

CRÓNICA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2007)

Ignacio Granado Hijelmo

Letrado Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja

SUMARIO: I. NOVEDADES INSTITUCIONALES: 1. Normativa del Consejo Consultivo. 2. Renovación de Consejeros. 3. Datos estadísticos. 4. Relaciones institucionales. II. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO: 1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad: A) Posible inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Aragón; B) Posible inconstitucionalidad de la *Ley estatal 8/07, de Suelo*; C) Posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de Dependencia. **2. Doctrina consultiva sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales:** A) Trascendencia y régimen jurídico; B) Iniciación; C) Integración; D) Memorias; E) Tabla de derogaciones y vigencias; Borradores y Anteproyecto; F) Trámites de audiencia e información pública; G) informes y dictámenes preceptivos. **3. Doctrina sobre técnica normativa:** A) Preámbulo y Exposición de Motivos; B) Intitulación, sistemática, articulado, posiciones adicionales, derogatorias y Anexos. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales; C) Relaciones inter-normativas. **4. Doctrina en materia de contratación administrativa:** A) Interpretación; B) Modificación: Doctrina del D.14/07 sobre grandes modificaciones contractuales; C) Resolución. **5. Doctrina en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas:** A) Responsabilidad de la Administración general; B) Responsabilidad de la Administración viaria; C) Responsabilidad de la Administración cinegética; D) Responsabilidad de la Administración sanitaria. **6. Doctrina sobre materias concretas:** A) Arbitraje administrativo; B) Prejudicialidad civil; C) Revisión de oficio de actos administrativos, en especial, en materia vitivinícola; D) Derecho farmacéutico: autorizaciones de apertura de Farmacias; E) Transportes: compulsas documentales; F) Viviendas de Protección Oficial: Registros de adquirentes y recuperación por tanteo y retracto administrativos; G) Servicios Sociales: Exacción de deudas en Residencias de Personas Mayores. **7. Conclusión.**

Palabras clave: Consejo Consultivo; Comunidad Autónoma ; La Rioja; Derecho Autonómico; Constitución; Estatuto de Autonomía; Aragón; Ley de Suelo; Reglamentos; Técnica legislativa; Responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

I. NOVEDADES INSTITUCIONALES:

1. Normativa del Consejo Consultivo.

Si exceptuamos la anual aprobación de fondos presupuestarios ¹, el Consejo Consultivo de La Rioja ha continuado durante 2007 rigiéndose por la normativa de que dábamos cuenta en anteriores Crónicas ².

¹ Ley 10/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAR para 2007 (B.O.R. núm. 172, del 30, c.e. B.O.R. núm. 29, de 3 de marzo de 2007; y B.O.E. núm. 20, de 23 de enero de 2007), art 1. a) y D.A. 1ª.

2. Renovación de Consejeros.

La composición del Consejo Consultivo ha experimentado durante 2007 el cese por incompatibilidad de la Consejera D^a María del Bueyo Díaz Jalón, que fue sustituida por D^a Carmen Ortiz Lallana ³, hasta la reelección de ésta última ⁴, quedando el Consejo integrado de la siguiente forma: *Presidente y Consejero electivo*: D. Joaquín Espert Pérez-Caballero; *Consejeros electivos* D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras; D. José María Cid Monreal; y D^a Carmen Ortiz Lallana (en segundo mandato consultivo).

3. Datos estadísticos.

En 2007, el Consejo ha celebrado 25 sesiones, ha adoptado 9 Acuerdos; su Presidente ha firmado 329 Resoluciones; se ha aprobado la Memoria del año 2006 y se han emitido 134 Dictámenes (22 sobre disposiciones generales; 4 sobre revisión de oficio de actos administrativos; 9 sobre asuntos de régimen local; 3 sobre contratación administrativa; 10 sobre diversas materias; y el resto sobre responsabilidad administrativa en diversos ámbitos, de los cuales 39 en el ámbito sanitario, 6 en el docente, 7 en el viario, y 34 en el cinegético), lo que supone un incremento de 32

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

³ El 27 de diciembre de 2006, D^a María del Bueyo Díaz Jalón, en virtud del Decreto presidencial 22/2006, de 20 de diciembre (BOR núm. 168, del 21), cesó efectivamente como Consejera, por toma de posesión del cargo legalmente incompatible de Defensora del Pueblo de La Rioja. La *acreditación* del nombramiento y toma de posesión de la misma como Defensora del Pueblo de La Rioja se publicó en el BOR núm. 2, de 4 de enero de 2007 (c.e. B-O.R. núm 4, del 6). La *incompatibilidad* de los cargos de Consejero Consultivo de La Rioja y Defensor del Pueblo de La Rioja resulta de los arts. 7.1.d) y 3 de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja, y 30.1.d) y 3 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero. El cargo de Consejera estuvo así *vacante* hasta el 12 de febrero de 2007, fecha en la que tomó *posesión* su sustituta, D^a Carmen Ortiz Lallana, en virtud del Decreto presidencial 2/2007, de la misma fecha (BOR núm. 22, del 15), por el que se efectuó su nombramiento. La *sustitución* por el tiempo restante de mandato se establece en los arts. 3 de la misma Ley y 30.5 de su citado Reglamento.

⁴ El primer mandato consultivo de D^a Carmen Ortiz Lallana se extendió desde 12 de febrero de 2007 (fecha en la que tomó posesión como Consejera entrante por el tiempo de mandato consultivo que restaba a la saliente, D^a María del Bueyo Díaz Jalón) hasta el 3 de julio de 2007 (fecha en la que debía cesar la saliente); y, más concretamente, hasta el 20 de julio (fecha en la que, por Decreto presidencial 17/2007, del mismo día, la expresada Consejera entrante fue reelegida para dicho cargo).

dictámenes con respecto a 2006. Los artículos doctrinales archivados digitalmente en el Consejo ascienden ya a 10.680 y los libros de la biblioteca a 2.541 ⁵.

4. Relaciones institucionales.

El Consejo Consultivo de La Rioja ha mantenido durante el año de 2007 las habituales relaciones institucionales con el Consejo de Estado, los Altos Órganos Consultivos y los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas.

Destacan especialmente en este apartado los siguientes eventos: i) *Jornadas de Encuentro entre los Consejos Consultivos de Canarias y La Rioja*, celebradas en Logroño del 2 al 3 de febrero de 2007 ; ii) *X Jornadas* organizadas por el Consejo Consultivo de Galicia, sobre *Los Consejos Consultivos y el Nuevo Marco Estatutario*, celebradas en La Toja del 30 de mayo al 1 de junio de 2007, iii) Mesa redonda organizada por el Centro Riojano en Madrid el día 26 de abril, con motivo del 25 aniversario de la aprobación del Estatuto de Autonomía de La Rioja; y iv) *Jornadas de Estudio* organizadas por el Consejo Consultivo de Andalucía, sobre *La Ordenación del Territorio y el cumplimiento de la legalidad urbanística*, celebradas en Almuñecar (Granada) el 12 y 13 de julio de 2007

En las *XIII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, sobre *La Administración y los ordenamientos jurídicos público y privado*, organizadas por la Junta de Andalucía y celebradas en Sevilla los días 22 y 23 de noviembre de 2007, presentaron sendas ponencias el Consejero D. Pedro de Pablo Contreras y el Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo.

II. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO:

1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad.

Si en la Crónica de 2006 dábamos cuenta de una renovada intensidad de las consultas sobre asuntos constitucionales, debido a las formuladas sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/06) y las Leyes estatales 20/05, sobre el tabaquismo, y 6/06, de modificación de la legislación sobre Montes, en esta Crónica de 2007 debemos seguir dando cuenta de nuevas consultas en este importante capítulo, ya que el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/07) y de la Ley estatal 8/07, de Suelo. Todas estas consultas se enmarcan en el clima de desencuentro y falta de consenso político que caracterizó la pasada Legislatura, especialmente en lo que respecta a la construcción del Estado autonómico y a las cuestiones hídricas, urbanísticas y medio-ambientales.

⁵ Todos estos datos resultan de la *Memoria* del Consejo Consultivo de 2007 que se publica en el *Repertorio* anual de distribución institucional y en la precitada página web del Consejo en internet www.ccrioja.es.

A) Posible inconstitucionalidad del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Las dudas sobre la constitucionalidad de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón operada por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril (en lo sucesivo EAAR) se limitaban para el órgano consultante (Consejería de Turismo, Medio Ambiente y Política Territorial) a los preceptos estatutarios relativos a la política hidráulica, y, en concreto los arts. 19⁶ y 72⁷ y la D.A. 5ª⁸.

Al examen de esta cuestión dedicó el Consejo su extenso **D.61/07**, que tenía el carácter de preceptivo, a tenor del art. 11, d) Ley 3/01, en cuanto que previo a la interposición de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC).

La primera cuestión analizada por el Consejo ha sido la **legitimación activa** de la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR) para recurrir de inconstitucionalidad el Estatuto. En este punto, el Consejo se remite a la doctrina sentada al respecto en su D.

⁶ El **artículo 19** lleva por rúbrica "*Derechos en relación con el agua*", y establece, en su **apartado 1** que los aragoneses tienen derecho a disponer del abastecimiento de agua en condiciones de cantidad y calidad suficiente para atender sus necesidades presentes y futuras, tanto para el consumo humano como para el desarrollo de actividades sociales y económicas que permitan la vertebración y el reequilibrio territorial de Aragón. El **apartado 2** dispone que los poderes públicos aragoneses velarán por la conservación y mejora de los recursos hidrológicos, ríos, humedales, etc. mediante la promoción del uso racional del agua, la fijación de caudales ambientales apropiados y la adopción de sistemas de saneamiento y depuración de aguas adecuados. El **apartado 3** precisa que los poderes públicos aragoneses velarán para evitar transferencias de aguas de las cuencas hidrográficas de las que forma parte la Comunidad Autónoma, que afecten a intereses de sostenibilidad, atendiendo a los derechos de las generaciones presentes y futuras.

⁷ El **artículo 72**, por su parte, se rubrica '*Aguas*' y establece las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón en esta materia. La Comunidad Autónoma de Aragón se reserva ciertas competencias exclusivas sobre las aguas que discurren íntegramente por su territorio; en materia de aguas minerales y termales; así como de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma. Igualmente, la Comunidad de Aragón participará y colaborará en la planificación hidrológica en los órganos de gestión estatal de los recursos hídricos y de los aprovechamientos hidráulicos que pertenecen a cuencas hidrográficas intercomunitarias que afecten a Aragón. En este ámbito se atribuye también a la Comunidad, entre otros, la adopción de medidas adicionales de protección y saneamiento de los recursos hídricos y de los ecosistemas acuáticos. Por último, para la defensa de los derechos contemplados en el artículo 19, la Comunidad Autónoma debe emitir un informe preceptivo para cualquier propuesta de obra hidráulica o de transferencia de aguas que afecte a su territorio.

⁸ La **Disposición Adicional Quinta** versa también sobre materia relativa al agua, y tal y como aparece en el texto definitivo del nuevo Estatuto se advierte una severa rectificación que suaviza la contundencia de su formulación inicial en la propuesta de reforma del Estatuto. En su versión definitiva, la citada disposición establece que: '*la planificación hidrológica concretará las asignaciones, inversiones y reservas para el cumplimiento del principio de prioridad en el aprovechamiento de los recursos hídricos de la cuenca del Ebro y de los derechos y de los derechos recogidos en el artículo 19 de presente Estatuto, considerando que la resolución de las Cortes de Aragón de 30 de junio de 1992 establece una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 hm³*'. Antes se determinaba, sin más, que, para el cumplimiento del derecho previo y preferente al aprovechamiento de los recursos hídricos que discurren por el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, recogido en el artículo 19 del Estatuto, se considera necesaria una reserva de agua para uso exclusivo de los aragoneses de 6.550 Hm³. Esta D.A., en conexión con el art. 19, se interpretó como un intento de 'blindar' el caudal del Ebro a su paso por Aragón, y no obstante la corrección operada en la versión definitiva del Estatuto, no deja de plantear dudas sobre la adecuación al bloque de la constitucionalidad.

64/06 sobre posible inconstitucionalidad de algunos preceptos del la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ⁹

En un segundo momento, el D.61/07 analiza de forma pormenorizada los **antecedentes** y el **proceso de elaboración** de los preceptos objeto de examen de constitucionalidad, remontándose al *Plan Nacional de Obras Hidráulicas* de 1933, hasta llegar al *Plan Hidrológico Nacional* de 2001 (Ley 10/01, modificada por Ley 11/05), con especial hincapié en los preceptos similares de los nuevos Estatutos catalán y valenciano y en las principales decisiones que han servido como hitos para la gestión territorial del agua en España ¹⁰. Tales preceptos, lógicamente, han ocasionado una desusada e incómoda litigiosidad entre CC.AA, centrada en sendos recursos de inconstitucionalidad contra los respectivos Estatutos de Autonomía y en los correspondientes previos dictámenes de los Altos Órganos Consultivos ¹¹. Concluye este apartado del D.61/07 con una comparación evolutiva entre los textos que se fueron barajando durante el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía de Aragón para los preceptos cuya constitucionalidad se analiza.

En cuanto a los **preceptos del EAAr. considerados inconstitucionales** en el D.61/07, son los siguientes, y por las razones que brevemente se exponen:

-Art. 19.1 (derecho de los aragoneses al agua): por conexión con el art. 17.1 EAC Valenciana, impugnado por la CA Aragón; por no ser derecho exclusivamente de la CA Arag.; por la restricción al agua de “uso personal y domestico” que la ONU hace del derecho humano al agua; y a los “usos comunes” a que alude el art. 50 LAg.

-Art. 19.2 (fijación de caudales adecuados por los poderes públicos aragoneses): porque dicha fijación es competencia de los organismos de cuenca con participación interautonómica ex D. 72/05 y art. 72.2 EAAr.

