosa de las discrepancias surgidas durante la ejecución del contrato corresponden al órgano de contratación, que no puede desentenderse de la ejecución del contrato; y iii) la intrascendencia de la alegada temeridad de la oferta cuando ésta comprendía variantes y la adjudicación no tuvo en cuenta sólo el precio ofertado.

b) Por mutuo acuerdo.

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

c) Por secuestro o rescate del servicio: su distinción con la intervención y la policía del servicio.

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

C) Procedimiento para resolver.

a) Caducidad del procedimiento.

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

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

vencimiento del plazo máximo sin haber dictado y notificado la resolución expresa producirá la caducidad y, en tales casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 LPAC.

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

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

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

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

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

El dictamen del Consejo Consultivo, cuando la Administración opte por la resolución ante una demora o ejecución defectuosa y haya oposición del contratista, es *preceptivo* por así disponerlo la legislación estatal básica vigente en la materia con rango legal y reglamentario en los distintos momentos (cfr. arts. 194, 195.3 a) y 197.1, Ley 30/07 –LCSP–, y 109-1, Reglamento de la LCAP aprobado por RD 1098/01; antes, art. 96 LCAP) y la normativa del Consejo (cfr. arts 11 Ley 3/01 y 12 Decreto 81/02). Esta doctrina, sentada en D.20/00, D.64/02, D.12/05, D.5/06, D.79/06, D.86/06, D.14/07, D.122/08, D.147/08, D.31/09, D.61/09, D.80/09, D.3/10, D.5/10, D.51/10, D.35/11 y D.72/11, es reiterada en D.7/12, D.9/12, D.37/12 y D.45/12.

Para emitir este dictamen, es exigible una propuesta de resolución clara que fije la causa de la resolución y si es imputable al contratista, no siendo admisible como tal un

informe abierto que propone varias alternativas, pues ello convierte al Consejo en órgano asesor de la corporación local contratante, aunque pueda excepcionalmente dictaminar en aras del antiformalismo si se trata de un asunto complejo y dilatado en el tiempo (D.45/12). Además, es exigible la claridad, ordenación, integración e integridad del expediente para que el Consejo pueda pronunciarse con fundamento sobre la consulta (D.45/12).

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

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

D) Efectos de la resolución.

a) Liquidación de las obras.

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

b) Incautación de la garantía.

El Consejo Consultivo había dedicado a esta cuestión los D.59/07, D.61/09, D.80/09, D.3/10, D.5/10 y D.94/10. En 2012, ha completado su doctrina al respecto señalando: i) que la incautación de la garantía no es automática en caso de resolución por incumplimiento (cfr. arts. 140.3 y 298.4 LCSP), pues no se trata de una incautación-sanción, sino de que la garantía está afecta al pago de posibles daños y perjuicios, los

cuales pueden ser de importe superior a la misma o inferior e incluso no existir. En el primer caso, ha de exigirse al contratista el exceso; y, en los dos segundos, habrá que devolver al contratista el resto o la totalidad de la garantía (D.7/12, en línea con D.3/10, D.5/10 y D.94/10); y ii) que la pérdida de la garantía definitiva constituye ex art. 208.3 LCSP el efecto directo de la resolución, como pena a tanto alzado que sanciona el incumplimiento culpable (D.9/12).

c) Indemnización de daños y perjuicios.

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

En suma, al declararse culpable el incumplimiento, el contratista debe indemnizar a la Administración contratante los daños y perjuicios ocasionados o que puedan ocasionarse, como es el caso del reintegro de una subvención estatal concedida para financiar las obras, los cuales se harán efectivos con cargo a la garantía constituida por el contratista, sin perjuicio de la subsistencia de su responsabilidad si aquellos excediera del importe de dicha garantía (D.45/12).

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

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

d) Prevención de la ruina e inutilidad de lo ejecutado.

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

8. Contratos privados de la Administración.

Finalmente, en su D.9/12, el Consejo Consultivo se ha ocupado de la distinción entre *contratos privados de la Administración*, *contratos administrativos típicos* y *contratos administrativos especiales*, declarando, respecto a su régimen jurídico, que no es un contrato privado de compraventa de inmuebles patrimoniales, excluido de la LCSP (cfr. art. 4.1.p LCAP), sino un *contrato administrativo especial* del art. 5.2 LCSP (distinto a los típicos o nominados del art. 5.1 LCSP), el celebrado por un Ayuntamiento

para la enajenación de parcelas incluidas en el Patrimonio Municipal del Suelo con destino a la edificación en ellas de VPO destinadas a beneficiarios de un Plan autonómico de vivienda, cuando así lo aceptó expresamente la empresa contratista, participando libremente en el concurso de adjudicación y asumiendo en el contrato posteriormente formalizado, tanto el Pliego de condiciones como la legislación de contratos del sector público, de acuerdo con la libertad de pactos reconocida por el art. 25 LCSP.

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

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

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

1. Responsabilidad de la Administración general.

A) Doctrina general: requisitos, naturaleza y fundamento.

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

En cuanto a los **requisitos** de la responsabilidad patrimonial de la Administración, han sido reiterados en D.6/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.16/12, D.19/12, D.20/12, D.21/12, D.25/12, D.26/12, D.27/12, D.28/12, D.29/12, D.33/12, D.34/12, D.35/12, D.38/12, D.41/12, D.42/12, D.48/12, D.49/12, D.50/12, D.51/12, D.53/12, D.54/12, D.55/12, D.57/12, D.59/12 y D.64/12. que los cifran en los siguientes: i) hecho dañoso imputable a la Administración por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; ii) daño material, personal o moral,

efectivo, antijurídico (que el dañado no tenga obligación de soportar), individualizado en relación a una persona o grupo de personas y evaluable; iii) nexo causal entre hecho y daño, no interrumpido por la conducta de la víctima o de un tercero ; iv) que no concorra fuerza mayor; y v) que no haya prescrito la acción para reclamar la indemnización, cuyo plazo es de un año, contado desde la producción del acto dañoso o desde la manifestación de su efecto lesivo.

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

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

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

B) Concepto y régimen de la causa.

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

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

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

C) Régimen de la carga y medios de prueba.

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

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

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

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

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

agua, gas, electricidad o saneamiento, para dar eventualmente servicio a futuros Sectores aún no urbanizados (D.53/12).

D) Imputación objetiva: criterios.

Ha proseguido el Consejo insistiendo en 2012 en el criterio de ***imputación objetiva por funcionamiento de los servicios públicos***, que está abierto a un amplio casuismo de imputación y exoneración. Con carácter general, señala el Consejo, sobre los criterios de imputación objetiva, que, identificadas las concretas condiciones empíricas antecedentes, o “causas”, que explican la producción de un daño, los criterios de imputación objetiva permiten determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la actuación del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no (D.16/12).

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

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

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

Finalmente, el Consejo ha recurrido, también en 2012, como criterio de imputación objetiva, al del ***riesgo general de la vida***, que permite rechazar que haya de responderse de los sucesos dañosos que acompañan naturalmente al ordinario o normal existir del ser humano, porque se considera que, en tal caso, el daño es una incidencia normal y esperable en el natural acontecer de su existencia (D.26/12). Este criterio negativo de imputación de responsabilidad no está expresamente establecido por la ley, pero se infiere de nuestro global sistema de responsabilidad extracontractual (D.26/12). Ahora bien, la aplicación de este criterio negativo de imputación no deja de ser, en un sistema de responsabilidad objetiva, una excepción a la regla general y requiere, como tal excepción, la clara constancia de que el suceso es normal u ordinario o, si se quiere, generalmente apreciado en la percepción común, como un evento inevitable y puramente casual que, por ello mismo, ha de ser soportado por la propia víctima (D.8/00 y D.26/12). Por ello, la concurrencia de este criterio ha de valorarse caso por caso, atendiendo a todas las circunstancias, tanto objetivas como subjetivas (D.26/12).

E) Imputación subjetiva.

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

F) Exoneración.

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

-Por *falta de prueba*, en el D.53/12 (falta de prueba de la existencia y cuantía de los pretendidos sobrecostes sufridos por una Junta de Compensación al sufragar el no probado sobredimensionamiento de las obras de conexión a las redes de servicios generales -electricidad, agua, saneamiento, etc- para, pretendidamente, dar servicio a otros Sectores aún no urbanizados).

-Por *falta de efectividad del daño*: i) en D.42/12 (pretendida aplicación retroactiva de los criterios de una lista de espera a una reclamante que no tiene perjuicio alguno porque trabajó durante todo el tiempo reclamado como de inactividad); y ii) en D.53/12 (sobrecostes de urbanización por conexión a redes de servicios generales, aún no repercutidos por una Junta de Compensación en otros Sectores todavía no urbanizados, que podrían eventualmente beneficiarse de los mismos, si se conectaran a ellos en el futuro).

-Por *deber de soportar el daño*: i) en D.29/12 (al declarar que, para que la lesión sea indemnizable, ha de ser antijurídica y que esa antijuridicidad se producirá, no porque la conducta que la motiva sea contraria a Derecho, sino porque el sujeto que la sufre no tenga el deber jurídico de soportar la misma); ii) en D.8/12 (al entender que existe tal deber de soportar el daño en el caso de una Auxiliar de Enfermería del SERIS a la que no se pudo nombrar en el plazo de un año desde la finalización del proceso selectivo, tal y como exigía, no la convocatoria, sino el Acuerdo vigente sobre condiciones laborales del personal del SERIS, debido a que antes hubo que realizar un concurso interno de traslados, negociado con los representantes sindicales de los trabajadores, para determinar las vacantes); iii) en D.28/12 (al estimar que existe también deber de soportar el daño en el caso de una *concentración parcelaria* ajustada a Derecho, pero en la que las fincas de reemplazo requieren ciertas mejoras para el cultivo que voluntariamente quiere realizar el adjudicatario); y iv) en D.53/12 (al sostener que existe deber de soportar el daño en el caso de cumplimiento de la obligación urbanizadora que compete a la Junta de Compensación cuando asume los costes de urbanización para conectar su Unidad de ejecución a las redes generales de servicios de agua, saneamiento y electricidad, sin perjuicio de que pueda en el futuro exigir su reintegro proporcional a otros Sectores aún no urbanizados que pretendan aprovecharse en el futuro de las conexiones).

-Por inexistencia de relación de causalidad: en D.53/12 (alegados daños por sobrecostos de urbanización correspondientes a una Junta de Compensación por conexión a redes de servicios generales que no competen al Ayuntamiento, como son los de suministro de electricidad).

-Por riesgo general de la vida o riesgo típico inherente a la actuación administrativa: i) en D.25/12 (usuaria de servicios sociales, obesa, laxa y con pies equinos, que sufre lesiones en las piernas al deslizarse en la silla de ruedas destinada a su higiene personal durante su traslado a ella mediante una grúa geriátrica, sin prueba de mala praxis en las Auxiliares que la ayudaban y siendo el incidente un riesgo típico de la operación, realizada conforme al estándar ordinario de prestación del servicio social correspondiente); y ii) en D.26/12 (daños por tropezar con una tapa de alcantarilla por descuido en la deambulación).

-Por culpa exclusiva de la víctima: en D.51/12 (daños físicos que se produce un Arquitecto municipal en accidente de trabajo al caer de una escalera cuando revisaba unas obras, lo que se reputa actuación negligente ya que la víctima tenía capacitación en materia de riesgos laborales y era coordinador de las obras, por lo que debía haber consultado con los responsables de seguridad y con las empresas subcontratistas sobre el estado de la escalera antes de subir a ella).