⁹ Se admite dicha legitimación, ex arts. 162,1 a) CE y 32.2 LOTC, para impugnar leyes “*que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía*”, recogiendo la doctrina del TC (SS 84/82, 63 y 99/86, entre otras muchas) que interpreta ese inciso como extensivo a la depuración del ordenamiento jurídico, siempre que exista algún punto de conexión material entre la ley impugnada y el interés de la C.A. en la preservación de su propio ámbito de autonomía interpretado en sentido amplio. En este caso, la legitimación del Gobierno riojano es clara ya que la impugnación se centraría exclusivamente sobre preceptos relativos a la materia hídrica donde el principio constitucional de unidad de cuenca (STC 161/96) hace que la afectación a las competencias de la CAR, y por tanto, el interés procesal de ésta, que es fundamento de su legitimación activa ante el TC, sea evidente y directo, sin perjuicio de que, además, se vea reforzado por los títulos competenciales sectoriales de la CAR relativos a otras materias necesariamente conectadas con el agua.

¹⁰ Destaca entre éstas la propuesta de un *Pacto del Agua* con una *reserva* de 6.550 hm3 para aprovechamientos en Aragón. Esta *reserva* ha sido considerada una amenaza para los caudales ambientales del último tramo del Ebro, un obstáculo para nuevos trasvases y un condicionante de los aprovechamientos existentes en las CCAA situadas aguas arriba. En el Tajo se han producido movimientos semejantes. Todo ello ha incentivado la redacción de preceptos estatutarios defensivos con los que, empleando diversas técnicas jurídicas de garantía, diversas CC.AA. tratan de asegurar o proteger sus respectivos intereses hídricos sobre caudales excedentarios o sobrantes de las grandes cuencas intercomunitarias.

¹¹ Así, sobre la gestión de la cuenca del Ebro, cfr. Dictámenes de los Consejos Consultivos de La Rioja (D.72/05), Comunidad Valenciana (D. 376/05) y Castilla y León (D. de 21 de septiembre de 2005).

-Art. 19.3 (evitación de trasvases insostenibles por poderes públicos aragoneses): por conexión con el art. 17.1 EAC Valenciana (derecho a la redistribución de aguas sobrantes de cuencas excedentarias); y por exceder ambos de los límites estatutarios, al ser ello competencia estatal en el marco de la LPHN.

-Art. 72.1 (competencia aragonesa sobre cuencas internas): por inexistencia en Aragón de las mismas, salvo la endorreica de Gallocanta, ya que las demás: i) pertenecen a las cuencas interautonómicas del Ebro, Júcar, Duero o Tajo; o a cuencas internacionales, si vierten a Francia; y ii) son competencia estatal, incluidas las minerales y termales.

-Art. 72.2 (competencia aragonesa sobre cuencas interautonómicas que afecten a Aragón): por condicionar las competencias del Estado, aunque lo haga en la forma establecida por la legislación estatal vigente; y por sus posibles efectos extraterritoriales aguas arriba.

-Art. 72.3 (informe aragonés preceptivo en cualquier propuesta hidráulica que afecte a Aragón): por ser ello competencia estatal a través de la LPHN .

-DA 5ª (reserva vinculante de 6.550 hm3): por exceder de la función constitucional atribuida a los EEAA y ser contraria a la configuración del dominio público hidráulico y de las reservas de agua por la LAg. y la LPHN, en el marco de la CE.

Finalmente, otro aspecto considerado en el D.61/07 ha sido el de los **derechos estatutarios**, de los que el D.61/07 afirma que no son derechos fundamentales; deben conectarse necesariamente con competencias autonómicas; ser exigibles ante órganos autonómicos; y no pueden vulnerar la CE, especialmente los arts. 149.1.1, 138.2 y 139.1 CE.

B) Posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 8/07, de Suelo.

El también extenso Dictamen 64/07 analiza la posible inconstitucionalidad de la nueva Ley estatal 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

Tras invocar la **competencia** del Consejo para dictaminar preceptivamente las propuestas de interposición de recursos de inconstitucionalidad (art. 11 b) Ley 3/01), y reiterar la **legitimación activa** de la CAR para impugnar en dicha vía las leyes estatales que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía (*ex.* art. 32.2 LOTC, conforme ha sido interpretado por SSTC 84/82, 199/87, 56/90 o 28/91, entre otras), el Consejo recuerda que la competencia de la CAR en materia urbanística es exclusiva (*ex.* art. 8.1.16 EAR'99) y que el TC se pronunció sobre el alcance de esta competencia, asumida uniformemente por todas las CC.AA., en las cruciales SSTC 61/97 y 164/01, que diseñaron el muy reducido marco constitucional en el que puede moverse el Estado central en esta materia.

A la luz de esta doctrina del TC, analiza el Consejo Consultivo los **diversos títulos competenciales invocados por el Estado central** para dictar la Ley 8/07, de Suelo:

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

En segundo lugar, examina el Consejo el título competencial de Estado central para dictar las **bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica ex art. 149.1.13 CE**. Afirma el Consejo que este título es de interpretación restrictiva en materia urbanística (STC 164/01) y que no ampara la regulación estatal de las potestades públicas que las CC.AA. ejercen en materia urbanística (STC 61/97), respetando las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas (STC 164/01).

En tercer lugar, se analiza el título competencial del Estado central para dictar la **legislación básica sobre protección del medio ambiente ex art. 149.1.23 CE**, sosteniendo que sólo ampara regulaciones en materia de suelo no urbanizable de especial protección medio-ambiental (SSTC 61/97 y 124/01).

En cuanto a las llamadas “**competencias sólidas**” del art. 149.1. CE, núms 4 (*defensa*); 8 (*legislación civil*) y 18 (*expropiación forzosa y responsabilidad administrativa*), manifiesta el Consejo que la Ley 8/07 no especifica, precepto a precepto, cuáles están amparados en estos títulos, sino que se limita a citarlos genéricamente en su DF 1ª, contraviniendo así la doctrina de la STC 164/01 que reputó inconstitucional una DA semejante de la Ley 6/98.

Aplicando, pues, esta doctrina general, el D.64/07 considera **inconstitucionales los siguientes preceptos** de la Ley estatal 8/07, de Suelo:

-Art. 1, en cuanto considera como específico objeto de la Ley el establecimiento de bases económicas y medio-ambientales del régimen jurídico del suelo.

-Art. 2, en cuanto que, al definir las políticas de desarrollo sostenible en materia urbanística, incide en las que exclusivamente compete definir a las CC.AA.

-Art. 10, en cuanto que impone a las Administraciones competentes en materia urbanística determinados criterios de actuación, como reservas de suelo, y sujeción a ciertos principios.

-Art. 15.6, en cuanto que impone al legislador autonómico una obligación de delimitar los ámbitos de las competencias municipales urbanísticas por razones medio ambientales.

-Art. 33.1 y 2, en cuanto que predetermina la composición y destino de los patrimonios públicos de suelo, cuestiones que sólo compete a las CC.AA.

-DA 6ª, en cuanto que predetermina la calificación urbanística de terrenos forestales incendiados, cuestión que sólo compete a las CC.AA según se sostuvo en el D.33/06.

-DF 1ª, por conexión y coherencia, en cuanto que justifica la competencia estatal sobre los precitados preceptos considerados inconstitucionales.

-DT 1ª, también por conexión y coherencia, en cuanto que determina la aplicación temporal de la reserva de suelo para vivienda protegida del art. 10, que se ha reputado inconstitucional.

C) Posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de Dependencia.

El Consejo, en su D. 128/07, relativo a un proyecto de reglamento sobre la creación y regulación de prestaciones para cuidadores de personas mayores dependientes, examina, como cuestión preliminar, la posible inconstitucionalidad de la legislación estatal de la que trae causa la normación autonómica proyectada.

Comienza el Consejo recordando que los servicios sociales y la asistencia social son competencias exclusivas, ex art. 8.1.30 EAR'99 (DD. 28, 98, 128/07), si bien las SSTC 76 y 146/86 y 206/97 han deslindado la *Asistencia Social* (competencia exclusiva de las CCAA) de la *Seguridad Social* (competencia estatal en normativa básica y régimen económico, y de ejecución de servicios por las CCAA), aunque admitiendo el carácter evolutivo de ésta última. Por ello, la *Asistencia social* comprende las medidas públicas de protección de personas en situaciones de necesidad específicas no cubiertas por la Seguridad Social y mediante técnicas distintas a las propias de ésta (D.128/07).

Ahora bien, es sorprendente y peligroso -afirma el Consejo en el citado D. 128/07-, que el legislador estatal, en la Ley 39/06, de dependencia, haya empleado las *condiciones básicas* del art. 149.1.1 CE, para imponer una uniformidad nacional en esta materia ¹².

¹² El D.128/07 reitera al respecto los argumentos expuestos en el D.64/07 sobre la Ley de Suelo, en el sentido de que el art. 149.1.1 CE, 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

Así, 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 enteramente en su nivel mínimo y parcialmente en el nivel cooperativo (D: D.128/07). Por eso, la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de Asistencia social (D.128/07).

Lo que podría haber hecho el Estado es esgrimir su título competencial exclusivo en materia de *Seguridad Social* englobando en la misma el nuevo sistema de atención a la dependencia, al ser aquélla de carácter evolutivo según la STC 206/97, lo que hubiera permitido actuar a las CCAA en desarrollo normativo y ejecución (D.128/07).

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

Durante 2007, el Consejo Consultivo ha emitido 22 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto¹³. En los correspondientes Dictámenes, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuando perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales y sobre técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

A) Trascendencia y régimen jurídico.

En primer lugar, el Consejo ha continuado resaltando la **importancia** del cumplimiento de estos trámites, que, no sólo debe ser formal, sino con rigor ya que se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico y cuyo incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas (DD 11, 17, 21, 22, 23, 27, 28, 33, 35, 38, 44, 51, 52, 74, 79, 98, 100, 116, 127, 128 y 130/07).

cabe equiparar condiciones básicas a bases; iv) se mueve en la perspectiva de garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, por lo que su destinatario es el ciudadano ni no las CCAA; v) no puede operar como un título competencial horizontal del Estado susceptible de convertir en compartidas las competencias autonómicas exclusivas; y vi) tampoco como una ley de armonización.

¹³ Concretamente tales Proyectos se referían a las siguientes materias: i) agricultura (calidad agroalimentaria; agricultura ecológica: servicios y establecimientos biocidas); ii) educación (admisión de alumnos; enseñanza de música; y directores de centros no universitarios); iii) función pública (integración en la Escala de Inspectores de Comercio y Consumo); iv) sanidad (procedimiento de apertura de Farmacias; Área única de Salud; e integración de personal estatutario); v) servicios Sociales (adopción, acogimiento, tutela, protección, atención temprana e intervención administrativa en materia de menores; y prestaciones para cuidadores de personas dependientes); vi) trabajo (prevención de riesgos laborales); y vii) vivienda (registro de solicitantes de VPO; y tanteo y retracto de VPO).

En cuanto a **normativa aplicable**, el Consejo ha subrayado que este procedimiento se encuentra regulado no sólo en la Ley 3/95, sino también en la normativa reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja (DD. 38 y 127/07). Ahora bien, los procedimientos iniciados antes del 7 de septiembre de 2005 se rigen por los arts 67 y 68 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo (completada con la aplicación supletoria del art. 24 de la Ley estatal 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno); y los posteriores, por los arts 33 á 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio (DD. 22, 23, 27, 28, 33, 35, 38, 44, 52, 98, 99, 100, 116, 127 y 128/07).

B) Iniciación.

Respecto a la **Resolución de inicio**, el Consejo exige su **constancia** (D.17/07); y, sobre la **competencia** para dictarla, reitera su anterior doctrina de unificación de criterios ¹⁴. En cuanto al **contenido**, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que en su caso deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el bloque de la constitucionalidad de la competencia ejercida por la CAR (DD. 21, 23, 27, 38, 51, 74, 79, 98, 100, 127 y 130/07). También se ha pronunciado el Consejo sobre la **extemporaneidad** de esta Resolución, declarando que: i) no puede fecharse antes de la aprobación de la Ley desarrollada por la disposición que se inici (DD.28, 33, 35 y 44/07); y ii) no puede ser simultánea a la iniciación del procedimiento de elaboración de la Ley que será desarrollada por la disposición que se inicia (DD.28, 33, 35 y 44/07).

C) Integración.

Por otra parte, el Consejo ha insistido en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro, habiendo declarado sobre la **integración del expediente**: i) su necesidad, por razones de seguridad jurídica, para mostrar de forma ordenada, clara, completa, numerada, paginada y cronológica (comenzando por el primero y no en orden inverso), los documentos que lo integran (DD. 38, 127/07); ii) la ordenación y datación de los documentos en el índice o relación inicial, la cual tiene que corresponder a las fechas de los mismos en el expediente (D.38/07); y iii) la observancia, a efectos de integración del expediente, del art. 40 Ley 4/2005 (DD. 11, 17, 21, 22, 23, 51, 79, 98, 100, 127 y 128/07).

D) Memorias.

Sobre el trámite de elaboración de una **Memoria justificativa**, el Consejo ha reiterado (DD. 28, 33, 35 y 44/07) que deben incluirse dos, una **inicial** (justificativa del

¹⁴ Dicha doctrina consiste en que compete dictarla: i) en los Proyectos tramitados bajo la Ley 3/95, al Consejero competente por razón de la materia, salvo que expresamente se atribuya a otro órgano (DD. 28, 33, 35, 38, 44, 52/07); y ii) tras el art. 33.1 Ley 4/05, al órgano competente por razón de la materia, de suerte que, una vez determinada la Consejería genéricamente competente, corresponde a su Consejero titular dictar esta Resolución de inicio, determinando en ella a qué órgano se asigna la tramitación, debiendo entender que lo será el Secretario General Técnico, salvo que se asigne a una Dirección General o a otro órgano, lo cual puede hacerse *ad casum* o mediante una disposición general reglamentaria; sin perjuicio de que el Consejero pueda avocar para sí esta competencia mediante acuerdo expreso ex art. 14 LPAC; y todo ello sin perjuicio, en su caso, de los efectos convalidantes de la precitada disposición general o de la eventual aprobación final por el Consejo de Gobierno (DD. 17 -ampliamente-, 21, 22, 23, 27, 51, 79, 99, 100, 116, 127 y 130/07).

proyecto), y otra *final* (evaluada del *iter* procedimental y sustantivo seguido en la tramitación). Además, debe existir una Memoria *económica*.