-Por inexistencia de actuación administrativa: en D.53/12 (falta de orden del Municipio o de sus empresas concesionarias para que una Junta de Compensación sobredimensione obras de conexión de su Unidad de ejecución a redes de servicios generales).

-Por inexistencia de funcionamiento anormal de un servicio público asistencial: en D.46/12, el Consejo, en un caso de fallecimiento de una enferma de alzheimer (sin funcionamiento anormal de los servicios sociales residenciales, que no sanitarios), extiende a tales servicios residenciales o asistenciales el criterio, tantas veces aplicado a los sanitarios, de que la Administración no responde si se aprecia un funcionamiento normal de los mismos.

-Por cosa juzgada: en D.28/12 (al entender que ha de desestimarse la reclamación de indemnización cuando la pretensión de que trae causa -en el caso, la disconformidad con una concentración parcelaria- ha sido desestimada en el seno de dos procesos contencioso-administrativos previos).

G) Indemnización.

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

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

En cuanto a los ***daños morales***, el D.25/12, completando lo adelantado en D.20/03, D.46/04, D.19/10 y D.84/10, refrenda la importante doctrina de que los daños morales padecidos por un fallecido no se transmiten a sus herederos, salvo que éste los hubiera reclamado en vida, pues son personalísimos y, por tanto, intransmisibles y no integrados en la herencia del difunto, de suerte que los herederos carecen de *legitimación activa originaria* para reclamarlos; si bien sus *allegados* (no necesariamente coincidentes con sus *herederos*) pueden reclamar los daños morales a ellos irrogados por la congoja que les supuso vivir el sufrimiento del fallecido e incluso la muerte de éste, pues tales allegados (como pueden ser los parientes, los cuidadores, los convivientes o los amigos) tienen una *legitimación activa derivativa*, por razón, no de herencia, sino de proximidad, afectividad o convivencia, racional y suficientemente probadas, de forma que se llegue a la convicción moral de que son acreedores de la indemnización por tales daños, aunque no sean parientes ni herederos suyos. En el caso del citado D.25/12, el Consejo entendió que concurría la *legitimación activa por derivación* para reclamar daños morales en los hijos de una fallecida que cuidaban de ella en su domicilio cuando regresaba de un Centro de día. Esto dicho, el Consejo señala en el mismo D.25/12 que los daños morales se calculan de formaalzada y es absurdo calcularlos acudiendo al baremo de accidentes de tráfico para aplicarlo a la hipótesis de lo que hubiera vivido la fallecida si no se hubiera producido el daño.

H) Procedimiento.

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

En D.53/12, aclara el Consejo que no debe ser confundido tampoco el procedimiento de responsabilidad patrimonial con el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora* (normalmente, la municipal) *reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los mayores gastos que tenga que realizar en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios*, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, salvo que la petición de reconocimiento se instrumente inicialmente como una reclamación que considere daños y perjuicios los gastos efectuados por una orden directa de la Administración. El mismo D.53/12 precisa que no puede aceptarse la *mutatio libeli* consistente en iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial y, al comprobar que la acción ha prescrito, tratar de reabrir el plazo de prescripción aduciendo, en el trámite de audiencia, que lo ejercitado era el

precitado *procedimiento de reintegro urbanístico*, cuando no se prueba que haya habido una orden municipal de realizar los expresados sobrecostes, y, además, tales gastos aún no se han materializado y nada impide la posterior exigencia a dichos otros Sectores del reintegro de los que se efectúen.

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

-Audiencia: Aunque es preceptiva la *audiencia* al interesado, puede prescindirse de la misma *ex art 84.4 LPAC* cuando no deban tomarse en cuenta otras alegaciones o pruebas distintos de los alegados por el reclamante en su escrito inicial (D.61/12).

-Dictamen consultivo: Es preceptivo el dictamen previo *del Consejo Consultivo*, con las siguientes precisiones:

-Cuantía gravaminis: Desde 7-9-2005, sólo es preceptivo en daños superiores a 600 euros; desde 1-1-2009, para los superiores a 6000 euros; y, desde 1-1-12 (por remisión indirecta a la normativa estatal), para los superiores a 50.000 euros (cfr., para la última citada cuantía, con cita de las distintas disposiciones aplicables, por todos, el D.42/12).

-Normativa relevante: En los expedientes comenzados a tramitar antes de la entrada en vigor de la ley por la que se modifica la cuantía mínima exigible para la preceptividad de la consulta, la normativa de cuantías que ha de aplicarse es la vigente en el momento de la *finalización del trámite de audiencia*, ya que el art. 12.1 del RD 429/93 impone la consulta una vez concluido dicho trámite (D.4/12, D.6/12, D.8/12, D.10/12, D.11/12, D.13/12, D.15/12, D.16/12, D.17/12, D.19/12, D.21/12, D.33/12, D.49/12, y, antes, D.73/05, D.106/05 y D.124/05).

-Contenido: el dictamen ha de versar sobre; i) la existencia o no de relación de causalidad entre funcionamiento del servicio público y el daño causado; ii) la valoración, en su caso, de éste; y iii) el modo de indemnizarlo, considerando los criterios establecidos en la LPAC (cfr. el FJ1 de todos los dictámenes sobre responsabilidad patrimonial).

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

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

I) Prescripción y cosa juzgada.

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

-Dies a quo incertus: El D.53/12 precisa que, en caso de alegados sobrecostes de urbanización, el *dies a quo* es el de la firma del acta de recepción -y, en su caso, de subsanación conforme-, de las obras, que incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incorporadas al patrimonio municipal con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el R.D. 3288/1978, de 25 de agosto -RGU-, de aplicación supletoria en La Rioja, ex art. 149.3 CE).

-Doctrina de los daños continuados: Según el D.50/12, no pueden considerarse estabilizadas las secuelas cuando se desecha la intervención quirúrgica como medida terapéutica, pero continúa el tratamiento por otros medios curativos y así se acredita mediante informe pericial no contradicho por la Administración sanitaria. Ahora bien, como señala el D.57/12, en el caso de existencia de varias secuelas derivadas de la misma intervención, todas ellas han de estimarse causalmente vinculadas a la misma y no deben ser reputadas independientes a efecto de fijar el *dies a quo* en un momento que permite alegar la prescripción de la acción, especialmente si las secuelas interactúan en contra de los tratamientos prescritos, generando nuevos efectos secundarios que motivan nuevos tratamientos.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Responsabilidad de la Administración viaria.

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

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

caídas fortuitas de personas.

-El D.16/12 refiere un caso de daños personales por caída de un peatón en una vía pública al tropezar con unas tuberías mal señalizadas, en el que la ausencia de actividad probatoria del buen estado de la vía pública por parte de la Administración hace que el Consejo la considere responsable del daño inferido.

-El D.26/12 contempla el caso de otra caída de un peatón al tropezar contra una placa del pavimento en mal estado, si bien el Consejo exonera a la Administración por entender que se trata de un suceso enmarcable en el riesgo general de la vida que incumbe asumir al peatón.

-El D.51/12, finalmente, contempla el caso de la caída de un Arquitecto municipal al inspeccionar la escalera de una piscina, también para exonerar a la Administración al concurrir culpa de la víctima, ya que, por su profesión, debía conocer y observar la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales.

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

La doctrina general en esta materia, con amplio estudio de la jurisprudencia al respecto, fue fijada por el Consejo en D.2/00, D.59/00, D.51/01, D.18/03, D.50/05, D.119/05, D.8/06, D.16/06, D.37/08, D.72/08, D.142/08, D.12/09, D.36/10, D.62/11 y D.83/11, en el sentido de que la obligación de indemnizar al tercero dañado es cuestión que pertenece a la relación interna entre Administración y su contratista, sin perjuicio de que la Administración repita luego contra el contratista responsable.

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

4. Responsabilidad de la Administración sanitaria.

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

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

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

El Consejo sigue insistiendo en que la obligación de la Administración sanitaria es, en la Medicina curativa, no en la satisfactiva, *de medios y no de resultados*, debido a la condición perecedera y enfermable del ser humano, a la inexistencia de un derecho a la curación (no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes), al estado de los conocimientos científicos, a la extensión del servicio sanitario, y a los recursos limitados asignados al mismo por los poderes públicos (D.20/12, D.29/12, D.33/12; D.34/12, D.35/12, D.38/12, D.41/12, D.57/12 y D.59/12).

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

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

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

Pero, siendo *de medios y no de resultados* la obligación a cargo de los servicios públicos sanitarios, la producción de un daño, por sí sola, no determinará la responsabilidad si, por parte de los servicios sanitarios, se prestó la concreta asistencia que el caso demandaba y se pusieron los medios diagnósticos y el tratamiento adecuados, es decir, si la actuación facultativa se ajustó a los criterios de la *lex artis ad hoc* (D.10/12 y D.33/12). En suma, la existencia en todo caso de una obligación previa a cargo de los Facultativos y, en último término, de la Administración sanitaria por la que actúan, explica que coincidan la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que tal obligación es *de medios y no de resultado*, por lo que sólo se incumple aquélla, con la responsabilidad consiguiente, cuando la conducta de prestación del servicios por los Facultativos no resulta conforme a la *lex artis ad hoc* o cuando, aún siéndolo –y habiendo daño–, exceda lo actuado de la legitimación conferida por el propio paciente –*consentimiento informado*– o por la ley –falta objetiva de la situación de *urgencia* requerida– (D.54/12).

En consecuencia, la responsabilidad sanitaria no deriva de un funcionamiento de los servicios públicos sanitarios *in abstracto*, es decir, de un deber teórico de las Administración para con destinatarios genéricos, sino de un daño efectivo que nace del incumplimiento por la Administración sanitaria de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor un paciente determinado, que tiene derecho, no sólo a una

genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones *in concreto* que su caso requiera (D.44/12, D.50/12 y D.54/12).

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

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

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

3º.- Criterio de la *lex artis ad hoc*.

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

Sobre este conocido criterio, el Consejo se ha limitado en 2012 a reseñar: **i)** que la existencia de *riesgos típicos* objeto de consentimiento informado no impide la apreciación de infracción de la *lex artis*, que es un parámetro de imputación diferente (D.41/12); **ii)** que la infracción de la *lex artis* debe ser *significativa*, es decir, tener trascendencia y *eficacia causal en el resultado dañoso*, por lo que no cabe apreciarla como criterio de imputación cuando la infracción ha sido intrascendente y sin eficacia causal en dicho resultado dañoso (D.41/12); **iii)** que la infracción de la *lex artis* debe ser *probada*, no bastando para ello meras conjeturas y apreciaciones subjetivas carentes de fundamento alguno (D.11/12 y D.41/12) y, concretamente, debe probarse el origen iatrogénico y no traumático de la lesión (D.11/12); **iv)** que el Consejo Consultivo es

lego en Medicina, pero puede sugerir a la Administración y a las partes las disfunciones que aparentemente observe en la praxis médica para que sean valoradas oportunamente mediante los oportunos dictámenes periciales (D.10/12, que reitera la doctrina establecida en D.95/09 y D.63/10); **v)** que pueden existir casos en que, habiéndose observado todas las exigencias de la *lex artis ad hoc*, sin embargo se produzcan daños, que no serán indemnizables, por ser de la naturaleza de las cosas la fragilidad inherente al cuerpo humano (D.45/19); y **vi)** que la *lex artis ad hoc* no sólo es predicable del personal médico sino también del resto del personal sanitario, como las Enfermeras o Auxiliares que han de actuar conforme a sus respectivos protocolos (D.35/12).

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

-Cardiología, Angiología y Cirugía vascular:

-D.4/12 (paciente cardiológico crónico, también afectado psicológicamente de ansiedad por el fallecimiento en atentado de un hijo, que fue correctamente tratado conforme a la *lex artis ad hoc* varias veces en el SERIS y últimamente de una arritmia, aunque se trasladó voluntariamente a un Centro privado para la implantación de un desfibrilador y pretende el reintegro de gastos como daños morales).

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

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

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

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

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

-Dermatología:

-D.64/12 (paciente reumatológico correctamente tratado con corticoides al que adviene una afección dermatológica de vitíligo, que el estado de la ciencia en 2012 no permite determinar que sea consecuencia de los corticoides).

-Ginecología, Obstetricia y Neonatología:

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

-Medicina interna y del Aparato digestivo:

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

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

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

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

-Odontología:

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

-Oncología:

-D.35/12 (paciente oncológico terminal muy agitado que es objeto de sujeción mecánica, aplicada por el personal de enfermería sin orden expresa del Médico responsable, la cual le produce erosiones en las muñecas hasta que dicho Médico aplica tratamiento sedante paliativo).

4º. Criterio de la exigencia del consentimiento informado.

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

-Respecto a su **naturaleza**, el consentimiento informado *no es una causa de exoneración* por sí mismo, ni constituye una especie de salvoconducto para el Facultativo (de manera que, producido cualquier riesgo contenido en el mismo, ello ya sea suficiente para desestimar la existencia de responsabilidad patrimonial), puesto que el Facultativo, en todo caso, ha de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y ha de acreditarse que el riesgo típico no se ha producido como consecuencia de una defectuosa atención prestada (D.54/12).

-Respecto a su **forma: i)** el consentimiento informado, en determinados casos y habida cuenta de las circunstancias concurrentes, puede ser expresado en forma *verbal*, pues lo fundamental es que la información exista, sea clara, detallada, comprensible y completa, de manera que permita al paciente tomar la decisión de someterse al tratamiento con toda la información posible, por lo que la inexistencia del consentimiento por escrito en tales casos lo único que opera es un traslado de la carga de prueba de la existencia del mismo a la Administración, prueba que concurre si las manifestaciones obrantes en el expediente sobre el consentimiento informado y sus circunstancias no son contradichas por el reclamante (D.59/12, que

reitera la doctrina de D.75/09, D.67/10 y D.86/10); y **ii)** el consentimiento informado es suficiente cuando el paciente lo ha firmado por *escrito*, consta en el documento que se le han explicado los riesgos de la intervención y el paciente o sus familiares han tenido tiempo suficiente para comprender y expresar las dudas o aclaraciones pertinentes (D.41/12).

-Respecto a sus **efectos**: i) la falta de o el defecto en el consentimiento informado determina sólo el daño moral consistente en haber impedido la facultad de autodeterminación del paciente en cuanto a no haber podido ponderar el mismo los riesgos y la posibilidad de sustraerse al tratamiento ofrecido (D.10/12, que reitera la doctrina de D.63/08, D.128/08 y D.97/09); y ii) el daño moral que determina la falta de consentimiento informado es perfectamente indemnizable, pero sin que la indemnización pueda alcanzar al daño físico, por cuanto no puede imputarse éste causalmente a la mera falta de información; de ahí que, para la imputación de responsabilidad por daños físicos, habrá que atender a otro criterio de imputación, como el de la inobservancia de la *lex artis ad hoc* (D.10/12).

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

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

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

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

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

El Consejo ha reiterado en 2012 que la idiosincrasia o situación previa del paciente,

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

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

7º.Criterio de la pérdida de oportunidades terapéuticas.

Esta doctrina (mantenida por SSTS, 1ª, de 10-10-98, 25-9-99, y 27-5-03; y 3ª, de 17-1-97 y 18-10-05, así como SSAN, 4ª, de 29-10 y 4, 5 y 19-11-03, entre otras), imputa a los servicios públicos sanitarios el daño moral derivado de la no realización de alguna prueba o revisión diagnóstica; daño consistente en la posibilidad de haberse curado o, al menos, de haber acortado la enfermedad, prolongado la vida o haber evitado un continuo peregrinaje hospitalario (D.36/12, que reitera la doctrina de D.102/08 y D.110/08). Por eso, el Consejo ha declarado que, en la pérdida de oportunidades, según la STS 3ª de 2/02/12, hay una cierta pérdida de alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable (D.38/12).

El Consejo comenzó a inclinarse en 2010 hacia la consideración de la pérdida de oportunidades terapéuticas, no tanto como un criterio de imputación del daño a la Administración sanitaria, cuanto como un módulo para fijación de la indemnización procedente por otros motivos (D.36/10).

En cuanto al cálculo de la indemnización en estos casos, el Consejo ha señalado en 2012: i) que, según la jurisprudencia, en los casos de pérdida de oportunidades terapéuticas, el *quantum* indemnizatorio debe efectuarse sobre el porcentaje de supervivencia que llevaría aparejada, en su caso, una actuación totalmente ajustada a la *lex artis ad hoc*, si bien la fijación de dicho porcentaje es pericial y puede ser ponderada por el Consejo (D.38/12, que reitera la doctrina del D.36/10); y ii) que, en la pérdida de oportunidades terapéuticas, no se debe acudir sin más al baremo de la ley de tráfico para estimar los días de retraso en los que el paciente careció del diagnóstico y tratamiento correcto, pues hay que ponderar un porcentaje de incertidumbre sobre el posible resultado resarcitorio según las circunstancias del caso (D.38/12).

En esta línea, el Consejo *ha apreciado* en 2012 la pérdida de oportunidades

terapéuticas en un paciente diagnosticado de carcinoma vesical por el Servicio de Urología y que no es derivado pronto al de Oncología, ya que se biopsia una zona que no permite apreciar las metástasis que luego se objetivaron y provocaron el fallecimiento, siendo indemnizable el daño moral causado a su hermana por dicha pérdida de oportunidad (D.34/12).

Por el contrario, ha estimado el Consejo en 2012 que *no existe* dicha pérdida de oportunidades terapéuticas en los siguientes casos: i) cuando el retraso en realizar una prueba diagnóstica se explica por el estado del paciente o no tiene relevancia en su evolución general (D.33/12); ii) cuando el propio paciente provoca de forma voluntaria una ruptura del protocolo diagnóstico, no acudiendo a la práctica de una prueba procedente programada (D.36/12); iii) cuando el retraso en la práctica de una prueba diagnóstica es mínimo y no ha influido ni en la curación ni en la mejora o prolongación de la vida del paciente, pues el resultado hubiera sido el mismo (D.36/12); iv) cuando el resultado dañoso se explica exclusivamente por la grave patología sufrida por el paciente (D.36/12); v) cuando se trata de un mero retraso de una semana en una cita clínica y el mismo no ha tenido eficacia causal alguna en el resultado dañoso, máxime cuando el propio paciente lo imputa a una actuación médica distinta (D.41/12).

8º. Criterio del “estado de la ciencia”.

Como es sabido, el estado de la ciencia es un criterio más bien de exoneración, por el que no puede ser imputada la Administración sanitaria en casos en que la ciencia médica no ha alcanzado todavía una solución satisfactoria, o, como señala el D.64/12, impide, en ausencia de prueba de otras causas, determinar un criterio positivo de imputación en el que apoyar la responsabilidad reclamada.

Pues bien, en 2012 sólo se ha empleado este criterio en el citado D.64/12 para exonerar a la Administración sanitaria en un caso de vitiligo debido a que el estado de la ciencia no permite determinar que esta afección dermatológica pueda derivar de un tratamiento con corticoides. En este caso concurría también falta de legitimación pasiva de la Administración sanitaria actuante ya que el paciente alegaba haber contraído vitiligo tras ser tratado con corticoides de una afección reumatológica, pues, en el caso hipotético -que no concurría en ese expediente-, de que el estado de la ciencia hubiera determinado un nexo causal entre dicho tratamiento y la referida enfermedad dermatológica, la responsabilidad habría recaído sobre el Estado, cuya Agencia del Medicamento no lo advertía en el prospecto del corticoide, impidiendo así la facilitación y prestación del consentimiento informado.

9º. Criterio de la individualización del daño (legitimación activa).

El Consejo había declarado en D.78/09 y D.19/10 que el daño reclamable ha de ser el material, físico o moral padecido personalmente por el paciente reclamante; o el daño moral parecido por sus allegados; por lo que existe falta de legitimación activa si el paciente muere sin reclamar sus propios daños o sin ratificar la reclamación interpuesta en su nombre por su familia, y, después de fallecido, ésta no alega tampoco daños morales irrogados a la misma. Pues bien, en D.35/12, el Consejo insiste en que la indemnización procedente por daños físicos irrogados al paciente por mala praxis sanitaria perece con él, ya que no son transmisibles a sus herederos, los cuales carecen de legitimación activa para reclamarlos, salvo en cuanto se hayan traducido en un daño

moral irrogado a los mismos.

10°. Criterio de la ponderación del error médico de diagnóstico o de tratamiento.

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

Esta doctrina ha sido completada en 2012 con las siguientes precisiones: **i)** el error de diagnóstico sólo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.13/12); y **ii)** el error en la interpretación de una ecografía ginecológica incumbe a la reclamante que lo afirma (D.44/12).

Este criterio ha provocado en 2012 varios casos de **imputación** por apreciación de este tipo de errores: i) por error o retraso en el diagnóstico motivado por no realización de pruebas necesarias,⁶; ii) por error de diagnóstico que conlleva retraso en el tratamiento correcto⁷; iii) por error de o en el tratamiento, en su caso, quirúrgico⁸; iv) por retraso indebido en la asistencia o demora en el *tiempo de respuesta razonable* de la sanidad pública⁹; y v) por error en la interpretación de la prueba diagnóstica¹⁰. Por el contrario, se ha producido un caso de **exoneración** por inexistencia de retraso en la práctica de prueba diagnóstica¹¹.

⁶ D.15/12 (paciente con alegada y no probada insuficiencia venosa crónica, cuya evolución, tampoco probada, a profunda, achaca a un retraso de 2 meses en el diagnóstico, en el tratamiento suspendido con anticoagulantes y en la práctica de un *eco-doppler* tras un segundo episodio trombótico, apreciándose en este caso daños morales, sólo por el retraso en la práctica de esta última citada prueba diagnóstica).

⁷ D.49/12 (paciente de 4 años que, conducida por su madre a la sanidad pública por sospecha de déficit de audición, es, en la opinión mayoritaria del Consejo, erróneamente diagnosticada de retraso en el desarrollo del lenguaje y la comunicación, cuando, en la sanidad privada, es correctamente diagnosticada de hipoacusia bilateral de probable origen genético. Hay un voto particular en el sentido de que la reclamación debe ser desestimada al entender que no existió error ni retraso en el diagnóstico, pues las pruebas diagnósticas realizadas en la sanidad pública fueron las posibles y adecuadas por razón de la edad, colaboración y estado de la paciente en el momento de su realización, sin perjuicio de una evolución posterior de su dolencia que condujo al diagnóstico final de hipoacusia).