-La **Memoria inicial** debe : i) justificar la necesidad de la nueva norma, su objeto y su adecuación al mismo (DD.23, 27 y 98/07); ii) valorar los efectos previsibles de la aplicación de la norma (DD.23, 27/07); iii) justificar la cobertura legal del reglamento proyectado, con cita de los preceptos legales habilitantes (D.23/07); iv) enumerar los trámites que se considera necesario cumplimentar (D. 23/07); v) ajustarse al contenido y estructura formal del art. 34.2 Ley 4/05 (DD.23 y 74/07); vi) justificar el marco normativo en el que se inserta el Proyecto y la incidencia que éste va a tener en el mismo, especialmente cuando es complejo y comprende normas comunitario europeas, estatales y autonómicas, con referencia, en su caso, a las modificaciones acaecidas (DD. 23 y 27/07); vii) justificar la incidencia de la norma cuando ésta se incluya en un marco organizativo complejo preexistente, indicando la integración o derogaciones que procedan (D.23/07); y viii) servir como instrumento cualificado de interpretación de la norma proyectada: (D.23/07). Por todo ello: i) no es admisible como tal un documento que carece de contenido (D.23/07); y ii) no es conforme con la Ley que esta Memoria se redacte tras el trámite de audiencia corporativa y varios meses después de redactarse el primer borrador (D.51 y 79/07).

-En cuanto a la **Memoria final**, cuya regulación se contiene en el art. 40 Ley 4/05 (DD.38, 51, 74 y 130/07): i) debe justificar los cambios introducidos en el borrador inicial (D. 27/07); ii) debe referirse a todo el *iter* procedimental; iii) dar cuenta sucinta de los antecedentes, trámites practicados y su resultado, así como de las modificaciones introducidas a consecuencia de las alegaciones e informes recaídos, con exposición motivada de las que hayan sido rechazadas; iv) aludir a la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del Anteproyecto (DD.22, 23, 27, 38 y 44/07); y v) no debe ser sustituida por diversos informes parciales (D.51/07).

-Finalmente, la **Memoria económica** -que debe ser concretada y cuantificada (D.23/07)-, no es precisa si no se genera coste, pero esto hay que indicarlo y motivarlo debidamente. En los demás casos, es necesaria como medida de previsión, programación, planificación y racionalización de actividad administrativa (DD. 21, 22, 38, 44 y 130/07). Concretamente, dicha Memoria es necesaria: i) si de la norma se derivan derechos y obligaciones de carácter económico, aunque no un mayor coste para la Administración pues esta Memoria o estudio no está necesariamente ligada a un mayor coste y procede aunque produzca un ahorro para la Administración (D.128/07); ii) si se trata de crear nuevos servicios, órganos o registros administrativos (DD.17, 22, 23, 27, 28, 33, 35 y 98/07); iii) si se prevén subvenciones (D.23/07) o auditorías -técnicas, económicas, financieras o de gestión- al sector regulado (DD.23 y 27/07); iv) si la norma de cobertura establece un estudio de coste y financiación (D.27/07); v) si la norma de estatutorización proyectada va a tener eficacia por más de un ejercicio presupuestario y permite superar una anterior que, al establecer el respeto como mínimos de los salarios establecidos, es de Derecho laboral necesario (D.74/07); y vi) si el cumplimiento de la norma proyectada requiere convocar procesos selectivos en los que han de emplearse medios materiales y personales (D.74/07).

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

A este respecto, el Consejo declara que: i) es precisa cuando existan disposiciones concretas que han de derogarse (D.11/07); ii) no debe emplearse la fórmula derogatoria genérica de cuantas se opongan a lo establecido: (D.11/07); y iii) debe aludir a la vigencia de disposiciones anteriores sobre la materia reglamentada que no se derogan (D.28/07).

Se ha ocupado también el Consejo Consultivo de los **Borradores** y del **Anteproyecto**, declarando que: i) el *borrador inicial* ha de ajustarse al contenido señalado en el art. 34 Ley 4/05 (DD. 11, 21, 38, 51, 79, 100, 127, 128 y 130/07); debe estar fechado (D.23/07) y ha de ser incluido en el expediente (D.38/07), aunque su falta no es vicio invalidante de la norma (D.11/07); y ii) el *Anteproyecto* ha de ajustarse al contenido señalado en el art. 35 Ley 4/05 (DD. 21, 38, 51, 79, 98, 100, 127, 128 y

130/07), su formación debe ser cumplimentada en el plano material y no solo en el formal (DD.22, 23 y 27/07), y debe distinguirse de los borradores (D.38/07).

F) Trámites de audiencia e información pública.

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado su anterior doctrina en el sentido de que: i) el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública (DD. 21, 28, 33, 35, 44, 51,79, 100, 127, 128 y 130/07) como aclaran los arts 36 y 37 Ley 4/05 (DD. 21, 38, 51,79, 100, 127, 128 y 130/07); ii) el *trámite de información pública* es conveniente cuando se sometió a la misma la disposición modificada por la que se proyecta (D.11/07); y iii) el *trámite de audiencia corporativa* debe darse a las entidades que van a formar parte de un órgano de participación social (D.22/07), pero no puede cumplirse dando traslado, no al órgano sectorial representativo, sino a sus miembros individualmente(D.128/07); sin embargo, puede cumplirse consultando a órganos representativos sectoriales (D 28/07) ¹⁵. Ahora bien, en todo caso: i) la audiencia debe darse en el momento procedimental adecuado para que las alegaciones que se formulen puedan ser examinadas por los órganos de asesoramiento preceptivo (DD.21 y 23/07); y ii) si se ha prescindido de una audiencia preceptiva, debe subsanarse este defecto antes de concluir el procedimiento (D.22/07).

G) Informes y dictámenes preceptivos.

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (DD.21, 27, 38, 51, 74, 79, 98, 100, 127, 128 y 130/07), advirtiendo que: i) debe incluirse una relación de los que se consideren necesarios ex art. 35.2 Ley 4/05 (DD.21, 27 y 38/07); y ii) han de incluirse en el expediente ex art. 39 Ley 4/05 (DD.22 y 23/07). En este apartado, el Consejo se ha preocupado especialmente: i) del Informe del *Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE)* ¹⁶; ii) del Informe de la *Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)* ¹⁷; iii) del *Dictamen del Consejo Escolar de La Rioja (CER)* ¹⁸; iv) del

¹⁵ Como el *Consejo de Bienestar Social* (DD.11, 38 y 128/07), el *Consejo Escolar de La Rioja* (DD.33, 44 y 98/07), el *Consejo de Servicios Sociales* o sus Consejos Sectoriales (DD.17, 74, 99 y 130/07), la *Mesa General de Negociación* y el *Comité de Empresa* de la CAR, si bien el D.99/07 distingue entre estos órganos “*de consulta y negociación*” y los “*de consulta y participación*”, como el *Comité de Seguridad y Salud*, precisando que el trámite de audiencia se entiende efectuado al consultar a los primeros.

¹⁶ Sobre el *informe del SOCE*, el Consejo ha declarado: i) que es preceptivo, ex Decretos. 58/97 (hasta 15-11-07) y 125/07 (desde 15-11-07), para la creación o modificación de órganos o procedimientos (DD. 11, 17, 21, 22, 23, 27, 28,33, 35, 38, 44, 51, 52, 74, 79, 98, 127, 128 y 130/07); ii) que no es preceptivo cuando la norma proyectada no supone la creación, modificación o extinción de ningún órgano o procedimiento administrativos (D 127/07) o cuando modifica otra anterior que fue informada por el SOCE y la nueva no la modifica sustancialmente y además incorpora las sugerencias hechas por el SOCE en la anterior (D.11/07). En todo caso, su petición no puede ser simultánea sino anterior a la del informe de la Asesoría Jurídica (D.22/07).

¹⁷ Del *informe de Asesoría Jurídica*, el Consejo ha declarado que es preceptivo y último (DD.17, 21, 22, 23, 27, 28,33, 35, 44, 52 y 74/07), lo que significa que: i) debe ser posterior al trámite de audiencia (D.22/07); ii) su petición no debe ser simultánea a la petición de informe del SOCE (DD.22, 23 y 27/07); y iii) debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá a dictamen del Consejo Consultivo, en su caso, el cual es externo y siempre es posterior al de la Asesoría Jurídica (DD.22, 23, 27 y 98/07).

dictamen del Consejo Económico y Social de la Rioja (CES) ¹⁹; y v) por supuesto, del propio *dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja (CCR)* ²⁰.

3. Doctrina sobre técnica normativa:

En 2007 ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

A) Preámbulo y Exposición de Motivos.

El Consejo, en DD.17 y 27/07. considera que no se debe prescindir del mismo en las disposiciones reglamentarias; debe justificar las opciones, especialmente las organizativas y discrecionales, elegidas en el Reglamento; ha de indicar los títulos competenciales que amparan la norma que se dicta; y, en su caso, los preceptos y derechos constitucionales desarrollados; así como la normativa internacional y comunitario-europea ejecutada, desarrollada o traspuesta y la jurisprudencia comunitaria interpretativa, si la hubiere.

Por supuesto, debe indicar el contenido de la norma (D.23/07), la cobertura legal del reglamento (D.27/07) y el título competencial en que se ampara, sin confundir títulos competenciales y normas de cobertura (D.35/07); indicaciones todas ellas que no deben ser incluidas en el Capítulo de “disposiciones generales” del articulado (D.35/07).

¹⁸ Respecto del *informe del CER*, el Consejo ha declarado que: i) suple el trámite de audiencia corporativa, por su composición participativa de los distintos sectores de la educación (D.11/07); y ii) que debe recaer sobre el mismo proyecto de que se trate y no sobre uno parecido o anterior (D.11/07).

¹⁹ Ha reiterado el Consejo que el *dictamen del CES* es preceptivo, pero no vinculante, en materias económicas y sociales (DD. 11, 17 y 79/07) y que pertenecen a dicha categoría la regulación del tanteo y retracto de VPO (D.79/07) y la normativa de prevención de riesgos laborales (D. 17/07).

²⁰ Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el Consejo, tras recordar que es un órgano consultivo *externo*, con autonomía orgánica y funcional respecto a la Administración, no un órgano técnico o una asesoría interna (D.99/07); ha declarado que su dictamen es *preceptivo* en disposiciones generales, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (DD. 11, 17, 21, 22, 23, 27, 28, 33, 35, 38, 44, 51, 52, 74, 79, 98, 99, 100, 116, 127, 128 y 130/07), por lo que su omisión determina la *nulidad de pleno derecho* de la disposición afectada, según STJR de 19-2-1999 (D.52/07). Estos dictámenes comprenden, en cuanto a su *contenido*, los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (DD. 11, 17, 22, 23, 27, 28, 33, 35, 38, 44, 52, 74, 98, 116 y 127/07); así como el examen de su ajuste al bloque de la constitucionalidad (D. 11/07). Sin embargo, no comprenden cuestiones de *oportunidad*, si no han sido solicitadas (DD. 11, 21, 51, 79 y 100/07). En materia de *técnica legislativa*, el Consejo se impone una prudente *auto-restricción* cuando los proyectos sean ajustados a Derecho, pero técnicamente mejorables (D.51/07). Finalmente, se advierte que la expresión “*conforme con el Consejo Consultivo*” - que, en su caso, ha de ponerse en la fórmula promulgatoria de la disposición consultada- no significa que el Consejo no haya puesto objeción alguna al texto propuesto, sino que, aun habiéndolas efectuado, las objeciones formuladas se han subsanado (D.99/07); por eso, los borradores no deben contener la expresión *conforme con el Consejo Consultivo* cuando ni siquiera ha sido solicitado su dictamen y no puede conocerse cuál va ser su sentido (DD.22, 23, 98/07). Ahora bien, no es necesario volver a recabar el Dictamen del Consejo Consultivo cuando en el Proyecto de disposición se han tenido en cuenta las observaciones efectuadas por el mismo en un Dictamen anterior, salvo que el órgano consultante lo estime oportuno por la relevancia de las mismas en algún caso concreto (D.99/07).

Finalmente, cuando una Ley estatal invada competencias autonómicas tratando de convertir en compartidas las que son exclusivas, la CA debe ser coherente con sus propias competencias en la normativa que adopte, señalando en su Preámbulo que legisla en virtud de las mismas, y, en su caso, en desarrollo reglamentario de sus propias leyes, y no en desarrollo de la normativa estatal (D.128/07).

B) Intitulación, sistemática, articulado, disposiciones adicionales, derogatorias y Anexos. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales.

El *título* de las disposiciones generales debe ser breve y corresponder a contenido de la disposición (DD.11 y 17/07).

El *contenido* de la norma ha de obedecer a una ordenada sistemática. A este respecto, el Consejo ha declarado que, en procedimientos complejos, es decir, que constan de diversas fases o que presentan especialidades, se debe intentar la mejor visualización posible del procedimiento único, aislando los tramites comunes y regulando de forma separada los de las distintas fases o especialidades (D.28/07).

En cuanto al *articulado*, deben *numerarse* los apartados de los preceptos, tanto en el articulado, disposiciones adicionales, transitorias y finales, como en los Anexos, por motivos de seguridad jurídica y para facilitar su cita (D. 98/07). También deben evitarse las enumeraciones con puntos o guiones (D.98/07).