⁸ D.57/12 (paciente que se somete a una hemorroidectomía, con secuelas de invalidez permanente absoluta por incontinencia fecal y cuadro depresivo).

⁹ D.34/12 (paciente diagnosticado de carcinoma vesical por el Servicio de Urología y que no es derivado pronto al de Oncología ya que se le biopsia una zona que no permite apreciar las metástasis que luego se objetivaron y provocaron el fallecimiento, siendo indemnizable el daño moral causado a su hermana por dicha pérdida de oportunidad).

¹⁰ D.38/12 (paciente con cáncer en la mejilla al que se le practica un TAC, que es erróneamente interpretado, originando un retraso en el diagnóstico de recidiva tumoral, que supone una pérdida de oportunidad en el tratamiento de la enfermedad).

¹¹ D.33/12 (paciente menor de edad ingresada en el Servicio de Urgencias por amigdalitis, que deriva a *shock séptico* del que fallece, sin que los ligeros retrasos en la práctica de algunas pruebas diagnósticas hayan influido en la evolución general del cuadro clínico).

11º. Criterio de imputación por la doctrina del *daño desproporcionado*.

Como es sabido, la doctrina del daño desproporcionado imputa la responsabilidad a la Administración cuando los daños producidos son excesivos con respecto al estándar de tolerancia ordinario amparado por el criterio del riesgo general de la vida que incumbe soportar al paciente. El Consejo ha explicado en su D.54/12 que, en virtud de la doctrina jurisprudencial del *daño desproporcionado*, la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado que la víctima no está obligada a soportar ya que, por sí mismo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la reglas *res ipsa alloquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona; de la *anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y de la *faute virtuelle* (culpa virtual), de la doctrina francesa, que significan que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Uno de los problemas de la doctrina del daño desproporcionado estriba en la *prueba* de su causa. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2012: i) que, en principio, la prueba de la *causa del daño* incumbe al reclamante (D.11/12); ii) pero esa prueba aparece *amabilizada* por el precitado criterio *res ipsa alloquitur* (D.54/12, D.57/12); iii) que estas doctrinas (culpa virtual, *res ipsa alloquitur*, etc) implican una inversión de la carga de la prueba, de suerte que la producción de un daño de gran magnitud supone que algo falló y, salvo que se acredite expresamente su inevitabilidad, será imputable a la Administración que lo produjo (D.57/12); iv) que la prueba pericial es sumamente importante en estos casos y el Consejo, que es lego en Medicina, ha de estar a los informes periciales que no estén contradichos por otras pruebas, no sirviendo como tales las manifestaciones de la parte reclamante, también imperita en Medicina (D.57/12); y v) que no procede aplicar la doctrina del daño desproporcionado cuando los daños se explican pericialmente por otras causas, como la idiosincrasia del paciente (D.59/12).

Esta doctrina ha sido aplicada en 2012 por el Consejo: i) en el D.54/12 (paciente a la que, con consentimiento informado que cubría los riesgos típicos que advinieron, se le practicó, como intervención no urgente sino programada, una histerectomía laparoscópica con salpinguectomía, de la que resultaron lesiones iatrogénicas de perforación intestinal y fístula urinaria); y ii) en el D.57/12 (paciente que se somete a una hemorroidectomía con secuelas de invalidez permanente absoluta por incontinencia fecal y cuadro depresivo).

12º. Criterios indemnizatorios.

La responsabilidad sanitaria no es distinta de la general en materia de *indemnización*, pero presenta algunas peculiaridades:

-Compatibilidad.

La indemnización por funcionamiento normal o anormal del servicio público es independiente de las *indemnizaciones que el dañado pueda percibir por el Sistema de*

la Seguridad Social, pues se trata de indemnizaciones que surgen de distintas fuentes y, por lo tanto, son compatibles (D.11/12).

-Evaluación global, racional y no matemática.

El Consejo ha insistido en el carácter meramente *orientativo* y no vinculante de los baremos de accidentes de tráfico (D.57/12), en la necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes (D.54/12) y en la opción por una valoración global cuando se trata de casos complejos o de secuelas transitorias, pero de gran incomodidad, u otras circunstancias subjetivas particulares con perjuicios de diversa índole (D.57/12) que requieren una estimación a tanto alzado, como el sometimiento a una nueva intervención de urgencia, con los riesgos inherentes a dicha situación, la prolongación de la estancia hospitalaria, las continuas visitas al Servicio de Urgencias, el hecho de haber padecido dolor, la colocación de diversos catéteres u otros semejantes (D.54/12).

-Daños morales.

Sobre la indemnización de daños morales, el Consejo ha efectuado en 2012 las siguientes declaraciones: i) que la pérdida de oportunidades terapéuticas es una modalidad de daño moral indemnizable, basado en el cálculo de probabilidades, que ha de ponderarse en cada caso para evaluar la indemnización a la vista también de las secuelas (D.34/12); ii) que hay daño moral indemnizable en el producido a la hermana de un paciente con carcinoma vesical fallecido por metástasis no detectadas por el Servicio de Urología al biopsiarle una zona que no permitía dicha detección (D.34/12); y iii) que hay daño moral indemnizable en los padecimientos sufridos por una fístula vésico-vasinal subsiguiente a un parto con fórceps correctamente realizado y con resultado de un recién nacido normal, cuando dicha fístula no fue objeto de consentimiento informado como riesgo típico de la intervención (D.50/12).

*-Gastos en **sanidad privada** y distinción de **figuras afines**.*

No es infrecuente que los reclamantes pretendan, por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ser reintegrados de los gastos efectuados en centros sanitarios privados.

A este respecto, el Consejo ha seguido insistiendo en 2012 en que no debe ser confundido el *procedimiento de reclamación de gastos ex RD 63/95*, que forma parte del Sistema de la Seguridad Social y cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social (ahora reducidos al caso de urgencia vital inmediata sin posibilidad de acceso a la sanidad pública ni de utilización abusiva o desviada de la privada, como precisa el RD 1030/06), con el de *reclamación de responsabilidad patrimonial ex LPAC*, que forma parte del Sistema de responsabilidad administrativa cuyo conocimiento compete a la contencioso-administrativa y que, si se cumplen los requisitos generales, comprende no sólo la citada *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), al que es equiparable el *error de tratamiento*, cualquier tipo de *infracción de la lex artis ad hoc*, y cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario; pero sin que esto último (como ha declarado la SAN 25-2-04, con cita de otras) suponga la existencia de un derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, con gastos a cargo de la primera (D.48/12, que reitera la doctrina sentada en D.28/03, D.63/04, D.54/05; y D.28/06, D.31/06 y

D.57/06; y D.31/07, D.104/07, D.106/07; D.26/08, D.70/08, D.96/08, D.102/08, D.105/08; D.8/09, D.37/09, D.51/09, D.97/09, D.22/10, D.72/10 y D.27/11).

Esto dicho, el D.48/12 insiste en que los **requisitos** precisos para que pueda ser apreciada la **urgencia vital**, que justificaría la reclamación del reintegro de gastos (según la STSJ Rioja, Sala Social, de 30-12-05, con cita de otras STS), son: **i)** la existencia de una **situación de riesgo** (pues no toda urgencia es de carácter vital, sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, en los más de los casos, porque en ella está en *peligro la vida del afectado*; también, en términos menos graves, se aprecia la urgencia vital ante la concurrencia de un *peligro que dificulte la curación definitiva del enfermo* o que *provoque la pérdida de órganos o miembros fundamentales* para el desarrollo normal del vivir, aunque la lesión se halle en una zona periférica del cuerpo. La integridad moral queda así incluida en el término «vital». Es preciso, por tanto, *una situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo*); **ii)** que la situación de riesgo sea **objetiva y contrastada**; **iii)** que el riesgo sea **inesperado, imprevisible**, como un accidente o la aparición **súbita** de un cuadro clínico, que requiera de una inmediata atención; **iv)** que exista **perentoriedad o premura** en la actuación, de suerte que se perjudica la supervivencia del enfermo o se le puede infligir un daño irreparable o de difícil subsanación a su integridad física, si ha de estarse a la necesaria demora o a la superación de los naturales inconvenientes que supone el acudir a los Servicios médicos asignados por la Seguridad Social; y **v)** que la urgencia vital precisa, además, de la situación patológica que presuntamente ponga en peligro la integridad fisiológica del enfermo y que exija acción terapéutica inmediata, **que no sea posible, extremadamente dificultoso o desaconsejable médicamente, el acudir a los Servicios sanitarios propios de la Seguridad Social.**

Por tanto, la decisión del paciente de trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado conlleva la obligación de dicho paciente de pagar al centro privado los gastos correspondientes, pues, para poder reclamarlos a la Administración por vía de responsabilidad patrimonial, debe probarse la existencia de un daño imputable a la misma por inobservancia de la *lex artis ad hoc* (D.17/12).

5. Responsabilidad de la Administración urbanística.

El Consejo Consultivo ha emitido el importante D.53/12 sobre el derecho de reintegro de los sobrecostes que, para una Junta de Compensación, supone dotar a otros Sectores de la conexión a redes generales de servicios, como las de agua, saneamiento, gas o electricidad.

Señala el Consejo que es indiscutible el deber de los propietarios de la Unidad de ejecución, constituidos en Junta de Compensación, de asumir los costes de urbanización de la misma (deber legal impuesto por el art. 60.1.e) LOTUR) y, específicamente, las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación (arts. 60.1.f) y 134.2.a) LOTUR)¹².

¹² Este último precepto incluye como gastos de urbanización: «el coste de las obras de...abastecimiento y evacuación de aguas, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, conducciones de gas, conducciones de telefonía y comunicaciones...y demás dotaciones locales que estén previstas en los planes y proyectos, incluidas, en su caso, las obras de conexión con los sistemas generales y de ampliación y refuerzo de los mismos, todo ello sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de

Para el Consejo (D.53/12), el contenido de este precepto legal (art. 134.2 a) LOTUR) debe entenderse acomodado a las nuevas exigencias establecidas en el art. 16.1.c) y d) del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRHL), que establece las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con la propiedad del suelo *ex art. 149.1.1 CE*.

De esta manera, a la Junta de Compensación le corresponde el cumplimiento de una obligación *inter privados*, pero intensamente *publicada*, tanto por los sujetos intervinientes (naturaleza administrativa de la Junta de Compensación y los propietarios que deberían haberse constituido en Junta de Compensación) como por el origen y contenido (deber de costear las obras de urbanización, *ad intra* de la Unidad de ejecución y, en su caso, *ad extra*, si un Sector asume más gastos que benefician a otro Sector).

En este último caso, no cabe negar la potencial posición acreedora de la Junta de Compensación respecto a los propietarios de otros Sectores, si éstos aprovecharan en el futuro las conexiones a las redes generales financiadas por dicha Junta para dotar a aquellos Sectores de la conexión a los sistemas generales; pero, si no ha habido una orden municipal para que se realizasen las instalaciones que conllevan tales sobrecostes, no puede la Junta instrumentar ahora una reclamación de responsabilidad patrimonial.

La depuración del coste real de las obras de urbanización referidas a la conexión de las redes de abastecimiento y saneamiento de aguas residuales a los sistemas generales es de extraordinaria relevancia, no sólo *ad intra* de la Junta de Compensación (es decir, a los efectos de determinar la participación de cada uno de los propietarios en el coste de las obras), sino también *ad extra*, esto es, en relación con una hipotética participación en dichos gastos de futuras conexiones a esos sistemas generales, pero sobre ésta última cuestión no debe pronunciarse el Consejo al no haberse producido la misma.

En cualquiera de ambas perspectivas, la Administración municipal, como titular de la función pública urbanística, no puede ser indiferente a la actuación de las entidades urbanísticas colaboradoras, que actúan bajo su tutela, desentendiéndose absolutamente de las mismas: por el contrario, debe salvaguardar los intereses generales de la comunidad local en su conjunto (una parte de los cuales los constituyen los bienes inmuebles de titularidad municipal afectados por la actuación y las cesiones a su favor de bienes y del aprovechamiento urbanístico correspondiente), pero también los de los particulares afectados por la actuación urbanística. Por esa razón, le es exigible a la Administración municipal una mínima diligencia en cuanto a la verificación y verosimilitud de las cuentas de liquidación del proceso urbanizador, no sólo en aquellos casos que afecten directamente a los bienes e intereses municipales, sino para proteger los intereses de todos los propietarios afectados, que pueden entender que los gastos liquidados tienen el respaldo de la Administración de tutela.

Por ello, el D.53/12 entiende que ambas posibles reclamaciones o peticiones (la de indemnización del sobrecoste y la de reconocimiento del derecho al reintegro del mismo)

instalaciones de las redes de suministro con cargo a las empresas o entidades suministradoras, conforme a las correspondientes reglamentaciones».

tienen un fundamento jurídico común, que no es otro que la función pública urbanística de la que es titular el Ayuntamiento en cuanto al desarrollo urbano del municipio (pues, “*la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general*”, según el art. 3.1 del Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y, en el mismo sentido, el art. 4 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del territorio y urbanismo de La Rioja (LOTUR).

Caso de existir una orden municipal de que se efectuaran las obras determinantes del sobrecoste y de que ese mayor coste no se repercutiese a los Sectores beneficiarios, estaríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial, no reconducible a ninguno de los supuestos indemnizatorios urbanísticos contemplados en el art. 35 TRLS (alteraciones del planeamiento urbanístico, vinculaciones o limitaciones singulares respecto de construcciones y edificaciones, anulación de licencias urbanísticas, ocupaciones de terrenos), y que habría de ampararse en la cláusula general de responsabilidad patrimonial del art. 106.2 CE, desarrollado en los arts. 139 y siguientes LPAC, siempre que concurrieran los requisitos generales establecidos en el ordenamiento jurídico.

Pero no debe ser confundido el procedimiento de responsabilidad patrimonial con el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora* (normalmente, la municipal) *reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los mayores gastos que haya realizado en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios*, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, pues la reclamación de responsabilidad patrimonial sólo puede instrumentarse si los sobrecostes se han producido efectivamente y, además, por una orden directa de la Administración; pues, en otro caso, la Junta sólo tiene acción para exigir en el futuro el reintegro de los sobrecostes a los Sectores beneficiarios, cuando éstos traten de conectarse a las redes generales sufragadas por la Junta acreedora.

Si la Junta de Compensación reclama a su Administración urbanística tutora (normalmente municipal) los sobrecostes de urbanización como un procedimiento de responsabilidad patrimonial (acción de condena), y dicha Administración no los ha ordenado pero los reconoce como realizados, bien puede ésta *reconvertir* el procedimiento de reclamación en uno de mero reconocimiento (acción declarativa) del derecho de dicha Junta a ser reintegrada en su día por los otros Sectores beneficiarios de los sobrecostes, salvo que la Junta insista en ejercitar *subsidiariamente* la acción de responsabilidad patrimonial contra la referida Administración, si ésta se opone a dicho reconocimiento y, efectivamente, la expresada Administración, en el expediente tramitado, no reconoce la realización de los sobrecostes ni haberlos ordenado, porque entonces se impone tramitar y resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial.

No puede aceptarse, según el D.53/12, la *mutatio libeli* consistente en iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial y, al comprobar que la acción ha prescrito, tratar de reabrir el plazo de prescripción aduciendo, en el trámite de audiencia, que lo ejercitado era el *procedimiento previsto en la legislación urbanística para que la Administración tutora* (normalmente, la municipal) *reconozca a la Junta de Compensación de un Sector el derecho a ser reintegrada por otros Sectores de los*

*mayores gastos que tenga que realizar en beneficio de los mismos para facilitarles la conexión a las redes generales de servicios, tales como los de electricidad, el agua o saneamiento, cuando no se prueba que haya habido una orden municipal de realizarlos (no existe el *quid* de la reclamación), y, además, tales gastos aún no se han materializado (no existe el *quantum* de la reclamación) y nada impide la posterior exigencia a dichos otros Sectores del reintegro de los que se efectúen.*

Entiende, pues, el Consejo que procede denegar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración urbanística tutora (municipal, en este caso) de la Junta de Compensación reclamante cuando, de los sobrecostes alegados por ésta última, no se han probado pericialmente la antijuridicidad del daño, esto es: i) ni su existencia ni su cuantía; iii) ni que se refieran a servicios de competencia del Municipio o de sus empresas concesionarias (aguas y saneamiento, ya que los de electricidad y otras redes competen, en su caso, a las respectivas Compañías suministradoras); iii) ni que obedezcan al cumplimiento de una orden de dicho Municipio o de sus empresas concesionarias (que se han limitado a señalar los puntos de enganche a las redes); iv) ni que beneficien a otros Sectores distintos del que corresponde a la Junta reclamante. Sino que, por el contrario, se ha probado la inexistencia de una lesión antijurídica, esto es: i) que los sobrecostes alegados (salvo una pequeña instalación de bombeo (que no puede considerarse sobre coste ya que era necesaria para salvar una diferencia de cota), corresponden sólo a obras previstas en el Proyecto y en sus modificados; ii) que la financiación de tales costes está comprendida en el deber jurídico que impone la legislación urbanística a la Junta de Compensación de costear la urbanización de la Unidad de actuación correspondiente, incluidas las obras de conexión a las redes generales; y iii) que los gastos de urbanización ejecutados han sido destinados al servicio exclusivo de la Unidad de actuación correspondiente a la Junta reclamante.

Concluye el D.53/12 que, en caso de alegados sobrecostes de urbanización, el *dies a quo* a efectos de la prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los mismos es el de la firma del acta de recepción y, en su caso, de subsanación conforme, de las obras, que incluye tácitamente también la recepción de las redes de abastecimiento y saneamiento correspondientes que, desde entonces, quedan incorporadas al patrimonio municipal con la correspondiente obligación de conservación y mantenimiento (art 67 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto —en adelante, RGU—, de aplicación supletoria en La Rioja, *ex art.* 149.3 CE).

VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

1. Concepto de revisión de oficio.

Sabido es que la revisión de oficio consiste en una potestad de la Administración por la que ésta puede dejar sin efecto actos suyos anteriores, aunque sean declarativos de derechos a favor de los particulares, cuando incurran en alguno de los vicios de nulidad de pleno derecho determinados por la legislación de procedimiento administrativo común y siguiendo el procedimiento establecido al efecto en la misma (D.2/12, que reproduce la doctrina de D.7/05 y D.46/08).

2. Intervención consultiva en el procedimiento y distinción de éste con figuras afines.

En los procedimientos de revisión, el dictamen del Consejo Consultivo es preceptivo (ex arts 102, LPAC; 11 f), de la Ley reguladora del Consejo; y 12.2, f), de su Reglamento) y, no tanto vinculante, cuanto *habilitante* u obstativo de la ulterior decisión revisora de la Administración, en el sentido de que ésta solo puede anular el acto si el dictamen es favorable a la nulidad del mismo (D.2/12 que reproduce doctrina anterior de D. 65/04, D.28/05, D.29/05, D.34/05, D.35/05, D.36/05, D.40/05, D.41/05, D.42/05, D.43/05, D.60/05, D.61/05, D.67/05 y D.101/05; D.17/06, D.20/06, D.59/06 y D.73/06; D.57/07, D.66/07, D.88/07, D.94/07; D.46/08, D.78/08, D.99/08; D.83/09, D.40/10; D.48/10, D.96/10, D.40/11 y D.44/11).

3. Causas de nulidad de pleno Derecho.

El Consejo se ha limitado a pronunciarse en 2012, con carácter general: i) sobre los *límites de la revisión*, al optar por el criterio de exclusión del enjuiciamiento *de mininis* (cfr. art. 102.3 LPAC), con arreglo al cual no deben ser revisados actos que presenten irregularidades irrelevantes, como son las no invalidades ex art. 63 LPAC (D.2/12, que reproduce la doctrina del D.83/09); ii) sobre la *interpretación de las causas de revisión*, al señalar que las mismas deben ser interpretadas de manera estricta (D.2/12, que reproduce la doctrina de D.20/06 y D.88/07); y iii) sobre la *necesaria y previa valoración de los hechos*, es decir, la exigencia de que la Administración revisora efectúe un previa y adecuada valoración de los hechos (adecuación que puede ser examinada por el Consejo Consultivo) para evitar un erróneo ejercicio de la potestad de revisión, por no concurrir el presupuesto habilitante para ello (D.2/12).

En particular, en 2012, el Consejo sólo ha examinado, en su D.2/12, un caso relativo a la **causa del art. 62.1,e) LPAC** (actos en los que se ha prescindido total o absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados), y ha señalado: i) que no concurre esta causa cuando, en la modificación del horario de prestación de un servicio público contratado administrativamente (servicio de bar municipal, en el caso), al no recabar el previo consentimiento del contratista, no se ha prescindido del procedimiento, sino que se ha aplicado el art. 59.1 LCAP, que habilita a la Administración contratante para ejercitar unilateralmente la potestad de modificación (*ius variandi*) de los contratos administrativos por razones de interés público, siempre que se hayan cumplido los demás requisitos exigidos para ello en la legislación contractual aplicable; y ii) que tampoco concurre esta causa cuando, al incluir una cláusula de prórroga automática en un contrato administrativo (en el caso, el citado de prestación del servicio de bar municipal), no se ha prescindido del art. 157 LACP, sino que, en cada posible prórroga, se ha preservado la potestad municipal de denunciar el contrato con un preaviso de 6 meses.

VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS.

En 2012, el Consejo Consultivo se ha pronunciado, además, sobre diversas materias concretas, sentando la doctrina que seguidamente se extracta:

1. Actos administrativos: Autorizaciones.

El Consejo ha recordado en su D.3/12 que, aunque la regulación proyectada no se refiera a un servicio incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 123/2006, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, sobre prestación de servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva *Bolkestein* o de servicios, debe justificarse en el expediente de elaboración el mantenimiento de la técnica de la *autorización administrativa* de la actividad, en vez de la *comunicación previa responsable*.