Sobre *disposiciones adicionales y derogatorias*, el Consejo ha efectuado algunas declaraciones, como las siguientes: i) que la fijación del número de plazas de plantilla no debe figurar en el articulado, sino en las DD.AA. (D.130/07); ii) que, cuando existan disposiciones concretas que han de derogarse, no debe emplearse la formula derogatoria genérica de cuantas se opongan a lo establecido (D.11/07); y iii) que, cuando la derogación afecte a la norma reguladora de un órgano, debe precisarse si afecta o no a la que lo crea (D.17/07).

Respecto al contenido habitual de los *Anexos* de las disposiciones generales, el Consejo ha recordado que los impresos deben mantener identidad gráfica corporativa uniforme (D.127/07).

Ha insistido también el Consejo en el empleo correcto de la *terminología jurídica* adecuada al caso ²¹ y en la depuración lingüística haciendo diversas *precisiones léxicas y gramaticales* ²².

²¹ Así, ha advertido, entre otras cosas, que: i) la denominación dada a un órgano debe ser precisamente la que le confiera la disposición que lo regula (D.28/07); ii) no deben emplearse innecesariamente conceptos jurídicos indeterminados cuando la seguridad jurídica permita precisarlos, pe. “*el tiempo necesario*” para evacuar una consulta, en vez de fijar un plazo (D.17/07); iii) no debe emplearse la expresión *reciente* para referirse a una disposición, pues el paso del tiempo la priva de sentido (D.33/07); iv) la expresión “*expediente*” (según el art. 164.1 ROF, el conjunto de documentos y actuaciones que sirven de antecedente a la resolución administrativa) no debe emplearse como sinónimo de *procedimiento* (cauce formal de los actos en que se concreta la actuación administrativa para el logro de un fin), pues el expediente es la materialización del procedimiento. Mucho menos puede ser sinónimo de solicitud (D 28/07); v) la expresión *revocación* debe reservarse para la de actos de gravamen, ya que para los favorables debe emplearse el término *revisión* (D.28/07); vi) la expresión “mala fe” debe reservarse, en su caso, para conductas de personas físicas (D.23/07); vii) debe unificarse la terminología

C) Relaciones inter-normativas.

Sobre este importante aspecto, el Consejo ha sentado doctrina en 2007 sobre los siguientes aspectos:

-Reproducción de preceptos: Es innecesaria la reproducción de preceptos estatales parcialmente básicos por la normativa autonómica de desarrollo (D.17/07). En todo caso, la seguridad jurídica requiere que la técnica empleada sea homogénea, pues no es admisible recurrir ,en unos preceptos, a la repetición y, en otros ,a la remisión, la integración o la refundición (D.17/07).

-Remisiones: Las remisiones normativas deben ser precisas ,y la disposición remitente debe tener en cuenta, en su caso, la renumeración del articulado de la disposición remitida (D.17/07).

-Indicaciones informativas Deben evitarse en disposiciones reglamentarias indicaciones como direcciones postales, páginas web, etc, ya que su cambio obligaría a modificar el reglamento (DD.23, 27, 98, 127/07).

-Relaciones inter-orgánicas: Cuando se cree un órgano nuevo, debe estudiarse el posible solapamiento o coincidencia competencial con órganos anteriores que se mantienen (D.98/07).

4. Doctrina en materia de contratación administrativa:

La intervención del Consejo Consultivo es preceptiva en los casos de modificaciones contractuales que, según el art. 59.3 LCAP, aislada o conjuntamente, sean iguales o superiores al 20% del precio inicial del contrato y éste fuere igual o superior a mil millones de pts. (D. 14/07); así como en supuestos de interpretación o resolución de contratos en que medie oposición del contratista (DD 59 y 122/07).

A) Interpretación.

En materia de interpretación de contratos con oposición del contratiosta, el Consejo sólo ha examinado un caso (D.88/07) en el que ha declarado que procede la

empleada en el proyecto cuando se refiera al mismo concepto (D.17/07); y viii) cuando haya diversos órganos con parecidas denominaciones o funciones ,debe aclararse la coordinación entre ellos (D.17/07).

²² El Consejo ha advertido que: i) debe eliminarse en disposiciones generales la expresión alternativa de género *los/las* y *os/as* , ya que el masculino comprende ambas (D.4/07) y son impropias de un texto legal (D.33/07); ii) también la expresión *y/o*, por prestarse a confusiones e imprecisiones (D.98/07); iii) igualmente, deben evitarse las repeticiones en un mismo precepto (D.33/07); y iv).deben emplearse adecuadamente los pronombres *éste* y *aquél* para referirse a uno u otro en un precepto, sin inducir a confusiones (D.33/07). Por supuesto, los errores mecanográficos deben corregirse antes de la publicación oficial de la disposición (D.38/07).

interpretación ejecutiva (y recurrible) del Pliego cuando no se han definido exactamente las características de un lote (en el caso, un aparato escolar de rayos X, sin especificar que debía ser simulado y no real).

B) Modificación: Doctrina del D.14/07 sobre grandes modificaciones contractuales.

La competencia consultiva en las grandes modificaciones de contratos administrativos ha propiciado en 2007 un Dictamen didáctico, de gran trascendencia doctrinal e importancia económica, el D. 14/07 (sobre el modificado núm. 3 de las obras para la construcción del Complejo Tecnológico de La Rioja). En este Dictamen, el Consejo se enfrentaba a un modificado de gran embergadura ya que, junto con los dos anteriores, suponía un exceso del 40% sobre el presupuesto originario. Por ello, el Consejo, para unificar criterios, explica con todo detalle el régimen de las modificaciones contractuales solventando múltiples dudas interpretativas a que se presta la normativa reguladora de las mismas.

Comienza el Consejo aclarando la *naturaleza* de las modificaciones al recordar la excepcionalidad del ejercicio del *ius variandi* de la Administración (*ex arts. 59, 101 y 146 LCAP*) frente al criterio general de inalterabilidad (*ne varietur*), debido al menoscabo que implica del principio de concurrencia competitiva. Por eso, recuerda el Consejo que estos expedientes no pueden ser un mero trámite rituario para formalizar obras ya hechas o que se tiene una firme voluntad de hacer, ya que se trata de una potestad reglada, no discrecional y que suponen una novación objetiva y no extintiva del contrato, sin variar sus elementos subjetivos..

Es importante, señala el D.14/07, la *distinción entre las modificaciones y otras figuras afines*. En efecto, las modificaciones deben distinguirse: i) de las *obras complementarias* adjudicables al mismo contratista dentro de los límites del art. 141 LCAP, excedidos los cuales, han de contratarse independientemente²³; ii) de las *correcciones de errores materiales* del proyecto que facultan para la resolución, si exceden del 20% , *ex art. 149 d) LCAP*; iii) de la *suspensión temporal de obras*, que causa responsabilidad administrativa, *ex art. 102.2 LCAP*, o la resolución del contrato, *ex art. 149,b) LCAP*; y iv) los *excesos de ejecución de unidades de obra* inferiores al 10 % , del art. 160 RGC.

²³ Para distinguir las *modificaciones* contractuales de las *obras complementarias*, el Consejo apunta que. la *modificación* se refiere a unidades de obras *previstas* en el contrato original (que *ex art. 146.1 LCAP*, se aumentan, disminuyen, sustituyen o suprimen) o *imprevistas* (cuyo precio se calcula por las similares previstas o, en otro caso, por el procedimiento de precios contradictorios del art. 146.2 LCAP), de suerte que la no aceptación por el contratista de estos precios, faculta a la Administración para ejecutarlas directamente o contratarlas con otro por el procedimiento negociado sin publicidad, si no exceden del 20% del primitivo, *ex arts. 141, d) y 146.2 LACP*; mientras que las *obras accesorias o complementarias* son las *imprevistas* que, si reúnen los requisitos del art. 141 LCAP [i) ser inseparables del contrato primitivo o *necesarias* para su ejecución; ii) cuyo 50% de presupuesto sean unidades del contrato principal; y iii) que no superen el 20 % del precio del contrato primitivo] son adjudicables al mismo contratista y, si no, han de ser contratadas independientemente. Ahora bien, la distinción entre modificaciones y obras complementarias no siempre es fácil y el Consejo de Estado ha empleado para ello el criterio de la inclusión o no de las unidades de obra en el cuadro de precios del correspondiente proyecto. También caben casos *mixtos*, de modificaciones y, además, obras complementarias (D.14/07).

Otra incidencia contractual, distinta, aunque relacionada con la modificación, es la *suspensión de las obras*. Procede la suspensión obligatoria de las obras ex art. 146.4 LCAP cuando las modificaciones superen en 20% el precio del contrato primitivo, aunque que se justifique un grave perjuicio para el interés público.

En cuanto al *régimen jurídico*, sin perjuicio de que el Pliego de condiciones opere siempre como *lex contractus*, se contiene, para el contrato de obras, en los arts. 59, 101 y 146 LCAP y 102 RGC. El D.14/07 analiza con todo detalle estos y otros preceptos concordantes para fijar con claridad los *límites y requisitos* exigibles para la admisibilidad de las grandes modificaciones contractuales, concluyendo, para unificación de doctrina en tan importante materia, que:

-Pese a ser una idea bastante extendida la de que no pueden hacerse modificaciones que excedan del 20 % del presupuesto inicial, lo cierto es que , de los arts. 146.1, 149, e) y 112.2 LCAP, se deduce que, salvo para lo dispuesto en materia de suspensión de obras en el art. 146.4 LCAP, no existe un *límite cuantitativo* cuando la modificación sea exigida por razones de interés público. En efecto, la cuantía sólo afecta al *procedimiento* a seguir (límite formal) y a la *posibilidad* conferida: i) al contratista, para separarse del contrato; y ii) a la Administración, para resolverlo y proceder a una nueva contratación del modificado.

- La potestad de modificación debe ejercitarse de forma no arbitraria, sino objetiva y reglada, debiendo concurrir los siguientes requisitos: i) previo *expediente contradictorio* en que se de audiencia al contratista; ii) *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) *adecuación y proporcionalidad de la solución* adoptada, que no puede implicar alteración del objeto del contrato sino solo aspectos parciales del mismo; iv) *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) *justificación de la improcedencia de 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.].

Completando la doctrina sentada en los DD. 5 y 86/06, detalla y desgrana también el D. 14/07 los distintos trámites del **procedimiento**, distinguiendo el *ordinario* (art. 146.3 LCAP, con sus trámites de iniciación, audiencia al contratista, informes jurídico y económico, fase de autorización del gasto; dictamen del Consejo Consultivo, terminación y reajuste de la garantía); y el *especial o anticipado* (art. 146.4 LCAP, con sus fases según ha señalado la JCCA).

C) Resolución.

En 2007, el Consejo Consultivo sólo ha dictaminado supuestos de resolución por *incumplimiento imputable al contratista*, entendiendo que concurre en un caso de implantación tardía de sistema informático (D.59/07); y no concurre en otro de impago parcial por duda razonable de interpretación del contrato, cuyo pago que puede exigirse por vía de apremio (D. 122/07).

En todo caso, se exigen como *requisitos*: i) la trascendencia del incumplimiento (DD.59 y 122/07); ii) la ponderación de la importancia de los plazos prefijados (D.59/07); y iii) la motivación o justificación de la medida (DD. 59 y 122/07).

En cuanto a los *efectos*, el Consejo insiste en la incautación de la garantía (D.59/07) y la indemnización de daños y perjuicios (D.59/07).

5. Doctrina en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas:

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA., las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los Dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Como hemos indicado antes, de los 134 Dictámenes emitidos en 2007, 86 (es decir, el 65%) son de responsabilidad patrimonial, en su mayoría del ámbito sanitario, 39, y del cinegético, 34. La limitación de la cuantía de las consultas ha reducido a 6 y 7, respectivamente las de los ámbitos docente y viario.

El Consejo Consultivo ha continuado durante 2007 en su esfuerzo por ratificar y complementar el sólido edificio doctrinal que ha venido construyendo al respecto desde su creación en 1996 y del que hemos venido dando cuenta en *Crónicas* anteriores. Por ello, no nos vamos a detener en la exposición detallada de la completa red de conceptos técnicos con las que el Consejo se ha propuesto atrapar la rica variedad del casuismo que presenta la práctica en esta materia, sino a exponer, en sus líneas generales, la evolución de su doctrina durante el año consultivo de 2007 que nos ocupa. y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

A) Responsabilidad de la Administración general.

El Consejo ha insistido sobre la *naturaleza y requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración ²⁴, sobre el concepto y régimen de la *causa* ²⁵, así

²⁴ La **doctrina general** ha sido expuesta una vez más en los DD.1, 2, 26, 29, 30, 34, 42, 43, 45, 50, 53, 62, 63, 67, 89, 109, 111, 117, 118, 121 y 134/07. Destacan especialmente los DD 29 y 134/07, por su amplia cita de doctrina precedente del Consejo Consultivo. En cuanto a los **requisitos**, han sido reiterados en los DD. 1, 2, 3, 8, 12, 13, 25, 26, 29, 34, 37, 41, 42, 43, 45, 46, 49, 60, 65, 67, 68, 78, 83, 85, 89, 90, 93, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 117, 118, 119, 121, 123, 124, 129, 131 y 134/07.

²⁵ La **causa** no es un concepto jurídico sino una noción propia de la lógica y de las ciencias naturales, concebible como el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme a las leyes de la experiencia científica, de que el resultado dañoso ha tenido lugar (DD. 3, 4, 29, 31, 34, 36, 50, 60, 84, 110, 113 y 115/07). En esta materia, rigen los principios de: i) **equivalencia de condiciones**, por el que, siendo varias las condiciones empíricas antecedentes que expliquen el resultado dañoso, ha de afirmarse, *prima facie*, la equivalencia de las mismas, pues no pueden ser jerarquizadas y cada una puede ser tan causa como las demás (D. 29/07); y ii) **condicio sine qua non**, por el que la fórmula que permite determinar cuál es la causa, de entre las distintas condiciones empíricas causantes del daño, es tener como tal al hecho que, suprimido mentalmente, hace que el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido (DD. 4, 8 29, 31, 34, 36, 41, 50, 60, 84, 113, 115, 120, 121, 124 y 129/07). No obstante, existen casos de **concurso de causas, más que de culpas** (DD.36, 60 y 84 /07) que, en algún supuesto, conducen a una **responsabilidad concurrente** de varias Administraciones (D.90/07). En alguna ocasión, el Consejo ha acudido al criterio de la **causalidad adecuada** (cfr. D.134/07: Peña cuya titularidad catastral ostenta el Municipio y que

como sobre la carga de la *prueba* ²⁶ en esta materia, debiendo destacar, en este último ámbito, la doctrina sobre la exclusión de la *probatio diabólica* de la preexistencia de bienes muebles ²⁷ y de la peritación de daños acreditados por factura ²⁸.