Por otra parte, en esta cuestión es importante el D.30/12, sobre el Anteproyecto de reglamento regulador de las Estaciones de ITV, al que luego aludiremos, pues contiene una serie de interesantes consideraciones, eminentemente prácticas y de técnica normativa, sobre los actos administrativos de autorización, que pueden ser resumidas en la siguiente doctrina: **i)** no deben ser confundidos, en una autorización administrativa reglada, los requisitos *de la solicitud* con los *del otorgamiento*, es decir, los requisitos formales exigidos para solicitarla, con los requisitos materiales exigidos para otorgarla; y, por ello, no debe ser empleada la expresión “*podrá otorgarse*”, sino la expresión “*se otorgará*”, para referirse al otorgamiento de una autorización administrativa reglada; y tampoco debe ser utilizada la expresión “*conocer de las solicitudes*” para referirse a la competencia administrativa para “otorgar las autorizaciones”; **ii)** no debe sujetarse a plazo, en una relación jurídica de autorización administrativa reglada, la notificación de variaciones de condiciones o requisitos que puedan ser imprevisibles; **iii)** no deben ser empleadas, para referirse a autorizaciones administrativas regladas, las expresiones *vigencia* o *pérdida de vigencia*, sino las expresiones *eficacia* o *pérdida de eficacia*, ya que no se trata de disposiciones normativas sino de actos administrativos; **iv)** tampoco debe ser confundida, en una actividad sujeta a autorización administrativa reglada, la acreditación negativa que la actividad autorizada merezca a una entidad privada de certificación, con las consecuencias que esa circunstancia pueda producir en orden a una posible suspensión o revocación ulterior de la autorización administrativa; y **v)** finalmente, cuando, en una autorización reglada, se exija la intervención de una entidad privada de acreditación y certificación, si ésta es negativa, no deben emplearse para calificarla categorías administrativas, como suspensión o revocación (y menos, aún la vulgar de “*retirada*”), que sólo son propias de la actividad administrativa sobre la autorización, a la vista de la certificación negativa emitida por la entidad privada de acreditación.

2. Concentración parcelaria.

El D.28/12, a propósito de una reclamación de responsabilidad patrimonial a consecuencia de la asignación de fincas de reemplazo tras un procedimiento concentración parcelaria, ha permitido al Consejo realizar una serie de consideraciones de interés sobre esta operación física y jurídica de reorganización de la propiedad rústica.

Comienza el Consejo recordando que la concentración parcelaria se encuentra regulada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRDA), TR aprobado por DLeg. 118/1973, de 12 de enero, que articula un procedimiento común, compuesto por una fase inicial de solicitud por parte de los interesados, la declaración de utilidad pública, una fase de investigación de la propiedad aportada al proceso y la fijación definitiva de ésta, luego un proyecto de reparcelación y, por ultimo, el acuerdo que contiene las adjudicaciones.

Por tanto, la concentración parcelaria, a juicio del Consejo, es un procedimiento administrativo de contenido económico, con la concreta finalidad de rentabilizar las explotaciones agrarias por medio de la reordenación del terreno y de la redistribución de la propiedad. En ella, cada propietario accede al proceso de división con un crédito, que es el valor de sus fincas aportadas, para lo que accede a unas deducciones legales en sus aportaciones, no superiores al 3%. Las propiedades entregadas forman una masa que debe ser reparcelada por la Administración gestora.

Así, una vez declarado firme el acuerdo de concentración parcelaria, se redacta y aprueba el acta de reorganización de la propiedad, que es el documento autorizado por la Administración gestora competente, donde se relacionan y describen las fincas resultantes de la concentración o fincas de reemplazo, con las circunstancias necesarias para la inscripción de las mismas en el Registro de la Propiedad, y la manifestación expresa de su indivisibilidad que proceda.

Recuerda el D.28/12 que el procedimiento de concentración parcelaria tiene su propio sistema de revisión administrativa y jurisdiccional, mediante la interposición, en su caso, de los correspondientes recursos, por lo que no procede, con carácter general, acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial para obtener la referida revisión, máxime cuando no concurren los requisitos necesarios para ello.

Esto dicho, el posible menoscabo económico (consistente en que los bienes de reemplazo entregados, no se correspondan, en morfología y situación productiva, con las parcelas originales, de suerte que no sea posible alcanzar el nivel de producción y rentabilidad anterior a la concentración sin efectuar inversiones en infraestructuras) no existe cuando pericialmente se prueba que la concentración ha supuesto un valor añadido a las fincas frente a la dispersión previa y los menoscabos no han ido más allá de los que tienen el deber jurídico de soportar en virtud del propio procedimiento de concentración parcelaria.

Por supuesto, en el proceso de concentración parcelaria, la Administración gestora viene obligada a realizar obras de mejora y acondicionamiento de caminos rurales (estos se renuevan), se establecen los necesarios desagües, se adaptan las vías pecuarias de la zona, se eliminan accidentes artificiales que impiden el cultivo, todo ello de forma gratuita para todos los partícipes de la concentración.

Evidentemente, lo que no se hace en el procedimiento de concentración parcelaria a costa del común son obras de reestructuración para efectuar concretas plantaciones (frutales, viñedos...), las cuales deben ser sufragadas por los concretos propietarios (a cada partícipe de la concentración se le asignan tierras por valor igual al entregado y será él el que disponga como explotar mejor lo asignado).

De ahí que la cuantificación de las obras de mejora o adecuación de las fincas asignadas al cultivo al que cada adjudicatario desee adecuarlas no denota daño alguno proveniente de la actuación u omisión administrativa en el proceso de concentración parcelaria, sino que se trata de una cuantía que cada adjudicatario puede invertir para hacer más rentable su explotación y que, como tal, está dentro de la propia organización y explotación que cada propietario haga de los bienes de los que es titular y que fueron entregados por la Administración en igualdad de condiciones a todos los partícipes de la concentración.

En suma, concluye el D.28/12 que una reclamación de superficie de terreno con cargo a la masa común, debe atenerse al art. 206.2 LRDA, a cuyo tenor el *destino de las tierras sobrantes de la masa común tendrá carácter provisional durante los tres primeros años posteriores a la firmeza del acuerdo*, mediante la cesión temporal en uso a los Ayuntamientos, pues dicho periodo temporal de tres años responde al "destino" de estas tierras sobrantes que, una vez efectuadas las actas de reordenación, consiste *en la estricta corrección de errores materiales* (STS de 31-7-1999); por lo que dicha reclamación debe ser desestimada cuando, de la de la puntuación asignada a lo aportado y a lo entregado, no se infiere error material alguno en la redistribución final de la propiedad.

3. Arranque forzoso de plantaciones enfermas.

El Consejo Consultivo, en sus D.27/12 y D.61/12, ha examinado la eventual responsabilidad de la Administración agraria en sendos casos de arranque y eliminación forzosa de plantaciones afectadas por la aplicación del programa de erradicación y control del fuego bacteriano de las rosáceas, lo que ha permitido al Consejo analizar la naturaleza jurídica de estas indemnizaciones, a caballo entre las *expropiaciones forzosas virtuales* y las *responsabilidades administrativas especialmente baremadas*.

En efecto, se trata de casos en los que procede una indemnización legalmente tasada sin seguir ni el procedimiento expropiatorio ni el de responsabilidad patrimonial, como sucede, entre otros, en los rescates de concesiones, en el sacrificio obligatorio de ganado por epizootias y también en el arranque compulsivo de plantaciones afectadas por plagas vegetales. Concretamente, las indemnizaciones por los trabajos y daños consecuentes a la aplicación forzosa de medidas administrativas, de arranque y eliminación de plantas y materiales contaminados, adoptadas para la erradicación y no propagación en explotaciones agrarias de un brote vegetal de fuego bacteriano quedan sujetas a los baremos establecidos en los RRDD 1201/99, 1512/05 y 246/10.

En cuanto a su naturaleza jurídica, para el Consejo Consultivo, no se trata propiamente de una expropiación, ni de una subvención, sino de una responsabilidad patrimonial *sui generis* o singular, análoga al caso del sacrificio obligatorio de ganado afectado por epizootias, que debe ser tramitado por el procedimiento de la responsabilidad patrimonial y que, por tanto, exige dictamen preceptivo, en su caso, del Consejo Consultivo, ya que la ley reguladora del mismo lo refiere a todo caso de reclamación de daños y perjuicios, sin tener que indagar sobre la naturaleza del procedimiento del que deriva.

4. Función pública.

A) Acceso: retraso en el nombramiento.

Una reclamación de responsabilidad patrimonial por retraso en el nombramiento de un funcionario ha dado pie al D.8/12 para declarar que procede tal demora para la realización previa de un concurso interno de traslados, negociado con los representantes sindicales, que determine las vacantes a cubrir.

B) Retribuciones: minoración.

Como se ha expuesto al analizar los límites de los Decretos Leyes, el Consejo Consultivo ha recordado en D.39/12 lo señalado en D.62/10 en el sentido de que las SSTC 202/03, 1/03, 37/02 y 222/02 han considerado conforme a la CE (*ex arts.* 149.1. 13 y 18 y 156.1) la fijación por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio (LPGE) de las retribuciones de los funcionarios públicos, con carácter vinculante para las CCAA, que es el sistema que arbitró la Ley 30/84 y que sigue estableciendo el vigente Estatuto básico del empleo público (EBEP, Ley 7/07).

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

Ahora bien, un Decreto Ley no puede incidir en esta materia reservada a las Leyes de Presupuestos; por eso, el Consejo: i) en D.62/10, estimó una posible inconstitucionalidad de la DA 9ª del RDL 8/10, de Medidas de reducción del déficit público, al no aplicar las reducciones salariales establecidas con carácter general al personal no directivo de determinadas Sociedades mercantiles de fundación pública y Entidades públicas empresariales, ya que se trata de una norma con rango de ley que realiza una exclusión o derogación singular de sus propios preceptos, lo que ha sido considerado contrario a la CE por SSTC 213, 220 y 259/88, 148/91 y 159/01; y ii) en los D.62/10 y D.39/12, ha entendido que por RDL no se pueden alterar las retribuciones funcionariales establecidas cada año por la LPGE, y ello, no sólo por la reserva a la LPGE *ex art.* 135.1 y 5 CE, y por ser la retribución contenido esencial del derecho al trabajo *ex art.* 35 CE, en relación con el art. 53.1 CE, sino también por pertenecer al estatuto funcional ex art. 103.3 CE, tal y como especifican los arts. 14 d) y 21 EBEP.

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

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

C) Complemento autonómico de prestaciones económicas de la Seguridad Social: minoración.

El art. 31.5 EAR'99 confiere competencia a la CAR para regular la reducción, para todos los empleados del sector de la CAR, de los complementos retributivos que implementan las prestaciones económicas de Seguridad Social en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural (D.65/12).

Por tanto, la minoración de los complementos retributivos autonómicos (que implementan las prestaciones económicas de Seguridad Social en las citadas situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural) tiene cobertura legal en el RDL 20/12, del que trae causa la Ley 5/12, por más que ambos, así como el anterior RDL 8/10, puedan ser reputados inconstitucionales por infringir la reserva de Ley de Presupuestos y por incurrir en retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos (D.62/10, D.39/12 y D.65/12).

5. Industria: Régimen de las Estaciones de Inspección Técnica de Vehículos (ITV).

El Consejo Consultivo ha dedicado su relevante D.30/12 al análisis de un Anteproyecto de Decreto regulador de las Estaciones de ITV, lo que le ha permitido sentar una importante y clarificadora doctrina sobre la naturaleza y régimen jurídico de las mismas, que se extracta en los siguientes epígrafes.

A) Régimen jurídico de esta materia: concesiones y autorizaciones.

La regulación de esta materia ha sido tradicionalmente reglamentaria; antes era de competencia exclusivamente estatal; y, tras la creación de las CC.AA, junto a las normas estatales, existen normas regionales, en aspectos fundamentalmente organizativos y procedimentales, respecto de la función ejecutiva de la inspección técnica de vehículos.