El Consejo sigue rechazando la consideración de la responsabilidad patrimonial como una especie de *aseguramiento universal* ²⁹ e insiste en el criterio de *imputación objetiva por funcionamiento* ³⁰ de los servicios públicos ³¹, que está abierto a un amplio casuismo de imputación ³² y exoneración ³³.

provoca desprendimientos habituales y previsibles por filtración, erosión o gelifración, que no pueden ser reputados de fuerza mayor al no ser excepcionales ni imprevisibles, sin que el Municipio haya adoptado medidas preventivas para garantizar la seguridad de personas y cosas).

²⁶ El criterio general (con cita de jurisprudencia al respecto) es que, según el criterio *da mihi factum*, incumbe al reclamante la *carga de la prueba* de los hechos en que se funda (o sea, del hecho dañoso y de la causa del daño), ex arts. 1214 Cc y 74.4 y D.A. 6ª LJCA, salvo los admitidos, los negativos y los notorios, sin que sirvan al respecto las meras manifestaciones de parte (DD. 36, 83, 110 y 123/07). No obstante: i) la *carga de la prueba* puede modularse en función del *principio de facilidad*, cuando algo sea fácil probanza para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (D.123/07); y ii) además, la *Administración no puede adoptar una posición pasiva* en estos procedimientos sino que ha de realizar de oficio, ex art. 78.1 LPAC, la actividad indagatoria necesaria sobre ellos y probar los hechos negativos, que fundamenten su exoneración de responsabilidad (DD. 36, 60, 65 y 101/07), por eso, en estos procedimientos, no rige en toda su amplitud el *criterio de aportación de parte*, debido al deber de instrucción que compete a la Administración ex art. 78.1 LPAC y 7 RRP, que exige a la Administración averiguar los hechos, con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante (DD. 36, 60, 65, 101 y 120/07). La relevancia de los *Atestados de la Guardia Civil* en accidentes de tráfico es reiterada en D. 119/07.

²⁷ Respecto a la *prueba de la preexistencia*, características y titularidad de bienes muebles, los arts. 464 Cc y 85 CCom suplen esta *probatio diabólica* presumiendo tales circunstancias como derivadas del hecho de la posesión del bien, por lo que no resulta racional exigir otra prueba (de titularidad y aun de la propia existencia y valor del bien) cuando se desconoce su paradero: D. 120/07 (en el caso, se admite como suficiente y conforme a las reglas de las reglas de la sana crítica la declaración de posesión de dos personas tenidas por veraces); sin embargo, en el D. 36/07, se rechazan como prueba facturas de compra de géneros perecederos antiguos.

²⁸ El Consejo ha estimado la relevancia de las *facturas* de reparación, insistido en la necesidad de examinar su contenido, pero afirmando la inexistencia de una obligación de *peritación* administrativa al estilo de la usual en las Compañías aseguradoras privadas, por lo que ha relativizado los informes de peritación sobre las mismas (DD. 69, 72 y 82/07).

²⁹ En sus Dictámenes de 2007, ha seguido repitiendo que la Administración pública no es una especie de *Aseguradora universal* de todos los riesgos, obligada a garantizar siempre la indemnidad de todo supuesto, pues nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es *providenciarista* ni constituye una especie de *seguro social a todo riesgo* para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares (DD. 8, 12, 25, 26, 30, 37, 43, 62, 68, 78, 89, 102, 104, 108, 109, 121, 123, 124 y 134/07).

³⁰ Como doctrina general, ha sentado el Consejo en 2007 que este criterio supone un acaecimiento en la *esfera de control* de la Administración, no en la de los particulares (DD. 36 y 60/07). Por eso, si la Administración actúa como *depositaria* de géneros particulares, la obligación de custodia hace que se considere que es esfera propia de la Administración (D.36/07).

³¹ El *concepto de servicios públicos* a estos efectos es *amplio* ya que comprende, entre otros: i) los municipales de pavimentación, alumbrado, limpieza, alcantarillado y protección civil, ex arts., 25 y 26 LBRL (DD. 68 y 131/07); ii) los universitarios de selección de candidatos para desempeñar plazas de Profesor Asociado (D.103/07); iii) los de prestación de servicios sociales por la Administración

En materia de **indemnización**, el Consejo ha desmenuzado los criterios ³⁴ y partidas indemnizables por *daño emergente* - material ³⁵, personal ³⁶ y moral ³⁷-, y por

(D.125/07); y iv) la titularidad municipal de una peña que provoca desprendimientos por erosión, filtración o gelifración (D.134/07).

³² Se ha **imputado** el daño a la Administración en los siguientes casos: D.8/07 (derrumbamiento de edificios por causa de una rotura de la red municipal de saneamiento de aguas sin probar la Administración que se deba a culpa de terceros); D.10/07 (muerte de 16 ovejas al implantarles un sistema de identificación veterinaria); D.13/07 (daños por filtraciones de agua desde un edificio público); D.36/07 (corte de suministro eléctrico que daña género almacenado en congeladores en una Residencia pública de personas mayores); D.42/07 (daños por imposibilidad de reponer a una Farmacéutica en su anterior Oficina); D.53/07 (daños personales por desprendimiento de una cornisa de un edificio docente público); D.60/07 (daños por modificación de proyecto, retraso de inicio de obras e incremento de gastos de edificación por el retranqueo impuesto al colindante al ampliar un Centro público de servicios sociales); D.63/07 (daño de rotura de gafas al cerrarse las puertas correderas de entrada a un hospital público); D.65/07 (daños personales por caída en pavimento municipal deslizante por nieve y hielo); D.68/07 (daños personales por caída en pavimento poco iluminado con hielo y nieve); D.103/07 (daños por no adjudicación indebida de plaza de Profesor universitario Asociado); D.120/07 (daño por pérdida de un reloj de oro durante la asistencia en un Hospital público); D.124/07 (daños materiales en enseres privados por incendio provocado por un paciente ingresado en Hospital Psiquiátrico público, con *culpa in vigilando*); D.125/07 (gastos por aval prestado para suspender una liquidación indebidamente girada); y D.131/07 (daños por atasco de la red de saneamiento municipal).

³³ Se ha **exonerado** a la Administración por razón de: i) *expropiación* forzosa (D.57/07, ya que deben exigirse los daños en el justiprecio); ii) *falta de prueba* de la causa (D.69/07) o de los hechos (DD. 30 y 109/07); iii) *inexistencia de relación de causalidad* (D.78/07, alegados daños por anulación conforme a Derecho de una plantación sustitutiva de viñedo obtenida de forma ilegal); y iv) *culpa de un tercero* (D.84/07, robo de un ordenador en un centro docente público cerrado al que se entró por fuerza y vigilado por cámaras de seguridad que fueron inutilizadas).

³⁴ En cuanto a **criterios**, el Consejo ha seguido: i) la aplicación analógica del *baremo* de accidentes de tráfico vigente al resolver, que incluye también los daños morales (DD. 53, 65 y 68/07); ii) el *valor de piezas semejantes* en el mercado (DD.120/07, reloj de pulsera de oro; 24/07, enseres personales quemados; y 41/07, vestidos personales dañados); iii) las normas de la *Ley de Expropiación Forzosa* para valorar edificios y bienes (D. 8/07); y iv) la última *facturación* anual a la Seguridad Social para valorar una Farmacia (D.42/07).

³⁵ El Consejo ha considerado como partidas que pueden incluirse en concepto de **daño emergente** (daños y gastos materiales); i) la ropa rota (D. 41/07); ii) el teléfono móvil averiado (D.41/07); iii) un casco motociclista abollado (D. 41/07); v) enseres personales quemados en incendio provocado (D.124/07); vi) el importe de una tasa girada por la inspección de un local sustitutivo del dañado (D.8/07); vii) el valor de cabezas de ganado muertas (D.10/07); viii) el importe del género perdido en congeladores desconectados (D.36/07); ix) la adquisición de material ortopédico (D.65/07); x) los gastos de prestación de aval bancario exigido para obtener la suspensión de una liquidación luego anulada (D.125/07); xi) el importe del IVA en las facturas procedentes (D.134/07); xii) los gastos por obtención de licencias necesarias (D.134/07); y xiii) los gastos por dirección técnica de obras necesarias (D.134/07).

³⁶ En esta materia, el Consejo acude **analógicamente al baremo de accidentes de tráfico** para indemnizar: i) por días de hospitalización y baja impeditiva (DD. 41, 53 y 65/07); ii) lesiones (D.65/07); y iii) perjuicio estético por cicatrices (D.65/07).

³⁷ Así el Consejo ha estimado que debe indemnizarse: i) por el valor afectivo de un reloj regalo de bodas (D.120/07); y ii) por desatención de hijos menores durante el periodo de convalecencia (D.65/07).

lucro cesante ³⁸ y ha excluido las que considera *no indemnizables* ³⁹, siempre con el límite general de la interdicción del *enriquecimiento sin causa* (DD. 24 y 42/07), aunque admitiendo el *convenio indemnizatorio* ⁴⁰.

Especial interés reviste la doctrina sentada por el Consejo sobre el **procedimiento** administrativo en esta materia ⁴¹,

³⁸ El Consejo) ha efectuado la **compensatio lucri cum damno** y concretamente de un lucro cesante cierto con un daño material incierto a efectos de fijar prudencialmente una indemnización (D.36/07) y ha estimado **lucro cesante** indemnizable: i) la *paralización de negocio* (DD.8 y 42/07); ii) las *retribuciones dejadas indebidamente de percibir* desde que un Profesor Asociado debió ser nombrado hasta la toma de posesión en la plaza, sin deducir el tiempo de tramitación del recurso administrativo correspondiente (D.103/07); y iii) la *imposibilidad de reposición en una Farmacia* (en el complejo D.42/07 a que luego aludiremos).

³⁹ El Consejo ha considerado **partidas no indemnizables** : i) los gastos de traslado voluntario en ambulancia que no era necesaria (D.65/07); ii) los gastos por acompañamiento de familiar lesionado sin acreditar que se excediera lo autorizado por Convenio Colectivo o que hubieran producido disminución en la nómina (D.65/07); iii) los gastos por contratación de acompañante de lesionado hospitalizado, no acreditados (D.65/07); iv) los gastos por contratación de limpiadora doméstica durante el tiempo de baja de la lesionada, excesivos, no acreditados y sin precisar si eran prestados por persona que no estuviera ya habitualmente contratada para prestarlos (D.65/07); v) los gastos por limpieza de ropa manchada no acreditados: (D.65/07); vi) gastos por dictámenes periciales (D.8/07); vii) los gastos de matrícula en cursos de doctorado sin tener exención para ellos (D.103/07); viii) el daño moral por derrumbamiento de un edificio del s. XVI incluido en el catálogo de bienes municipales protegidos, sin probar su estado de conservación (D.8/07); ix) las facturas de rehabilitación de vivienda y reposición de mobiliario en ella sin acreditar su realidad; que se refieren precisamente a la vivienda siniestrada y no a otra; y su concordancia con la licencia de obra obtenida (D.8/07); x) los gastos de alquiler de un local sustitutivo sin acreditar que el arruinado se ostentaba en propiedad o también en alquiler (D.8/07); xi) el importe de bienes almacenados sin acreditar la preexistencia de los mismos en el local siniestrado el día del siniestro, a cuyo efecto no bastan las facturas acreditativas de adquisición de fechas antiguas cuando son artículos perecederos, aunque la Administración debe indagar al respecto, p.e. interrogando testigos (DD.8 y, 36/07); y xii) el lucro cesante por paralización del negocio hasta la edad de jubilación de su titular, por ser decisión libre del mismo el no volver a abrirlo en otro local (D.8/07).

⁴⁰ Cumpliendo los requisitos del art. 88 LPAC: i) identificación de las partes; ii) libre consentimiento de las mismas; iii) respeto de las competencias y funciones del órgano administrativo; iv) no ser contrario al ordenamiento ni al interés público ni versar sobre materias intransigibles; y v) reconocimiento por la Administración de su propia responsabilidad (D. 60/07).

⁴¹ El Consejo se ha pronunciado sobre los siguientes aspectos: i) **iniciación**: se inicia el día del registro de entrada del escrito de reclamación, no el día en que el mismo es admitido a trámite (D.101/06); ii) **identificación**: se debe requerir la acreditación de la personalidad de los reclamantes o sus representantes ex arts. 32.3 y 4 LPAC (DD. 5 y 7/07), sin confundir la personalidad del reclamante con la de su representante y menos con la del dañado fallecido cuyo daño reclaman sus herederos (D.3/07), y tendiendo en cuenta que el poder no faculta al representante para acceder a datos de la historia clínica del representado pues el derecho de acceso a la documentación clínica es personal y exclusivo del paciente (D.113/07); iii) **dictamen consultivo**: es preceptivo el *dictamen previo del Consejo Consultivo*, aunque, desde 7-9-2005, sólo en daños superiores a 600€ (cfr. el F.J. 1 de todos los DD.sobre responsabilidad patrimonial de 2007); iv) **ampliación**: la posibilidad de mejora o modificación de la solicitud prevista en el art. 71 LPAC debe ser ofrecida por el Instructor precisando en qué sentido cabe dicha mejora o modificación, para no generar confusión al interesado, sin perjuicio de los derechos y acciones que libremente éste quiera ejercitar (D.42/07); v) la **diligencia**: existe un deber administrativo de evitar el retraso injustificado en la tramitación, sin que su falta de complejidad justifique la dilación o tardanza (DD 2, 3, 34, 65, 68, 78 y 113/07); pues la falta de colaboración del personal afectado en la instrucción de los expedientes debe ser combatida con la apertura de expedientes disciplinarios, en su caso (D.46/07); vi) **litispendencia**; requisitos y aplicabilidad en la vía administrativa (DD.54 y 69/07); vii) **seguros**: no deben confundirse los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial y

B) Responsabilidad de la Administración viaria.