En 2012, la normativa estatal está contenida en el R.D. 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, norma que deroga e integra otras disposiciones reglamentarias estatales anteriores (R.D. 833/2003, de 27 de junio, por el que se establecen los requisitos técnicos que deben cumplir las estaciones de ITV; y R.D. 1987/1985, de 24 de septiembre).

No obstante, la cobertura legal de esta materia se encuentra en: i) la Ley estatal 21/1992, de 16 de julio, de Industria, en los relativo al régimen sancionador administrativo; ii) el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, en cuanto se refiere a la «inspección de vehículos» (artículos 4.6; 59.3); iii) el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones (Capítulo II), al regular determinados aspectos del régimen jurídico de las ITV (con el objetivo principal de liberalizar esta actividad), norma de urgencia que legaliza parte de esta materia, al tiempo que deslegaliza ciertos aspectos de la misma.

Además, hay que tener en cuenta la evolución normativa en esta materia en la UE, el Estado y la CAR, pues concurren en ella normas europeas, estatales y autonómicas con una relevante jurisprudencia del TJUE, TC y TS, cuya distinta aparición temporal explica los cambios y transformaciones operadas en las formas y técnicas de intervención administrativa en este sector de la actividad económica, que afecta a la seguridad vial e industrial.

Por lo que se refiere a la CAR, en 2012 cuenta con cuatro estaciones de ITV: i) dos, fueron instrumentadas como **concesiones** administrativas (una, en La Rioja Alta; y otra, en La Rioja Baja), cuya prórroga fue denunciada oportunamente, produciéndose su extinción; si bien, para garantizar, en ambos casos, la continuidad del servicio, en tanto se clarificaba el marco legal, su actividad fue autorizada provisionalmente por la Orden 16/2010, de 14 de diciembre, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo; ii) las otras dos, están instrumentadas como **autorizaciones** administrativas de duración ilimitada, en tanto se reúnan los requisitos para su funcionamiento (son las dos ITV existentes en Logroño, que cubren también su entorno).

Esta dualidad de regímenes en la CAR se sustenta, además, en la zonificación o territorialización relativa del servicio, dirigida a garantizar su proximidad al usuario, sin que ello suponga, sin embargo, un monopolio territorial cerrado o privativo, pues los propietarios de los vehículos pueden pasar la ITV donde elijan libremente, incluso en otras CCAA (art. 9.1 RD 224/2008).

Por otro lado, la duplicidad de formas gestoras existente en la CAR es consecuencia de las opciones organizativas fijadas por el legislador básico estatal, ya que el RDL 7/2000, de 23 de junio, liberalizó la prestación de servicios de ITV y sustituyó el anterior sistema de *concesión administrativa* (previsto hasta ese momento por el art. 2.1 del RD 1987/1985), por el de *autorización administrativa* reglada, como instrumento jurídico que posibilita la prestación del servicio de ITV por los particulares.

El RDL 7/00 estableció, además, un régimen transitorio, permitiendo a las estaciones de ITV existentes a su entrada en vigor la continuidad del servicio (es obvio entender que hasta la finalización del plazo concesional que tuvieren fijado), sin necesidad de obtener autorización administrativa previa, aunque sin perjuicio de cumplir los requisitos técnicos establecidos en el RD 833/2003, de 27 de junio. Las normas privativas de la CAR, aprobadas con posterioridad a las normas estatales, no hicieron sino consagrar esta duplicidad del título habilitante para la prestación de la ITV, lo que explica la dualidad de regímenes existente en la CAR en 2012.

Con posterioridad a la implantación de ese nuevo marco normativo, la STC 332/05 declaró inconstitucional el art. 7.2 RDL 7/00, por vulnerar las competencias autonómicas en materia de industria, al imponer, con carácter de normativa básica, la autorización administrativa como único título habilitante para la gestión por los particulares y no permitir que las CCAA puedan atender en su regulación a factores de distribución territorial o de forma y condiciones de prestación del servicio de ITV. El TS, por su parte, declaró nulos determinados arts del RD 833/03 que desarrollaba el RDL 7/2000.

Para acomodar el marco normativo estatal en la materia a las correspondientes Sentencias anulatorias, el Estado aprobó el RD 224/2008, de 15 de febrero, sobre normas generales de instalación y funcionamiento de las estaciones de ITV, que reconoce las competencias normativas complementarias de las CCAA en dicha materia (art. 1.1), así como la ejecución material de las inspecciones de acuerdo con el modelo de gestión que libremente establezcan (art. 2.1); y reitera que «*dicha ejecución material podrá ser realizada por las CCAA **directamente** o a través de **sociedades de economía mixta**, o **por personas privadas** con su propio personal, en régimen de **concesión administrativa** o **autorización***».

Esta norma estatal, **en el orden interno**, respeta las competencias autonómicas; pues, caso de que las CCAA renuncien a la gestión directa y decidan gestionar indirectamente la actividad de ITV mediante empresas privadas, pueden optar por el modelo de concesión o de autorización administrativa, sin imponer —como hacía el RDL 7/00—, una única forma de gestión.

Ahora bien, la norma estatal y las opciones organizativas que establezcan las CCAA deben ser —**en el orden externo**— respetuosas con las exigencias derivadas del Derecho comunitario europeo; y, así, en el ámbito europeo, destaca la Directiva 96/96/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la ITV y de sus remolques, modificada en diversas ocasiones y refundida por la Directiva 2009/40/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009; que ha armonizado las reglas de la ITV para evitar distorsiones de la competencia entre los transportistas y garantizar que se realicen en los vehículos operaciones de reglaje y mantenimiento suficientes; pero no han establecido reglas armonizadas sobre el **acceso** a las actividades de ITV, de manera que los Estados miembros siguen siendo los competentes para establecerlas, en el marco de la neutralidad organizativa prevista en el art. 2 de la citada Directiva.

La Directiva 2009/40/CE permite, en consecuencia y con neutralidad organizativa, que los Estados utilicen, tanto la prestación directa, como la indirecta, así como la explotación por particulares, debidamente autorizados para ello y bajo supervisión estatal directa, siempre que las reglas de acceso a la actividad de ITV respeten las libertades fundamentales reconocidas en el TUE y, en particular, las exigencias que puedan derivarse, en el momento presente, de lo establecido en la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, la conocida como *Directiva de Servicios* (que no entrañen discriminación; que sean necesarias por una razón imperiosa de interés general; y que sean proporcionadas).

Así pues, hay que tener en cuenta también la incidencia en la materia de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios del mercado interior) que consagra la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, salvo que se trate de los sectores excluidos (los enumerados en , su art. 2.2 y en el art. 2.2 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, norma que ha incorporado la Directiva de Servicios al ordenamiento español).

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

por el TJUE, en orden al favorecimiento de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la UE.

La Directiva de Servicios ha supuesto, como es sabido, un giro extraordinario en la configuración de las técnicas tradicionales de intervención administrativa, de manera que la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios sólo puede excepcionalmente quedar sujeta a *autorización administrativa* cuando dicha medida no suponga discriminación, sea proporcionada, resulte necesaria por una razón imperiosa de interés general; y cuando, además, los procedimientos y trámites de la autorización respeten determinados principios (tener carácter reglado, ser claros, inequívocos, objetivos, imparciales, transparentes, y hechos públicos con antelación), de acuerdo con los arts. 9 y 10, de la Directiva, y 5.b) y 6, de la Ley 17/2009.

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

Tras dicha afirmación, el TJUE examina si el concreto régimen **de acceso** a la actividad de ITV establecido por la normativa portuguesa está justificado por razones imperiosas de *interés general* que justificasen su exclusión de la Directiva de servicios; y concluye que las disposiciones discutidas no son necesarias ni proporcionadas para la protección de la seguridad del tráfico, por lo que declara que Portugal ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 43 TCE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendan ejercer en Portugal la actividad de ITV.

Adviértase, para evitar equívocos, que lo que esta STJUE declara incompatible con la libertad de establecimiento no es la sujeción a autorización administrativa, sino la configuración injustificadamente **restrictiva** de la misma. Y es que, aunque la actividad de ITV realizada por los particulares no sea ejercicio de poder público (en el sentido estricto del art. 45 —actual art. 51— del Tratado), ello no significa que no sea de **interés general** a los efectos de justificar su excepción del régimen de liberalización de servicios de la Directiva de Servicios, como admite implícitamente el TJUE, al no

cuestionarse el contenido del art. 2 de la Directiva 96/96/CE (actual Directiva 2009/40/CE), y, en concreto, a efectos de justificar la sujeción de la actividad de ITV ejercida por particulares a **autorización previa** y el sometimiento de ésta al cumplimiento de requisitos razonables y proporcionados al ámbito de que se trate.

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

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

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

Debe señalarse que, a la vista de las circunstancias específicas de la CAR, el legislador autonómico tiene un legítimo margen de actuación (amparado por la propia normativa europea) para introducir modulaciones en los requisitos exigibles del régimen autorizatorio que, sin ser restrictivas, pueden resultar necesarias y proporcionadas a la mejor prestación del servicio, desde la exclusiva consideración de los derechos de los usuarios.

La normativa autonómica que opte por el modelo de gestión mediante autorización administrativa sujeta al cumplimiento de determinados requisitos técnicos, materiales, humanos y económicos, puede considerar entre ellos la ubicación propuesta para favorecer una distribución territorial adecuada de la ubicación de las estaciones ITV, puesto que la STC 332/20054, declaró inconstitucional la imposición de la autorización como única forma de gestión de otorgamiento reglado, en tanto en cuanto no permitía que las CCAA, pudieran «*tener en cuenta otros factores que consideren relevantes, tales como la distribución territorial de las instalaciones o la forma y condiciones de prestación del servicio, que no están directamente relacionados con la seguridad*» (F.J.12).

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

B) Régimen transitorio de las concesiones, en especial para la reversión de bienes adscritos.

La concesiones es la forma de gestión, a extinguir, utilizada en la CAR para las estaciones ITV de las Zonas I y III, por lo que el D.30/12 se ocupa del régimen transitorio aplicable a las mismas, especialmente en lo referente al problema patrimonial de la reversión de los bienes adscritos.

En efecto, la reversión de los bienes adscritos a la concesión del servicio al término del plazo concesional constituye un elemento esencial y característico de esta forma de gestión indirecta de los servicios públicos. El plazo concesional, según el pliego de cláusulas administrativas aplicable, era prorrogable, salvo denuncia de las partes, que fue ejercitada por la CAR en el momento oportuno; pues, en ese momento, ya contemplaba unificar, con arreglo a la técnica autorizatoria, el régimen jurídico de las estaciones ITV.

Sin embargo, en lugar de acudir al mecanismo de la extinción de la concesión y a la consiguiente reversión de los bienes adscritos al servicio, la Orden 16/2010, de 14 de diciembre, de la Consejería de Industria, Innovación y Empleo de la CAR, estableció un *régimen transitorio de autorización* para las ITV concesionarias de las Zonas I y III, otorgándoles una autorización provisional para continuar la prestación del servicio «*en tanto no se dicte el Decreto por el que se regule la ITV en la CAR*» (art. 1, *in fine*). Su art. 2 estableció el régimen transitorio de los bienes afectos a las concesiones administrativas referidas. En suma, se estableció que dichos bienes continuarían provisionalmente afectos a la prestación del servicio, «*sin perjuicio del derecho de reversión de la Administración*», a cuyo efecto las empresas concesionarias debían remitir a la finalización del plazo concesional, «*una relación detallada y valorada de los bienes que hubieran estado afectos a la concesión*».