Pese a que la Administración de carreteras de la CAR sigue siendo muy refractaria a reconocer su propia responsabilidad patrimonial por **funcionamiento normal o anormal del servicio público** de mantenimiento de la red viaria en condiciones normales de utilización, el Consejo Consultivo sigue insistiendo en que, sin escudarse en la señalización adecuada o en los genéricos deberes de prudencia en la conducción impuestos por la normativa de tráfico rodado, incumbe a la Administración viaria el deber de conservar las vías públicas en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad, adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso, limpieza y retirada de los obstáculos existentes, sin que la presencia de éstos suponga necesariamente un funcionamiento anormal del servicio cuando se han respetado los estándares del servicio y no haya habido tiempo material para conocerlos y limpiarlos o retirarlos, pero existiendo entonces imputación objetiva por funcionamiento normal del servicio público, aunque no concurra culpa alguna del personal, por tratarse de una responsabilidad puramente objetiva (DD 41, 119 y 129 /07)⁴².

En cuando a la **indemnización**, el Consejo ha declarado que debe: i) comprender el importe de la reparación del vehículo, salvo que éste no se haya reparado en cuyo caso no puede exceder del valor venal del mismo (D. 84/07) y ii) ser **mancomunada**, caso de **concurso de causas**, si, habiendo diversos sujetos imputables, no es posible determinar su respectivo porcentaje de participación en la causación del daño (D.82/07).

C) Responsabilidad de la Administración cinegética.

El Consejo ha analizado la **evolución histórica** (legislativa y doctrinal) de la responsabilidad patrimonial de la Administración cinegética hasta la Ley estatal 17/05 (vigente desde 10-8-05) y la posibilidad de que la Ley autonómica de Caza la **desplace** definiendo de forma más intensa la responsabilidad de la Administración (DD. 5, 24, 39, 40, 47, 71, 72, 82, 86, 92, 114 y 132/07)⁴³.

de exigencia de responsabilidad a la Compañía Aseguradora de la Administración (DD.2, 34, 65/07); viii) **silencio**: la interposición de recurso contencioso-administrativo contra el silencio negativo no impide la obligación de la Administración de dictar resolución tardía sin quedar vinculada por el sentido del silencio (D.45/07); ix) **acción de regreso**: cabe contra la Aseguradora de la Administración (D.134/07); y x) **prescripción**: los plazos han de interpretarse en sentido favorable (*favor actionis*) a la reclamación (D.113/07).

⁴² Con base en este criterio, el Consejo: i) ha imputado responsabilidad objetiva en los DD.119/07 (piedra en la calzada) y 41/07 (accidente de motocicleta por desprendimiento de piedras de gran tamaño sobre la calzada); ii) ha dividido la responsabilidad por apreciar concurso con culpa la víctima en D.48/05 (caída por vía pública en mal estado); iii) ha exonerado a la Administración por apreciar culpa exclusiva de la víctima en DD.67/07 (conductor de camión que acciona incorrectamente un bolo o bolardo móvil), 83/07 (alta velocidad en rotonda bien señalizada), 101/07 (golpe en bajos de vehículo al atravesar un paso de peatones resaltado bien señalizado) y 113/07 (conducción imprudente, sin casco y sin seguro en choque de ciclomotor contra piedra fortuita en la calzada).

⁴³ Pero ese **desplazamiento** normativo **no es posible** cuando el animal procede de un terreno cinegético de particulares (si bien, en este caso, ni la Administración ni el Consejo pueden pronunciarse, por estar reservado exclusivamente a la jurisdicción civil) o de una entidad pública distinta a la CAR, aunque esté vinculada a ella, como es un Ayuntamiento, en cuyo caso hay que aplicar la citada Ley 17/07

Respecto a la **naturaleza jurídica**, reitera el Consejo en numerosos pronunciamientos su conocida doctrina general consultiva, que arranca de sus DD.19/98, 49/00 y 23/02 en el sentido de que se trata de una responsabilidad civil objetiva, *ex lege*, en un ley administrativa. Esta reiteración se produce en los DD. 7, 9, 15, 24, 39, 48, 54, 55, 58, 69, 70, 71, 76, 77, 80, 81, 82, 86, 91, 92, 95, 96, 97 (especialmente), 114, 126, 132 y 133/07

Así, en aplicación de la referida doctrina, el Consejo, salvo si aprecia *falta de prueba* de los hechos o sus circunstancias (D.16/07), ha resuelto *imputar* los daños a la la Administración en los siguientes casos:

-Cuando el animal procede de un **terreno cinegético que se ha reservado la Administración**, pues aquí hay una imputación objetiva *ex lege*, como sucede: i) *ex art. 13 Ley Caza de La Rioja*, cuando el animal procede de una **Reserva regional** o de un **Coto social de Caza** (DD. 47, 48, 72, 126 y 132/07); ii) *ex arts. 21, 32, 33 y 34 de la cit. Ley*, cuando el animal procede de una **zona de seguridad**, de un terreno **vedado no voluntario** o de una **zona no cinegética no voluntaria** (cfr. DD.75 y 86/06)..

-Cuando el animal procede de un terreno **cinegético (coto)**, terreno **cercado** o **zona no cinegética voluntaria de los que sea titular la Administración**, pues aquí se comporta como cualquier titular privado y responde por los daños producido por las piezas de caza de sus terrenos, salvo que los mismos sean imputables a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero. Por eso, **si dicho terreno no es de la Administración sino de otros titulares**, la responsabilidad corresponde a quien sea su titular y sobre ella no puede pronunciarse la Administración ni el Consejo Consultivo, salvo prejudicialmente, es decir, a los solos efectos de excluir o cuantificar la responsabilidad de la Administración, ya que la eventual responsabilidad de los particulares compete exclusivamente fijarla a la jurisdicción ordinaria, al ser cuestión de Derecho privado. Esto sucede si el animal procede: i) de un **Coto municipal de caza** (DD. 7, 15, 58, 70, 77, 96 y 114/07); ii) de un **Coto deportivo de Caza** perteneciente a una **Sociedad de Cazadores** (DD.5, 39, 40, 54, 55, 56, 69, 76, 80, 81, 91, 92, 95 y 133/07); o iii) de un **Coto privado prevenido**, es decir, en cuyo Plan Técnico de Caza la Administración autonómica advierte de la existencia de *hábitat propicio* para la especie que causa el daño y, pese a esa advertencia, sus titulares no han solicitado cazarla (D.6/07)..

-Cuando procede imputar la responsabilidad a la Administración, no por existencia de una genérica política de preservación de las especies ⁴⁴, sino a consecuencia de una **concreta medida administrativa** de autorización, protección o de otra índole, sea de ámbito general o particularizado, por razón

como normativa civil (no desplazable por la administrativa, aunque sea la autonómica de régimen local): Cfr. a este respecto los DD. 70, 81, 96 y, especialmente, el D.97/07.

⁴⁴ Se hace una aplicación de esta doctrina para exonerar a la Administración en caso de daños causados por colisión con *garzas* en el D.75/07.

del territorio o de las personas (DD.39, 40 y 54/07), especialmente las medidas ínsitas en los **Planes Técnicos de Caza o sus documentos complementarios**: i) de forma *expresa*, como es la denegación de batidas solicitadas o ii) de forma *tácita*, como es no haber contemplado en el Plan una especie que los informes administrativos, previos o posteriores al mismo, revelan como existente (D.5/07, especialmente, y DD. 82, 91, 92, 96 y 97/07) ⁴⁵.

D) Responsabilidad de la Administración sanitaria.

En 2007 el Consejo Consultivo ha continuado insistiendo en los grandes criterios para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia:

-La obligación de la Administración sanitaria es de **medios y no de resultados** (en Medicina curativa, no en la satisfactiva, DD. 43, 49, 50, 111 y 117/07), debido: i) a la condición perecedera y enfermable del ser humano; ii) a la inexistencia de un pretendido derecho a la curación, pues no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes (DD. 8, 12, 25, 26, 30, 37, 43, 62, 68, 78, 89, 102, 104, 108, 109, 121, 123 y 124/07); iii) al estado de los conocimientos científicos; iv) a la extensión del servicio sanitario; y v) a los **recursos limitados** asignados por los poderes públicos (DD.1, 2, 3, 4, 12, 25, 26, 29, 34, 37, 43, 45, 46, 49, 50, 89, 90, 93, 104, 105, 106, 107, 111, 117, 118 y 123/07). Por ello, los servicios médicos están obligados a prestar una asistencia pronta ⁴⁶, adecuada y acorde al **estado de la Ciencia**, pero en ningún caso se les puede exigir un resultado concreto (DD. 12 y 43/07), ni sobrepasar el **standard normal de los servicios** disponibles en el sistema sanitario ⁴⁷.

-La imputación del daño a la Administración sanitaria sólo procede por **funcionamiento anormal** del servicio público, objetivado en una infracción de

⁴⁵ Continúa así el Consejo insistiendo en la importancia, como específica medida administrativa potencialmente responsabilizante, del **Plan Técnico de Caza** y de sus documentos complementarios. A este respecto la imputación de responsabilidad toma como criterio la postura (que no puede ser pasiva) adoptada por la Administración (no prever medidas, autorizar o prohibir batidas) y por los titulares de derechos cinegéticos (solicitar o no batidas) al conocer la existencia de especies cazables en el coto o de hábitats apropiados para las mismas (cfr. los **distintos supuestos** en DD. 6, 9, 24, 71, 80, 81, 82, y 133/07; y, de forma especial, en los DD. 5, 77 y 97/07). En el caso la medida administrativa específica tácita consistente en no adoptar ninguna en el Plan Técnico de Caza o sus documentos complementarios, pese a conocer la existencia de un **hábitat apropiado** para una especie cazable, puede haber una eventual concurrencia de responsabilidad (DD. 5,6,y 9, 24, 71, 82 y 97/07).

⁴⁶ Por retraso indebido en la asistencia prestada, el Consejo imputa responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.106/07 (descoordinación entre Servicios sanitarios del mismo Hospital público que difieren el tratamiento adecuado finalmente dispensado en la sanidad privada).

⁴⁷ El Consejo, tras una minuciosa tramitación, en la que se recabaron múltiples informaciones, y complejas deliberaciones, hizo una aplicación de la *doctrina del standard de los servicios* que impide tener todos en el mismo centro sanitario en el dramático caso objeto del D.102/07 (niña de 9 años de edad tratada con vancomicina y fallecida al no poder desobstruir una válvula ventriculoperitoneal que tenía implantada desde su nacimiento ni poderla derivar a tiempo al centro de neurocirugía de referencia).

la *lex artis ad hoc* o del *consentimiento informado*, limitación ésta que tiene su fundamento en el carácter relativamente *contractual* y no *extracontractual* de la responsabilidad sanitaria (D.50/07), pues, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más de la existencia de un daño, sino del incumplimiento de un deber legal preexistente por parte de la Administración de prestar la debida asistencia sanitaria a un concreto paciente (DD. 50, 93 y 105/07).

-La observancia de la *lex artis ad hoc* ⁴⁸ es el parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos, los recursos disponibles en el sistema sanitario, y lo legalmente establecido (DD.1, 26, 43/07).

La *lex artis ad hoc* comprende las técnicas usuales de salud aplicadas con arreglo a la deontología médica y el sentido común humanitario (D.1/07). Este criterio exige la concurrencia de un doble requisito: i) una impericia probada; y ii) que la misma sea causante de un daño indemnizable (DD. 2, 34, 45 y 106/07). Se añade que esta *lex artis* es “*ad hoc*” porque no atiende a criterios generales sino a las peculiaridades del caso concreto y a la asistencia individualizada que el mismo requiere (D.25 y 43/07).

De ahí la aplicabilidad de la *doctrina del daño desproporcionado*, por la que procede imputarlo a la Administración cuando, pese a la observancia de la *lex artis*, se ha causado un daño al paciente reputado superior al que normalmente se deriva de la intervención practicada ⁴⁹. La *prueba pericial* es la fundamental para apreciar este criterio en cada caso (DD. 1 y 25/07), teniendo en cuenta que la carga de la prueba de la impericia médica, y, en su caso, la de contrarrestar o desvirtuar la presentada de contrario por la Administración, recae sobre el reclamante (D.12/07) ⁵⁰.

⁴⁸ En aplicación de este criterio, el Consejo ha **imputado** la responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.34/07 (perforación de recto en uretrotomía interna endoscópica en paciente con estenosis total de uretra sin malformaciones congénitas, que obliga a una colostomía de descarga y de la talla vesical, que causa gota, depresión psíquica y angina de pecho reactiva al paciente, luego resueltos satisfactoriamente y que se indemnizan como daño moral); y **exonerado** de responsabilidad a la Administración sanitaria en los siguientes supuestos de hecho; i) D.12/07 (muerte por pancreatitis aguda); ii) D.25/07 (secuelas tras operación de síndrome de túnel carpiano en paciente con artrosis evolutiva previa); iii) D.29/07 (muerte de paciente con alzheimer evolucionado tras sucesivos ingresos hospitalarios ante la negativa familiar a su atención domiciliaria); iv) D.43/07 (paciente con colitis ulcerosa durante más de 20 años a la que finalmente se practica en la Medicina privada una proctocolectomía total); v) D.102/07 (paciente de 9 años de edad tratada con vancomicina y fallecida al no poder desobstruir una válvula ventriculoperitoneal que tenía implantada desde su nacimiento ni poderla derivar a tiempo al centro de neurocirugía de referencia); vi) D.117/07 (paciente con multimorbilidad fallecido por complicaciones subsiguientes a una intervención de aneurisma abdominal); y vii) D.123/07 (secuelas de deformación de una mano tras una fractura de Colles cuya mala reducción no se prueba).

⁴⁹ El Consejo aplica la *doctrina del daño desproporcionado* para **imputar** responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.37/07 (perforación de tabique nasal por empleo prolongado de un aerosol de calcitonina).

⁵⁰ La falta de prueba de la inobservancia de la *lex artis ad hoc* es determinante en los DD.1, 3, 12, 29, 102, 108 y 123/07.

- La ***inexistencia de un deber jurídico de soportar el daño***: La prestación sanitaria es consecuencia de un deber de la Administración previo e individualizado con respecto a un determinado paciente correlativo al derecho de éste a la protección de su salud y que comprende el de ser informado adecuadamente antes de prestar su consentimiento a una intervención médica (DD.1, 2, 3, 4, 15, 26, 29, 45, 49, 50, 89, 102, 104, 107, 108, 111 y 123/07). Por ello, en asistencia sanitaria, el requisito de la antijuridicidad del daño no tiene un papel relevante, pues no existe propiamente deber de soportar el daño sino, en su caso, la ***imposibilidad de imputarlo*** a una malpráctica de la Administración (DD. 1, 3, 4, 25, 26, 49, 50, 89, 102, 104, 108, 111 y 117/07) ⁵¹.

-La exigencia del ***consentimiento informado***: Tras reseñar su base legal, el Consejo afirma que 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 (D. 50/07).

Esta exigencia legal no es una *restricción*, sino una *ampliación* de la responsabilidad administrativa, pues, a la obligación de atender al paciente, se une la de informarle debidamente, por lo que la falta de este requisito puede apreciarse aunque se haya intervenido al paciente con arreglo a la *lex artis ad hoc* (DD. 4, 50, 89 y 108/07).

Por tanto, la adecuada prestación asistencial incluye, tanto la observancia de la *lex artis ad hoc*, como del *consentimiento informado*, cuya *falta o insuficiencia* ⁵² constituye mala praxis *ad hoc*, aunque no implique un acto médico posterior lesivo (SSTS 26-3-02 -de unificación de doctrina-, 26-2-04 y 4-4-06, recogidas en DD. 29 y 34/07).

Ahora bien, el consentimiento informado no obliga al paciente a asumir cualesquiera riesgos derivados de una prestación asistencial inadecuada (DD. 4 y 34/07), pues no es una causa de exoneración por sí mismo, ni constituye una especie de salvoconducto para el Facultativo que, en todo caso, ha de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* (DD. 89 y 108/07).

En cuanto a su *contenido*, el consentimiento informado ha de incluir los contenidos establecidos en la Ley 41/02, de Autonomía del paciente, y especialmente: i) la finalidad y naturaleza de cada intervención; ii) sus *riesgos y consecuencias*, indicando tanto los ***riesgos típicos*** (D.90/06), aunque éstos sean estadísticamente infrecuentes, detectados por la literatura científica como inherentes a la intervención propuesta (D.50/07) ⁵³, como los *riesgos especiales*

⁵¹ Es paradigmático del empleo de este criterio exonerante el D.25/07 (Hepatitis C contagiada por transfusión hospitalaria en 1983 cuando el estado de la Ciencia no permitía aislar el virus correspondiente).

⁵² Por insuficiencia del consentimiento informado prestado, el Consejo **imputa** responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso de los DD. 34/07 (paciente al que no se le informó suficientemente de los riesgos asociados a una uretrotomía endoscópica); y 37/07 (paciente al que se no informa suficientemente de las consecuencias de un tratamiento prolongado con calcitonina que provoca perforación de tabique nasal).

⁵³ El Consejo ha aplicado el criterio exonerante del ***riesgo típico debidamente informado*** en: i) D.89/07 (pacientes intervenidos en una operación de recambio de prótesis de cadera de la que resulta como secuela una neuropatía del nervio ciático); ii) D.3/07 (riesgo típico con consentimiento informado de complicaciones subsiguientes a intervención de reducción de estómago en paciente con obesidad mórbida que conducen a su fallecimiento); iii) D.46/07 (paciente con “boca séptica” que pierde un diente en la intubación de una operación quirúrgica); iv) D.50/07 (paciente a la que se practica una punción mamaria que deriva a infección mamaria); v) D.90/07 (fractura de Colles mal consolidada por no acudir el paciente a revisión en los tiempos prescritos); vi) D.107/07 (exéresis de ganglión en la mano derecha con secuelas debidas al historial de base del paciente); vii) D.108/07 (secuelas de intervención de hernia

relacionados con el estado del paciente concreto; iii) los *beneficios* que se esperan de la actuación médica propuesta; iv) sus *alternativas*, indicando los eventuales riesgos y las consecuencias de su rechazo (STS 1ª de 16-12-97); v); y vi) las *contraindicaciones* (D.34/07).

-La **idiosincrasia o estado previo del paciente**. En responsabilidad sanitaria hay que tener siempre en cuenta que la *idiosincrasia* o situación del paciente, especialmente su patología previa, es siempre una *concausa* a estimar, que puede incluso ser la única relevante (DD. 4, 25, 31, 34, 107, 115 y 117/07) ⁵⁴.

-La ponderación del **error médico** de diagnóstico o de tratamiento ⁵⁵. El *error de diagnóstico* sólo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D. 45/07). Ahora bien, la mera *discrepancia* entre los diagnósticos de la sanidad pública y la privada no implica la imputación de responsabilidad de la primera cuando ésta practica las pruebas pertinentes en función de los padecimientos manifestados ante la misma y aplica los tratamientos correspondientes al estado del paciente en su momento (DD.93 y 105/07).

Este criterio tiene diversas manifestaciones y variantes como: i) el *retraso* en el diagnóstico ⁵⁶; ii) la *denegación* ⁵⁷ y el *retraso* en la práctica ⁵⁸ o en la comunicación ⁵⁹ de pruebas diagnósticas necesarias, especialmente cuando comporta **pérdida de oportunidades terapéuticas**; iii) el *retraso* ⁶⁰, *error* ⁶¹ o *prolongación excesiva* ⁶² en el *tratamiento*; y iv) incluso el error en la *transcripción* de la prescripción médica ⁶³.

discal); viii) D.118/07 (secuelas de intervención para renovar una prótesis de cadera); y ix) D.111/07 (paciente con Hepatitis C, tratado con Interferon, que produce psoriasis).

⁵⁴ Resultan significativo en la aplicación de este criterio los DD. 4/07 (proceso isquémico), 46/07 (boca séptica) y 115/07 (graduación oftalmológica antigua).

⁵⁵ En aplicación de este criterio, el Consejo ha **exonerado** de responsabilidad a la Administración sanitaria en los siguientes supuestos de hecho: i) D.45/07 (paciente con sintomatología prostática adecuadamente tratada, que luego presenta neoplasia vesical silente que impedía su tratamiento precoz; y ii) D.93/07 (paciente con sintomatología de protusión adecuadamente tratada que luego presenta hernia discal intervenida en sanidad privada).

⁵⁶ D.2/07 (alegado retraso diagnóstico de paciente fallecido con cáncer pancreático metastático; inexistencia por la rapidez con que actúa esta dolencia y corrección de los diagnósticos iniciales según la sintomatología del paciente).

⁵⁷ Se ha aplicado este criterio como causa de **exoneración** en: i) D.2/07 (falta de prueba de la alegada denegación injustificada de práctica de TAC pélvico a paciente que luego fallece de cáncer de páncreas); ii)-D.2/07 (paciente que hubiera fallecido igualmente aunque la prueba omitida se hubiera realizado); y iii) D.49 (paciente fallecida de infarto de miocardio -IAM- sin habersele podido practicar una resonancia magnética -RNM- por su obesidad mórbida, sin nexo causal entre ambos eventos)..

⁵⁸ D.10/05 (paciente diagnosticada correctamente en centro sanitario público de diverticulitis aguda, a quien, desaparecida la inflamación que desaconsejaba la prueba y estando citada para la misma, se le practica, en centro sanitario privado, una colonoscopia que revela carcinoma de colon).

⁵⁹ D.1/07 (alegado daño moral por imposibilidad de haber abortado un niño nacido con síndrome de Down tras comunicación tardía inexistente del resultado de una amniocentesis correctamente practicada a una embarazada de riesgo con 39 años de edad y 15 semanas de gestación).

⁶⁰ No se aprecia este criterio en el D.45/07 (alegado retraso en el tratamiento de un paciente con sintomatología prostática que luego presenta neoplasia vesical); pero sí en el D.106/07 (paciente cuyo

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

-**Daños físicos**: Los DD. 43, 111/07, siguiendo la STS 5-6-91 distinguen la siguiente tipología: i) daños producidos necesariamente por la enfermedad; ii) daños intrínsecos al tratamiento adecuado en sustancia, tiempo y forma; iii) daños producidos por la enfermedad, pero evitables con el tratamiento adecuado en sustancia, tiempo y forma; y iv) daños producidos por un tratamiento inadecuado en sustancia, tiempo o forma; sólo estos dos últimos son indemnizables. En algunos de estos daños, cuando ha habido **secuelas**, el Consejo ha aplicado la doctrina del **daño continuado** para el cómputo del plazo prescripcional, entendiendo que el *dies a quo* comienza desde el momento en que, fijadas las secuelas, el reclamante conocía toda la información para basar su reclamación (D.25/07).

-**Daños morales**: El Consejo, con amplia cita de jurisprudencia, ha declarado, en D. 34/07, que: i) su fijación carece de componentes objetivos y tiene un componente subjetivo innegable; ii) para su fijación no pueden tenerse en cuenta, ni siquiera analógicamente, los criterios del baremo de accidentes de tráfico; y iii) incluye las secuelas, luego resueltas ⁶⁴.

-**Gastos en sanidad privada** : Partiendo del principio de que no son indemnizables los gastos producidos por el traslado voluntario del paciente a otro centro distinto del sanitario público donde podía haber sido atendido (DD. 31, 90, 104, 105/07), el Consejo ha declarado reiteradamente que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria no debe confundirse con los siguientes procedimientos: i) el de *autorización de la sanidad pública* para acudir a la privada (D.104/07); ii) el de *traslado a otro centro sanitario público*; derecho éste del paciente que no existe cuando puede ser tratado en el centro público que le corresponde (D.105/07); iii) el de ejecución del *derecho del paciente a obtener una segunda opinión médica*, por supuesto, *en la sanidad pública*, que es un derecho individual del paciente que no puede ser convertido en potestativo de los Especialistas que le atienden (D. 105/07); y iv) sobre todo, no debe confundirse con el *procedimiento de reclamación de gastos en la sanidad privada* ex RD 63/95 ⁶⁵.

tratamiento adecuado se difiere por descoordinación entre Servicios sanitarios del Hospital público y que finalmente se aplica por la sanidad privada, y es independiente de los gastos habidos en ésta).

⁶¹ D.31/07 (paciente con miopía graduada por el Servicio de Oftalmología de un centro sanitario público con 0,5 dioptrías de diferencia con respecto a la graduación efectuada luego en una Óptica privada, concurriendo la circunstancia de falta de prueba).

⁶² Por *prolongación excesiva del tratamiento*, el Consejo **imputa** responsabilidad a la Administración sanitaria en el caso del D.37/07 (paciente tratada largo tiempo por Médico de Atención primaria con calcitonina intranasal prescrita sin pauta definida en Otorrinolaringología, que provoca perforación de tabique nasal).

⁶³ La doctrina de la imputación por *error en la redacción de la prescripción* médica se aplica en el D. 85/07 (gasto en lentes inadecuadas por graduación oftalmológica correcta que se transcribe incorrectamente en la prescripción de gafas para la Óptica).

⁶⁴ Las secuelas contempladas en el citado D.34/07 era de gota, depresión psíquica y angina de pecho reactiva a una perforación de recto en uretrotomía interna endoscópica en paciente con estenosis total de uretra sin malformaciones congénitas, que obliga a una colostomía de descarga y de la talla vesical.

⁶⁵ En efecto, las reclamaciones ex RD 63/95 competen a la jurisdicción social y los gastos en sanidad privada reintegrables se han reducido ahora al caso de *urgencia vital*. Sin embargo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial competen a la vía contencioso-administrativa y, si se cumplen los requisitos generales, comprenden, no sólo la *urgencia vital*, sino también la *denegación*

6. Doctrina sobre materias concretas:

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

A) Arbitraje administrativo.

Es preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo sobre proyectos de transacciones extrajudiciales y de sometimiento a arbitraje sobre bienes y derechos de contenido económico de las Administraciones públicas (D.32/07), debiendo tener presente que el laudo arbitral firme produce efectos de cosa juzgada pues contra el mismo sólo cabe recurso extraordinario de revisión (DD. 18, 19 y 20/07).

B) Prejudicialidad civil.

El empleo de la potestad sancionadora (los casos examinados se referían a materia de caza) requiere inevitablemente alcanzar ciertas conclusiones de carácter prejudicial civil (como la titularidad de un acotado y del derecho a cazar en él); pero, al formular juicios prejudiciales, la Administración no constituye ni modifica las relaciones *inter privados*, sino que simplemente las valora a los solos efectos administrativos (DD.18, 19 y 20/07). En estos enjuiciamientos prejudiciales, la Administración tiene mayor discrecionalidad para apreciar las relaciones privadas, por eso puede entender la expropiación con el poseedor o conceder licencia al no propietario (DD.18, 19 y 20/07). Pero la Administración está, a veces, vinculada por la realidad jurídico-privada, como cuando ésta deriva del Registro de la Propiedad (*ex arts. 38 y 319 LH*), de una sentencia firme (art. 222 y 522.1 LEC), o, por analogía, de un laudo arbitral firme (DD. 18, 19 y 20/07).