Así, mientras siga la situación de provisionalidad, la continuidad del servicio reconocida determina la no reversión de los bienes y que éstos sigan afectos a la prestación del servicio, en beneficio de los titulares de la autorización provisional otorgada. Sin entrar ahora a determinar la naturaleza jurídica de los bienes revertendos (si son de dominio público, en cuanto adscritos a un servicio público concedido, o si son patrimoniales), para el D.30/12 es evidente que, en este período transitorio, salvo que se esté exigiendo el pago de algún canon adecuado, se está produciendo un uso privativo de bienes de titularidad pública sin contraprestación económica alguna, la cual resultaría exigible en aplicación de las previsiones de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la CAR, y de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

La situación de provisionalidad de la autorización otorgada (figura ciertamente contradictoria; pues, si se reúnen los requisitos, ha de otorgarse la autorización; y, si no se reúnen, ha de denegarse) evidencia la inadecuada opción seguida; pues bastaba, en aplicación del principio de continuidad del servicio público, prorrogar el plazo

concesional, manteniendo en todos sus términos los elementos de la concesión, incluido el canon concesional. Esa opción la impidió la Administración al haber optado por la denuncia de la concesión.

Concluye, pues, el D.30/12 que, si la autorización provisional se transforma en definitiva, debe procederse formalmente a la reversión de los bienes afectos al servicio, operación que debe hacerse en un plazo determinado, para evitar que esta situación de no reversión se mantenga indefinidamente y que, mientras no se produzca un acuerdo formal de la Administración para la enajenación de los bienes, los antiguos concesionarios mantengan el uso de los mismos. Por ello, en defensa de los intereses patrimoniales de la Administración, el Consejo entiende que esta situación debe clarificarse, sin perjuicio de reconocer a los antiguos concesionarios (titulares actuales de una autorización provisional que se convertirá en definitiva) un «*derecho de adquisición preferente*» de dichos bienes (al amparo de lo dispuesto en el art. 98 en relación con el art. 86 de la Ley 11/2005, si se considera que dichos bienes han perdido su condición demanial, o del art. 105.3.c) de la misma Ley, caso de considerarse de naturaleza patrimonial). Pero es evidente que debe procederse a la enajenación onerosa de los citados bienes, en el menor plazo posible desde su entrada en vigor, sin que ello quede supeditado a un acuerdo de enajenación; pues, caso de no adoptarse, estaríamos ante un enriquecimiento injusto de los titulares.

C) Autorizaciones operativas en esta materia.

El D.30/12 entiende que las autorizaciones de Estaciones de ITV son autorizaciones administrativas de las llamadas *operativas* o *de funcionamiento*, de manera que sus titulares han de cumplir los requisitos legales vigentes en cada momento (*cláusula de progreso*). Por ello, el régimen de incompatibilidades exigible puede ser el estatal (*ex* DT Única.3 RD 224/08, de 15 de febrero), pero el mismo es *básico* y tiene el carácter de *mínimo* exigible, por lo que puede ser *complementado* mediante lo que, al efecto, puedan disponer las CCAA a través de normas más rigurosas, como admite el art. 4 de la citada norma estatal y fue reconocido por la STC 332/2005, F.J.15.

D) Naturaleza de los actos de las estaciones de ITV y recursos contra ellos.

Para el crucial D.30/12, las discrepancias entre los usuarios y la estación ITV, que no se resuelvan mediante una fase previa de *reclamación* y *queja* ante la entidad privada titular de la ITV, son susceptibles de un *recurso* ante la Dirección General competente, que es *administrativo*, puesto que las funciones ejercidas por la entidad privada (tanto las de naturaleza estrictamente técnica, como la decisión de certificar o no la inspección técnica realizada), aunque son actividades que, a efectos del actual art. 51 TUE, carecen de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas del poder público (en los términos señalados por la STJUE de 22-10-09, caso ITV de Portugal), constituyen, en nuestro Derecho interno, *actos materialmente administrativos* provenientes de la actividad autorizada realizada por entidades privadas y están sujetos a supervisión directa de la Administración competente (las CCAA), que es la responsable última de la decisión certificante con relevancia jurídica externa.

E) Infracciones y sanciones en esta materia.

El régimen sancionador en esta materia encuentra su cobertura legal en el art. 7.3 del RDL 7/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, y en el Título V de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. No obstante, habida cuenta del carácter genérico de estas normas legales de cobertura, el D.30/12 estima recomendable la posibilidad de estudiar un régimen específico de infracciones y sanciones, el cual pudiera ser incluido en una disposición autonómica con rango de Ley, para evitar, tanto la inseguridad jurídica en esta materia, como la falta de tipificación de algunas infracciones específicas que sean merecedoras de la correspondiente sanción administrativa, asegurando al mismo tiempo la adecuación del régimen sancionador a la realidad de este sector en la CAR.

8. Trabajo: Prevención de riesgos laborales.

Ha señalado el Consejo en 2012 sobre esta dimensión de las relaciones laborales, que la prevención de riesgos laborales, con sus prestaciones derivadas, en cuanto deber del empleador, se configura *ex art. 14* de la Ley 31/95, como una obligación *de medios y no de resultados*, y, además, como una obligación *de contenido variable*, en cuanto que se modifica permanentemente en función de las nuevas circunstancias laborales y los nuevos sistemas de producción y protección colectiva o individual (D.51/12).

Esto sentado, el Consejo ha sostenido en el mismo D.51/12: i) que los Arquitectos tienen capacitación en materia de riesgos laborales; y ii) que, aunque en un accidente de trabajo, la Administración dueña de la obra carezca de responsabilidad patrimonial por mediar culpa exclusiva de la víctima, debe adoptar las medidas precisas *ex art 14.3 LPRL* para subsanar las deficiencias, dar la formación y salvaguardar la salud y seguridad en el trabajo adecuada a cada puesto de trabajo afectado.

9. Vivienda.

A) Calificación y descalificación de VPO.

La Ley 2/2007, de 1 de marzo, de Vivienda de la CAR, modificada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, permite la desclasificación voluntaria, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos determinados en su art. 48.6, que habilita al Gobierno para su desarrollo reglamentario (D.47/12).

Esto dicho, las *condiciones iuris* exigidas para poder descalificar, tales como cancelar el préstamo concedido y devolver las ayudas percibidas, deben ser de cumplimiento previo al otorgamiento de la descalificación de una VPO, por lo que, antes de dicho cumplimiento, la misma debe ser suspendida (es decir, suspendido temporalmente el plazo para otorgarla) o bien otorgarla sólo provisionalmente, de suerte que únicamente se levante la suspensión temporal del plazo para resolver o se eleve a definitiva la descalificación provisional otorgada una vez acreditado dicho cumplimiento previo, pues lo contrario podría dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración (D.47/12).

Ahora bien, el procedimiento de calificación y descalificación no es técnicamente de concesión, por lo que no deben emplearse expresiones como autorizar o conceder, sino las de otorgar u otras semejantes (D.47/12).

B) Libro del edificio.

La CAR tiene competencia para regularlo *ex art. 8.1.16 EAR'99*, junto con los títulos competenciales en materia de defensa de los consumidores y urbanismo, y ha ejercitado esta competencia, incluso en los aspectos sancionadores, aprobando la Ley 2/07, de Vivienda de la CAR, en desarrollo también del art. 7 y la DF 1ª de la Ley estatal 38/99, de Ordenación de la edificación, dictada *ex las competencias estatales del art. 149.1.6,8 y 30 CE. (D.60/12)*.

Esto señalado, la regulación autonómica de esta materia no afecta a las competencias estatales en materia civil, mercantil, de seguridad de la edificación y de regulación de las profesiones tituladas (D.60/12).

10. Servicios Sociales

A) Naturaleza de los mismos y su Cartera.

El D.24/12 ratifica la doctrina contenida en el D.22/11 y la aplica también a las prestaciones de inserción social. Comienza constatando que la Ley 7/09, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, configura, a los incluidos en la Cartera de los reconocidos por la Comunidad Autónoma de La Rioja, como un *derecho subjetivo* (arts 1.1, 1 y 8 j) universal (arts. 1,2, 8 a), 14 a) y 16.3), cuya titularidad corresponde, *ex art. 5.1. y 2*, a todos los ciudadanos de la UE, a los extranjeros legalmente residentes en La Rioja y a los residentes ilegales, aunque éstos sólo para los Servicios del primer nivel, los de protección a la infancia y la atención a mujeres víctimas de violencia de género.

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

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

Ahora bien, advierte el Consejo que los servicios sociales tienen una dimensión económica imprescindible, pues los legalmente implantados están limitados por las disponibilidades presupuestarias, sin las que se convierten en meras palabras vacías.

No obstante, el D. 22/11 reconoció que el carácter de derecho subjetivo de los servicios sociales (previstos y cuyas prestaciones estén suficientemente determinadas)

hace que los ciudadanos puedan reclamarlos judicialmente mediante el recurso por inactividad prestacional del art. 29.1 LJCA y mediante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por omisión o incumplimiento de los estándares predicables de los diferentes servicios.

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

B) Prestaciones residenciales.

Destaca el D.46/12 que las prestaciones residenciales para personas mayores no son prestaciones sanitarias, aunque impliquen la vigilancia y cuidado de la salud de los residentes; esto dicho, es aplicable a los servicios sociales residenciales la doctrina sobre responsabilidad patrimonial de los servicios sanitarios, en el sentido de que la aceptación contractual por la Administración de la prestación residencial, voluntariamente solicitada por el particular, constituye a dicha Administración en la obligación de prestarla en la medida que precise cada usuario, siendo, en su caso, aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios de la relación *de medios y no de resultados* y de la *lex artis ad hoc*, pero sin que quepa la posibilidad de exigir medidas terapéuticas propias de una atención sanitaria específica. Esto dicho, el D.46/12 advierte que el servicio social de residencia de ancianos tiene un carácter de prestación residencial no sanitaria, aunque incluya el cuidado o vigilancia de la salud de los residentes.

C) Prestaciones de inserción social.

El D.24/12 efectúa un análisis y exposición de la normativa autonómica riojana en la materia, en línea con la doctrina de los D.17/01 y D.98/09; y, sobre la rebaja de prestaciones en esta materia, pese al dictamen en contra del CES, recae un dictamen favorable del Consejo Consultivo, por no poder incidir el mismo en cuestiones de oportunidad.

VIII. CONCLUSIÓN.

En resumen, la calidad, más que la cantidad de los asuntos que han sido sometidos al Consejo Consultivo en 2012, muestra que se trata de una institución estatutaria consolidada, que presta su refuerzo consultivo a todos los sectores y ámbitos de la Administración consultante en la medida en que lo permite la normativa vigente.

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

Ha reforzado su ya sólida y completa doctrina en materia de responsabilidad administrativa tanto en garantía de los ciudadanos reclamantes como de la Administración pública, especialmente en el sector sanitario, aunque la elevación de la

cuantía gravaminis de las consultas preceptivas en esta materia disminuye notablemente la incidencia doctrinal del Consejo.

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

De la lectura de este resumen de la doctrina legal sentada por el Consejo Consultivo en 2012, pueden deducirse las correspondientes observaciones y sugerencias que el mismo formula para la mejora de los servicios administrativos.

=====