C) Revisión de oficio de actos administrativos, en especial, en materia vitivinícola.

El D.28/07 expone la doctrina general del Consejo Consultivo sobre las relaciones y diferencias entre *revocación* y *revisión*. Tras afirmar que la expresión *revocación* debe reservarse para la de actos de gravamen y por motivos de legalidad (o de oportunidad cuando así se prevea), ya que para los favorables y, por supuesto, siempre por motivos de legalidad, debe emplearse el término *revisión*, pero distinguiendo la que procede en virtud de recurso (ordinario o extraordinario, como el de revisión) y la revisión de oficio, en la que debe distinguirse, a su vez, la hecha a propia iniciativa de la Administración y la instada por los particulares al ejercer la llamada acción de revisión de oficio, la cual no debe confundirse con el recurso

injustificada de asistencia o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), y también cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario (DD, 31, 104 y 106/07). En todo caso, los requisitos de la *urgencia vital* para poder ser apreciada a estos efectos son: i) intensidad extrema; ii) riesgo objetivo y contrastado; iii) carácter súbito, inesperado e imprevisible del evento; iv) perentoriedad y premura en la atención que precisa; y v) imposibilidad, extrema dificultad o criterio médico que desaconseje el traslado del paciente a un centro público (D.104/07).

extraordinario de revisión . Esto dicho, expone sus respectivas garantías; evolución histórica y efectos de una y otra.

Por otro lado, el Consejo ha recordado, con cita de amplia jurisprudencia y doctrina consultiva, que, *ex arts. 142.2 LPAC y 4.2 RPR , la simple anulación de un acto no supone derecho a indemnización*, aunque puede conllevarla si concurren los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial del Administración, en cuyo caso el plazo de prescripción de la reclamación es al año de haberse dictado sentencia definitiva (DD. 42, 78 y 103/07). La razón es que la afirmación legal de que la mera anulación del acto no genera responsabilidad administrativa, se refiere a la reclamación de daños *in re ipsa*, es decir, los derivados de la misma declaración de nulidad, pero no, producida ésta, a otros daños adicionales y causalmente ligados al actuar administrativo, como son los gastos por constituir garantías (D. 125/07, con cita de jurisprudencia).

En cuando a la revisión de oficio, el Consejo se ha centrado en la concurrencia de la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.f) LPAC (adquisición de derechos sin los requisitos precisos para ello), entendiendo, una vez más, que concurre en el caso de las autorizaciones administrativas de plantación sustitutiva de viñedo sin previo nacimiento de los derechos de plantación por arranque total y efectivo administrativamente comprobado de una viña legal inscrita (D.78/07).

En efecto, reiterando su doctrina tradicional, el Consejo insiste en que, para autorizar **plantaciones sustitutivas de viñedo**, es imprescindible: i) ser titular de derechos de replantación (requisito de titularidad de derechos vitícolas); ii) producidos por el *arranque*, efectivo, total y administrativamente comprobado, de vides en la misma superficie en otra parcela (requisito de arranque efectivo); y iii) siempre que ésta sea *legal*, es decir, que se encuentre inscrita en el Registro autonómico de plantaciones (requisito de legalidad de la plantación). Por eso, si la autorización se otorgó sin esos requisitos, la misma y los actos y asientos derivados de ella son actos nulos *ex art. 61.1 f) LPAC* y por tanto revisables de oficio, aunque hubiera procedimientos revisorios anteriores caducados o abiertas actuaciones penales, ya que la acción revisora no prescribe y no existe prejudicialidad penal al respecto (D. 78/07).

Por supuesto, las relaciones entre particulares por el tráfico de los derechos de replantación permitido por la normativa vigente son ajenos a la Administración y los problemas jurídicos de ellas derivadas (p.e. falta de consentimiento, falsedad documental, etc) son cuestiones *inter privados* y totalmente ajenas a la Administración, las cuales deben residenciarse, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria civil o penal competente, y entonces el procedimiento revisorio debe suspenderse hasta que recaiga una sentencia firme pues así lo requiere el art. 62.1 d) LPAC; o hasta que, personalmente o mediante documentos fehacientes, los interesados acrediten ante la Administración sus transacciones, renunciaciones o transmisiones al respecto, previas las liquidaciones fiscales correspondientes (D 78/07).

D) Derecho farmacéutico: autorizaciones de apertura de Farmacias.

En 2007, el Consejo Consultivo ha dictaminado dos expedientes sobre apertura de Farmacias (DD. 21 y 42/07).

En el D. 21/07 se efectúa un detallado análisis del procedimiento administrativo para la autorización de nuevas Oficinas de Farmacia; de la legislación comunitario-europea, estatal y autonómica riojana en la materia; y de la constitucionalidad, *ex STC 109/03*, del carácter básico de la transmisibilidad de Farmacias limitada a los Farmacéuticos.

Pero, sin duda, es el D.42/07 el que ha revestido una mayor complejidad ya que se trataba de un muy difícil caso de posible responsabilidad patrimonial de la Administración por imposibilidad de reponer a la reclamante en una Farmacia a la que había renunciado para concursar a otra cuya adjudicación obtuvo, pero que fue anulada por sentencia firme

Para resolver este complejo asunto, parte el Consejo de la naturaleza de la licencia de apertura; declarando que es una autorización operativa, un acto favorable que se incardina en el patrimonio del interesado, pero esta patrimonialización no es definitiva hasta que dicho acto no gana firmeza (lo cual puede retrasarse mucho tiempo si existen recursos judiciales pendientes, y generar efectos de inseguridad jurídica debido a la ausencia de medidas cautelares como suspensión de la apertura o exigencia de avales a los litigantes), por lo que, si finalmente la licencia es anulada judicialmente, no existirá daño imputable a la Administración, sino obligación del adjudicatario provisional de soportarlo.

En consecuencia, entiende el Consejo que no es indemnizable la anulación judicial de una licencia provisional de apertura, pero sí la imposibilidad (al haber nombrado a un nuevo Farmacéutico) de reponer a la reclamante en una Farmacia anterior cuya titularidad había sido retrocedida a la Administración (ex art. 30.8 Dto. 14/97) para obtener la correspondiente puntuación y concursar con ella a la adjudicación de la licencia provisional luego anulada.

Esto dicho, el último problema que presentaba el caso era el -verdaderamente complejo- de cómo valorar el daño, y ello por la paradoja que supone la patrimonialización y mercantilización de las licencias de apertura de Farmacia que, salvo las tasas de expedición, se expiden gratuitamente. No obstante, el Consejo opta por calcular el lucro cesante en función del importe de la facturación a la Seguridad Social en el último año, en caso de imposibilidad de reponer a la reclamante en la titularidad de la Farmacia que ostentaba antes de la anulación judicial de la licencia sobre otra; tomando, al ser *daño continuado*, como *dies a quo*, la fecha de clausura de ésta segunda, y como *dies ad quem*, la fecha en que la interesada de por concluido el procedimiento o en que, con obligación de participar en los concursos que se convoquen, obtenga efectivamente una nueva Farmacia, descontando: i) lo percibido por la interesada por su trabajo como Farmacéutica por cuenta ajena durante ese periodo; y ii) un 5% en concepto de *culpa concurrente* de la misma, no por no haber pedido la suspensión de la adjudicación de la segunda Farmacia, ya que ello era potestativo de la Administración, sino por no haber participado en un concurso anterior, sabiendo que su adjudicación estaba impugnada.

E) Transportes: compulsas documentales.

Otro de los Dictámenes complejos emitidos por el Consejo en 2007 ha sido el D. 87/07 sobre si los Gestores Administrativos tienen competencia para compulsar documentos en los expedientes administrativos de tramitación de autorizaciones de transporte. El asunto puede parecer baladí, pero, a parte su trascendencia económica para el colectivo interesado, encierra cuestiones competenciales y administrativas de cierto calado.

En efecto, la regulación de los transportes inter-autonómicos, es competencia estatal, ex art. 149.1.21 CE, pero la CAR tiene la función ejecutiva, ex art. 11.1 10 EAR'99, en los que tengan origen o destino en La Rioja, sin perjuicio de la ejecución que se reserve el Estado, para lo que hay que tener en cuenta la LO 5/87, de Delegación de facultades estatales en las CCAA en materia de transportes por carretera y por cable, cuyos arts. 5 y 14 delegan todas las de gestión no reservadas expresamente al Estado, con posibilidad de ejercicio por las CCAA de la potestad normativa en las mismas.

Ahora bien, las competencias autonómicas en materia de transportes (ni la exclusiva para los intra-autonómicos; ni las delegadas de ejecución para los inter-autonómicos con origen o destino en la CA) no comprenden la posibilidad de delegar en los Gestores Administrativos,

individualmente considerados, la función pública de compulsa con los originales de las copias de los documentos que deban presentarse en los expedientes.

Pero eso, debe entenderse sin perjuicio: i) de que ello pueda ser autorizado por ley estatal; ii) de que la gestión del servicio en la CAR pueda conferirse, mediante Convenio de encomienda de gestión, al Colegio Profesional correspondiente como Corporación pública; y iii) de que, *ex art. 56.1 a) RD 1211/90*, en desarrollo de la Ley estatal 16/87, la CAR pueda encomendar la compulsa de los documentos precisos para tramitar toda clase de autorizaciones de transporte a las Asociaciones Profesionales de Transportistas representadas en el Comité Nacional de Transportes por Carretera.

F) Viviendas de Protección Oficial: Registros de adquirentes y recuperación por tanteo y retracto administrativos.

En materia de vivienda y, concretamente sobre la competencia autonómica al respecto, el Consejo ha declarado: i) por un lado, la posible invasión de las competencias civiles del Estado, *ex art. 149.1.8 CE*, por la norma autonómica que confiere eficacia invalidante de los contratos de adquisición de VPO a la falta de previa inscripción del adquirente en el registro administrativo correspondiente (D.51/07); y ii) sin embargo, que la competencia autonómica en vivienda comprende la de regular los derechos de tanteo y retracto en VPO en favor de la Administración, sin invadir por ello competencias civiles del Estado, *ex SSTC 170/89, 156/95 y 207/99*, debido al enlace de estos derechos de adquisición preferente con la expropiación forzosa que, a su vez, requiere la existencia de una causa de interés social. Puede, pues, la CAR servirse de estas figuras de Derecho privado, pero no mudar su naturaleza ni innovar su regulación sustantiva. Por ello, visto el art. 1521 Cc, no cabe extender estas figuras adquisitivas a enajenaciones a título gratuito (D.79/07).

G) Servicios Sociales: Exacción de deudas en Residencias de Personas Mayores.

El D. 125/07 examina un difícil caso de exacción en vía de apremio contra la herencia yacente de los precios públicos debidos por la prestación al premuerto de servicios sociales en una Residencia de personas mayores, previo el ejercicio por la Administración gestora de una acción pauliana para reintegrar a la masa hereditaria el importe de unos billetes premiados de lotería donados en vida por el difunto en fraude de acreedores, a personas llamadas a su herencia, pero no aceptantes de la misma, que debieron incurrir en gastos por la obtención de un aval bancario para suspender cautelarmente la liquidación correspondiente que, de forma indebida, se les giró por la Administración y que, finalmente, fue anulada por sentencia firme.

Para resolver este intrincado supuesto de hecho, el Consejo analiza las garantías exigidas para su pago al acogido, la transmisibilidad de la deuda a sus herederos y la responsabilidad de los reclamantes en el caso:

Respecto a las garantías, la normativa vigente (Orden 12/01) establece, en seguridad del pago de los precios públicos de estas Residencias, la suscripción de un documento de reconocimiento de deuda. Sobre este documento, el Consejo afirma que no es un negocio abstracto ni al que pueda aplicarse la doctrina de la abstracción procesal de la causa *ex art. 1277 CC*, sino una obligación claramente causal, en virtud de la cual el beneficiario se obliga a no transmitir o gravar bienes y a no renunciar a derechos por importe igual o superior a 175 mil Pts en cómputo anual. Esto supone una prohibición voluntaria de disponer, inoponible a terceros

y que sólo faculta a la Administración para exigir al incumplidor responsabilidad contractual por daños y perjuicios, si los hubiere. Por eso, es preferible exigir una garantía real o personal.

En cuanto a la transmisibilidad de la deuda caso de impago por el acogido, es claro que, por la muerte del beneficiario, su deuda por razón de servicios sociales se transmite a sus herederos, *ex art. 659 Cc y 39 LGT*, una vez que acepten la herencia, quedando, entre tanto, a cargo de la herencia yacente, *ex arts. 39.3 LGT y 782 ss LEC*. Ahora bien, en la herencia yacente del fallecido en la Residencia de ancianos se integran también los premios de lotería, en su caso, previa rescisión judicial de su donación a terceros, a instancia de la Administración en ejercicio de la acción pauliana por fraude de acreedores, *ex arts. 643 y 1111 CC*.

De esta forma, contra la herencia yacente, puede dirigirse el procedimiento de apremio, *ex art. 177 LGT*, para el cobro de las deudas pendientes por servicios sociales prestados al causante (D.125/07). Pero los responsables de su pago no lo son los herederos antes de aceptar la herencia; y, por tanto no puede girarse liquidación contra los mismos, ahora reclamantes. Por eso, los gastos del aval bancario que se vieron los herederos, aun no aceptantes, obligados a pedir para suspender la liquidación, girada indebidamente contra ellos por la Administración, deben ser soportados por ésta y no por ellos.

7.- Conclusión.

En resumen, el Consejo Consultivo de La Rioja se ha mostrado en 2007 como una institución estatutaria consolidada y en pleno rendimiento.

Continúa 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 continuado reforzando su ya sólida y completa doctrina en materia de responsabilidad administrativa tanto en garantía de los ciudadanos reclamantes como de la Administración pública.

Y ha seguido penetrando en cuestiones estatutarias y de constitucionalidad en línea con la función constitucional de los Altos Órganos Consultivos.

=====